



Roj: STS 2728/2016 - ECLI:ES:TS:2016:2728
Id Cendoj: 28079149912016100019
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Social
Sede: Madrid
Sección: 991
Nº de Recurso: 207/2015
Nº de Resolución: 497/2016
Procedimiento: SOCIAL
Ponente: LUIS FERNANDO DE CASTRO FERNANDEZ
Tipo de Resolución: Sentencia

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social PLENO

Sentencia núm. 497/2016

Fecha de sentencia: 08/06/2016

Tipo de procedimiento: CASACION Número del procedimiento: **207/2015**

Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimatoria

Fecha de Votación y Fallo: 18/05/2016

Voto Particular

Ponente: Excmo. Sr. D. Luis Fernando de Castro Fernández

Procedencia: AUD.NACIONAL SALA DE LO SOCIAL

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

Transcrito por: OLM Nota:

Resumen

CONFLICTO COLECTIVO EN «TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, SAU». RETRIBUCIÓN EN VACACIONES. EFICACIA GENERAL DE LA DIRECTIVA Y RELACIÓN CON EL PRINCIPIO DE SUPREMACÍA DEL DERECHO DE LA UNION EUROPEA. APLICACIÓN DEL PRINCIPIO «INTERPRETACIÓN CONFORME». RELEVANCIA APLICATIVA DEL CONVENIO 132 OIT. EN AUSENCIA DE REGULACIÓN CONVENCIONAL O DE REGULACIÓN INSUFICIENTE, SE IMPONE SOLUCIÓN ACORDE AL ART. 7.1 DEL CITADO CONVENIO OIT Y A LA DOCTRINA DEL TJUE INTERPRETANDO EL ART. 7 DE LA DIRECTIVA 2003/88, DE FORMA QUE LA RETRIBUCIÓN

HA DE COMPRENDER TODOS LOS CONCEPTOS «ORDINARIOS» Y TAN SÓLO EXCLUIR LOS «EXTRAORDINARIOS». EN EL CASO DE REGULACIÓN CONVENCIONAL SUFICIENTE A ELLA HABRÁ DE ESTARSE BÁSICAMENTE, AUNQUE POR UNA INTERPRETACIÓN AJUSTADA AL DERECHO DE LA UE Y AL CONVENIO 132 OIT HAYAN DE RECHAZARSE SOLUCIONES QUE SE ALEJEN DEL SALARIO ORDINARIO. EN EL CASO, COMO EL CONVENIO SÓLO INCLUYEN EN LA RETRIBUCIÓN DE VACACIONES «LOS CONCEPTOS FIJOS DE DEVENGO MENSUAL», ÉSTA NO ALCANZA AL «BONUS» POR OBJETIVOS [A PERCIBIR UNA VEZ AL AÑO] PERO SÍ AL PLUS DE «DISPONIBILIDAD» [DEVENGADO EN UNIDADES QUE REQUIERAN «UN MANTENIMIENTO U OPERACIÓN PERMANENTE»] Y EL DE «CARRERA COMERCIAL», QUE ES DE CARÁCTER FIJO Y SE PERCIBE MENSUALMENTE EN 14 PAGAS.

CASACION núm.: **207/2015**

Ponente: Excmo. Sr. D. Luis Fernando de Castro Fernández

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

TRIBUNAL SUPREMO Sala de lo Social PLENO

Sentencia núm. 497/2016

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Jesús Gullón Rodríguez, presidente

D. Fernando Salinas Molina

D^a. María Milagros Calvo Ibarlucea

D. Luis Fernando de Castro Fernández

D. José Luis Gilolmo López

D^a. María Luisa Segoviano Astaburuaga

D. José Manuel López García de la Serrana

D^a. Rosa María Virolés Piñol

D^a. María Lourdes Arastey Sahún

D. Miguel Ángel Luelmo Millán

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Ángel Blasco Pellicer

D. Sebastián Moralo Gallego

D. Jesús Souto Prieto

D. Jordi Agustí Juliá

En Madrid, a 8 de junio de 2016.

Esta Sala ha visto los presentes autos pendientes ante esta Sala, en virtud de recurso de casación interpuesto por la representación procesal de TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.U., frente a la sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en fecha 18/Marzo/2015 [autos 18/15 y acum. 33/15] en actuaciones seguidas en virtud de demandas formuladas por FEDERACIÓN DE SERVICIOS A LA CIUDADANÍA DE COMISIONES OBRERAS (FSC-CCOO) y FEDERACION ESTATAL DE SERVICIOS PARA LA MOVILIDAD Y EL CONSUMO DE LA UGT (SMC-UGT), en materia de conflicto colectivo.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Luis Fernando de Castro Fernández

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por los Letrados D. Ángel Martín Aguado y D. Javier-Santiago Berzosa Lamata, en la representación que ostentan respectivamente, de la FEDERACIÓN DE SERVICIOS A LA CIUDADANÍA DE COMISIONES OBRERAS (FSC-CCOO) y FEDERACION ESTATAL DE SERVICIOS PARA LA MOVILIDAD Y EL CONSUMO DE LA UGT (SMC-UGT) se presentaron demandas de CONFLICTO COLECTIVO, de las que conoció la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, tras exponer los hechos y motivos que estimaron de aplicación, se terminaron suplicando se dicte sentencia por la que:

Demanda de FSC-CCOO: «se condene a la empresa demandada a abonar como retribución de las vacaciones anuales, además de los conceptos computados actualmente por la empresa, el promedio de los complementos salariales variables que de forma regular y habitual percibe el trabajador, entre ellos los correspondientes a las denominadas disponibilidades y las comisiones por ventas e incentivos comerciales.»

Demanda de SMC-UGT: «Que los trabajadores de Telefónica Móviles España, SAU, tienen derecho a percibir en la retribución de las vacaciones la remuneración normal o media, incluyendo en ella el promedio anual de las compensaciones económicas que por los complementos variables perciben los trabajadores de forma habitual, por el desempeño de determinadas actividades, tales como Incentivos; Comisiones sobre ventas; Plan de Incentivo comercial; horas de disponibilidad y plus de disponibilidad».

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

TERCERO.- Con fecha 20 de marzo de 2015 se dictó sentencia por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en la que consta el siguiente fallo:

«Previo rechazo de las cuestiones procesales relativas a inadecuación de procedimiento y cosa juzgada, estimamos las demandas acumuladas de los sindicatos CCOO y UGT a las que se adhirió el sindicato CGT y declaramos que los trabajadores de TELEFÓNICA MÓVILES SAU que perciben los complementos retributivos establecidos en los arts. 38, 39 y 40 del VI convenio colectivo, tienen derecho a percibir en la retribución de las vacaciones la remuneración normal o media anual que por dichos complementos obtienen. Y condenamos a la demandada a estar y pasar por esta declaración a todos los efectos».

CUARTO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: « **PRIMERO .-** TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA SAU, en adelante TME y sus trabajadores regulan sus relaciones por el VI convenio colectivo de empresa publicado en el BOE de 19-6-2013.- **SEGUNDO.-** - En el art. 26 del convenio se regula el régimen de vacaciones. En su apartado 1 se indica: *El personal incluido en el ámbito de aplicación de este Convenio tendrá derecho anualmente a un periodo de vacaciones retribuidas de 25 días laborables; a estos efectos se entiende por retribución los conceptos fijos de devengo mensual.* - **TERCERO .-** En el capítulo X de dicho convenio se regula la estructura salarial. Su contenido se da por reproducido. La controversia se centra en tres conceptos los incentivos o bonus (incluyendo el plan de incentivo comercial) que se regula en el art. 38, las comisiones por ventas para la denominada carrera comercial que se regula en el art. 39 y el plus de disponibilidad que se regula en el art. 40.- Se transcribe a continuación el texto de esta disposiciones resaltándose en negrita los aspectos relevantes en orden a la controversia sobre la que versan estas actuaciones.- **Artículo 38. Retribución variable. Incentivos.- Los trabajadores percibirán en función de los resultados de la revisión anual del desempeño, del periodo de prestación efectiva de servicios y del grado de cobertura tanto de los objetivo cobertura tanto de los objetivos de negocio como de los objetivos individuales que se les asignen y al cumplimiento de los requisitos exigibles en cada caso, los incentivos de carácter anual que puedan establecerse** - Para el supuesto que como consecuencia de la revisión anual del desempeño correspondiente a la evaluación objetivos individuales, el trabajador no perciba los incentivos anuales, previa conformidad de éste, se informará al Comité Intercentros de esta situación.- **Al cumplimiento del nivel de excelencia de todos los objetivos asignados estos incentivos tendrán una cuantía anual de hasta el 10 por ciento de la retribución fija de cada trabajador.- Estos incentivos se devengarán y abonarán, en su caso, dentro del primer cuatrimestre del año siguiente al que se refieren y para tener derecho a los mismos será condición inexcusable estar en situación de alta en la Empresa, en la fecha de su pago. A estos efectos las situaciones de baja por enfermedad, maternidad o accidente, y los permisos con o sin sueldo, se considerarán asimilados al alta.-** Objetivos de negocio.- La Empresa se compromete a informar al Comité Intercentros de los indicadores por los que se mide el resultado de Telefónica España, de su ponderación y de los criterios fijados para su valoración.- Asimismo, la Empresa informará, una vez cerrado y auditado el ejercicio contable, del valor alcanzado por cada uno de los indicadores y, en su conjunto, del grado de cumplimiento sobre objetivos resultante.- Igualmente, la Empresa se compromete, al cierre de cada trimestre del año, una vez hechos públicos los resultados de cada periodo, a trasladar a la Representación de los Trabajadores los resultados obtenidos por cada indicador, en aquellos en que hubieran datos publicados, y el grado de cumplimiento del resultado de Telefónica España de acuerdo con el siguiente criterio, sin que se especifique el porcentaje de cobertura presupuestaria: Grado cumplimiento de objetivos.- **0% a 50% De 50% a 100% Máx. 125%.-** No cumplimiento. Cumplimiento. Sobrecumplimiento.- Carreras profesionales.- Los empleados adscritos a las carreras de gestión de proyecto (consultores P1, P2 y P3), Jefes de Producto y Comercialización en los niveles 1 y 2 y la de Jefes de Proyecto y Desarrollo de Servicios de niveles 1 y 2, mantendrán durante la vigencia de esta Prórroga los porcentajes de incentivos que tengan asignado en su carrera en función de su nivel profesional.- **Artículo 39. Carrera Comercial.- La Carrera Comercial tiene como objetivo principal potenciar la profesionalidad de los empleados dedicados a las actividades de venta, definiendo un marco de carrera profesional, que permita situar al cliente en el centro de nuestros procesos para dar respuesta a sus necesidades para obtener las máximas cuotas de satisfacción por la calidad de nuestros servicios e impulsar el crecimiento del Negocio.- Este modelo nos debe permitir potenciar el impulso comercial que necesita la Compañía, incrementando la visión comercial de toda la Organización para conseguir una red de ventas más efectiva y eficiente que nos permita el desarrollo de una evolución ágil y eficaz de los modelos comerciales orientados a la mejora constante de la atención al cliente.- Descripción del modelo de carrera comercial.- Están integrados en el modelo de carrera comercial**

los de una evolución ágil y eficaz de los modelos comerciales orientados a la mejora constante de la atención al cliente.- Descripción del modelo de carrera comercial.- Están integrados en el modelo de carrera comercial los profesionales que realizan actividades relacionadas con la venta de productos y servicios a los clientes.- Dentro de la misma se distinguen las siguientes modalidades de venta a los clientes: Venta presencial: que exige relación inmediata, cercana y continúa con el cliente

Venta indirecta que se realiza a través de los distintos canales o tiendas de distribución.- En este modelo están integrados los Segmentos de Canal Indirecto, Negocio Tráfico Telefónico (en adelante NTT), Empresas y Grandes Cuentas.- Puestos y niveles de desarrollo en carrera comercial.- En este modelo se distinguen dos puestos diferenciados (Responsable de Ventas 2 y Responsable de Ventas 3) en función de las diferentes palancas que se determinen según la segmentación y modalidad de atención; y niveles asociados al desempeño del comercial (base, senior y máster).- **Cada uno de los niveles de desarrollo tiene asociado una gratificación funcional, de carácter fijo y no sujeto a revalorización, que se percibe mensualmente en 14 pagas, cuyas cantidades durante la vigencia de este convenio serán las siguientes:** Comercial Venta: Responsable Ventas 2 (Canal Indirecto): Integrado por 3 niveles de desarrollo: Base: 1.800 euros. Esta cantidad es un anticipo a cuenta del módulo del incentivo (PIC).- Senior: 2.592 euros.- Máster: 3.110 euros.- Responsable Ventas 3 (Empresas y NTT): Integrado por 4 niveles de desarrollo: Entrada:

1.800 esta. Esta cantidad es un anticipo a cuenta del módulo del incentivo (PIC).- Base: 2.160 euros.- Senior: 2.800 euros.- Master: 3.350 euros.- Adscripción de los comerciales.- La adscripción al nuevo modelo se realizará de acuerdo a los siguientes criterios: Responsable Ventas 2 (Canal Presencial indirecto): Se adscribirán los responsables de Ventas que realizan su labor en el segmento de canal Presencial indirecto.- Responsable Ventas 3 (Empresas y NTT): Los comerciales que ya forman parte de la carrera comercial se adscribirán a cada nivel de forma automática, de acuerdo con el siguiente esquema de puestos: Nivel de entrada: Con carácter general se adscriben los actuales comerciales P1 del segmento de Empresas.- Nivel base: Se adscribirán automáticamente a este nivel los actuales P1 del Segmento de Empresas (Mediana) que durante los cuatro semestres, de los dos últimos ejercicios, hayan obtenido un grado de cumplimiento de objetivos (PIC) igual o superior al 100%.- A partir de 2014 el pase al nivel base de RV3 será anual y los objetivos que se consulten para hacer la promoción automática se realizarán con un cumplimiento de 100% en todos los periodos del último ejercicio.- Nivel Senior: Se adscriben a este nivel los actuales P2 de los dos Segmentos.- Nivel Master: Se adscriben los actuales P3.- Las nuevas incorporaciones a responsables de ventas 3 se adscribirán al nivel de desarrollo de Entrada.- Incentivo comercial (PIC).- **La retribución variable de los profesionales de las Áreas Comerciales adscritos a Carrera Comercial vendrá determinada por las condiciones y requisitos de los Planes de Incentivos Comerciales, con los módulos de retribución que en el mismo se establezcan para los diferentes niveles de puesto de trabajo.- Para los empleados que se adscriban a la carrera comercial se unifica en un único concepto la retribución variable, formada por la base de comisiones sobre ventas y el porcentaje de retribución variable, pasando a gestionarse toda la retribución variable por el plan de incentivos comercial correspondiente** .- Desarrollo de Carrera Comercial.- Para conseguir los objetivos de evolución y crecimiento profesional, es necesario partir de las siguientes premisas: Existencia de vacantes en los diferentes niveles de la carrera (por crecimiento y/o derivado de la gestión de las involuciones por no cumplimiento de los objetivos previstos en los PIC durante un periodo de 12 meses).- Cumplimiento del Nivel Competencial requerido para la posición (Puesto/Nivel).- Cumplimiento de Objetivos en el último año.- Consolidación de 2 años en el nivel para poder evolucionar dentro del mismo Segmento, con la excepción de los RV3 Base expuesta en el punto 2.1.- Consolidación, con carácter general, de un mínimo de 3 años para cambiar de Segmento.- Para todos los profesionales adscritos a la carrera comercial, se realizará anualmente una evaluación de resultados y competencias, teniendo en cuenta el cumplimiento de objetivos, el perfil de competencias y la realización de los planes de formación asignados. El resultado de dicha evaluación, del que se informará a cada uno de los afectados, se utilizará para asignar acciones de desarrollo de acuerdo con los módulos de la Carrera Comercial y para determinar aquellos empleados que reúnen los requisitos adecuados para ocupar un puesto en el siguiente nivel de la carrera comercial.- La Comisión de Grupos Profesionales dispondrá con carácter previo de la información con los criterios que se van a tener en cuenta en el proceso de evaluación así como de los resultados del proceso.- La no consecución de los objetivos comerciales asignados al comercial durante un ejercicio, determinará el encuadramiento del profesional en un nivel inferior de la Carrera Comercial.- Artículo 40. Disponibilidad.- **Para la atención del servicio, el personal que preste sus servicios en Unidades que requieran un mantenimiento u operación permanente podrá ser requerido con carácter obligatorio, con el fin de estar disponible en los casos en que el servicio así lo requiera.- Por cada módulo de ocho horas de disponibilidad, los trabajadores percibirán durante la vigencia del presente convenio, la compensación de 33,7 euros.- Asimismo, por actuación realizada hasta un máximo de tres, los**

trabajadores percibirán una compensación de 13.20 euros.- En caso de ser requerido para intervenir, estas cantidades compensarán el tiempo de desplazamiento y de trabajo efectivo que se realice con este motivo.- A los efectos previstos en este artículo se entiende por actuación: La solicitud realizada desde la unidad correspondiente por un responsable identificado.- La situación de emergencia en el servicio.- La solicitud realizada por demanda jerárquica.- Se considerará una actuación doble: Cuando su duración sea superior a cuatro horas.- Cuando supere el fin del módulo de disponibilidad en más de dos horas.- Esta regulación de complementos de disponibilidad tendrá efectividad a partir del día 1 del mes siguiente al de firma de este Convenio colectivo.- **CUARTO** .- Sobre el abono de estos conceptos retributivos en vacaciones se trata en las reuniones de la Comisión de Negociación Permanente del Convenio de 25-9-14, 8-10-14 y 17-12-14, indicándose finalmente en ésta última por parte de TME que: *En cuanto al Plus de disponibilidad y los Planes de Incentivos Comerciales la Sra. Modesta señala que la Empresa mantiene la misma postura que en la reunión anterior respecto a la no inclusión como devengos circunstanciales de vacaciones .- El plus de disponibilidad compensa la actividad del trabajador, fuera de la jornada normal de trabajo. Por ello está compensando circunstancias extraordinarias, ajenas a las que producen dentro de la jornada normal de trabajo.- En cuanto a los Incentivos Comerciales, están constituidos por módulos de consecución de objetivos anuales y además el devengo de la gratificación asociada al puesto de comercial de carrera comercial se abona al empleado en 12 meses, por ello consideramos no se produce un menoscabo retributivo para el empleado en el mes de vacaciones.- Sin perjuicio de señalado, la empresa está en disposición de abordar esta cuestión en la próxima negociación colectiva.-* **QUINTO**.- El jefe de cada unidad en la que se realicen trabajos que requieran mantenimiento o atención permanentes, elabora un cuadro teórico anual de asignación de días de disponibilidad equilibrado para el total de trabajadores adscritos a esta tarea. No obstante se producen alteraciones en las fechas e incluso se permiten intercambios entre ellos.- **SEXTO** .- Este Tribunal dictó sentencia el 8-4-14 autos 34/14 en cuyo fallo se disponía que: *Estimamos parcialmente la demanda y anulamos del párrafo cuarto del art. 38 del VI Convenio la exigencia de alta en el momento del cobro para el abono de los incentivos y condenamos a TELEFÓNICA MÓVILES, SAU, UGT, CCOO y STC-TME a estar y pasar por dicha nulidad parcial, absolviéndoles de los restantes pedimentos de la demanda.* Se han cumplido las previsiones legales.

QUINTO .- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de casación por la representación procesal de TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.U., amparándose, con invocación del art. 207 LRJS , en los siguientes motivos: 1º).- Con amparo en el apartado «b)», por infracción del art. 153.1 LRJS .- 2º).- Bajo la cobertura de la letra «c)», por vulneración del art. 222 LECiv .- 3º).- Al amparo del apartado «e)», por infracción de los arts. 38, 39 y 40 del VI Convenio Colectivo de «TME», en relación con el art. 7 del Convenio 132 OIT, el art. 7.1 de la Directiva 2003/88 CE [4/Noviembre], el art. 38 ET y jurisprudencia -que reproduce- de esta Sala IV.- 4º).- Con igual apoyo procesal anterior, infracción de los artículos 24 y 120 CE .

SEXTO.- Evacuado el trámite de impugnación, se emitió el preceptivo informe del Ministerio Fiscal, en el sentido de considerar procedente el recurso, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo en Pleno el día 18 de mayo de 2016, en cuya fecha tuvo lugar .

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- La decisión recurrida.- Las presentes actuaciones versan sobre el Conflicto Colectivo planteado por diversos Sindicatos [demandas de «CCOO» y «UGT», a las que se adhirió la «CGT»] y que ha sido resuelto por la Audiencia Nacional en sentencia de 18/Marzo/2015 [autos 18/15], reconociendo a los trabajadores de «TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, SAU» [en adelante, «TME»] el derecho a que su retribución de vacaciones incluya la «remuneración normal o media anual» que perciban de los «complementos retributivos» establecidos por el VI Convenio Colectivo en sus arts. 38 [«bonus»: cantidad anual y variable, en función de los objetivos - generales e individuales- logrados], 39 [«Carrera Comercial»: cantidad fija y en 14 pagas, por nivel de desarrollo alcanzado en la actividad profesional] y 40 [«disponibilidad»: compensación fija por estar a disposición de la empresa en ciertas unidades, a razón de 33,7 euros/hora].

Para llegar a tal decisión, la Audiencia Nacional -con fundamento en las disposiciones de Derecho interno y externo aplicables- argumenta la doctrina de la STJUE 22/04/2014 [asunto «Lock »], para llegar a unas conclusiones -posteriormente las examinaremos- que le llevan a la última consecuencia de inaplicar las previsiones que sobre la retribución de las vacaciones contiene el VI Convenio Colectivo de «TME», por ser contrarias - se argumenta- al art. 7.1 de la Directiva y por proceder la aplicación del principio de primacía del Derecho de la Unión Europea [en adelante, UE].

2.-Recurso de casación interpuesto por «TEM».- Interpone recurso de casación la empresa y con invocación del art. 207 LRJS desarrolla los siguientes motivos:

1º).- Con amparo en el apartado «b)», mantiene que la decisión de la Audiencia Nacional ha incurrido en inadecuación de procedimiento e infracción del art. 153.1 LRJS .

2º).- Bajo la cobertura de la letra «c)», afirma que la recurrida ha quebrantado las formas esenciales del procedimiento, con vulneración del art. 222 LECiv .

3º).- Al abrigo del apartado «e)», entiende que la Audiencia Nacional ha infringido los arts. 38 , 39 y 40 del VI Convenio Colectivo de «TME », en relación con el art. 7 del Convenio 132 OIT, el art. 7.1 de la Directiva 2003/88 CE [4/Noviembre], el art. 38 ET y jurisprudencia -que reproduce- de esta Sala IV.

4º).- Con apoyo -nuevamente- de la letra «c)», denuncia quebrantamiento de normas procedimentales, por haberse incurrido -se dice- en incongruencia e infringido los arts. 24 y 120 CE .

SEGUNDO.- 1.- La alegada inadecuación procedimental.- Sostiene la recurrente que el trámite de Conflicto Colectivo -seguido- no es el adecuado para solventar la pretensión de autos, siendo así -se argumenta- que tanto los «incentivos» como la compensación por «disponibilidad» comportan una pluralidad de situaciones cuya diversidad dota de patente heterogeneidad a los colectivos afectados, incompatible con el incuestionable requisito de homogeneidad que es propio de la modalidad procesal empleada.

2.- Los requisitos del Conflicto Colectivo.- Ciertamente, de acuerdo con nuestra muy consolidada doctrina en torno a la figura de que tratamos (SSTS 25/06/92 -rco 1706/91 -; ... 17/07/02 -rco 1229/01 -; ... 05/11/08 -rco 178/07 -; ... 05/07/10 -rco 10/10 -; ... 28/09/15 -rco 170/14 -; ... y 03/03/16 -rco 59/15 -):

1º).- La modalidad procesal de Conflicto Colectivo implica: a) la existencia de un conflicto actual; b) el carácter jurídico del mismo, diferenciándose así del conflicto de intereses; y c) su índole colectiva.

2º).- Este último aspecto -índole colectiva- se define por la conjunción de dos elementos: a) uno subjetivo, integrado por la referencia a la afectación de un grupo genérico de trabajadores, «entendiendo 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 b) otro elemento objetivo, consistente en la presencia de un interés general, que se define como «indivisible, correspondiente al grupo en su conjunto y, por tanto, no susceptible de fraccionamiento entre sus miembros», o como «un interés que, aunque pueda ser divisible, lo es de manera refleja en sus consecuencias, que han de ser objeto de la oportuna individualización, pero no en su propia configuración general».

3º).- Precisando el elemento objetivo, hemos mantenido que existe una clara diferencia entre el grupo como tal y los trabajadores individuales que en última instancia lo componen, y es que el grupo está configurado por rasgos y conceptos que «a priori» lo configuran y no están sujetos a prueba, mientras que los trabajadores individuales forman parte o no del grupo en atención a circunstancias personales que en cada caso han de probarse.

4º).- 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 el origen de la controversia sea la interpretación o aplicación de una regulación jurídicamente vinculante o de una práctica o decisión de empresa que afecte de manera homogénea e indiferenciada a un grupo de trabajadores; y ello es así, porque en los conflictos colectivos late un interés individual o plural, en la medida en que la interpretación general ha de afectar necesariamente a todos los trabajadores incluidos en el ámbito de aplicación del conflicto.

5º).- En último término, la característica esencial del proceso de conflicto colectivo es la de que a través del mismo «se trata de establecer el sentido o el alcance de una regla general aplicable a un grupo de trabajadores y no de resolver la situación individualizada de cada uno de los miembros de ese grupo».

3.- Adecuación procedimental en el presente caso.- La aplicación de tal doctrina al supuesto enjuiciado no puede sino llevar a rechazar el planteamiento recurrente, pues ninguno de aquellos requisitos -existencia actual de controversia; su naturaleza jurídica; afectación genérica; e interés general- puede negarse cuando lo que se pretende -y a ello se opone la demandada- es que la retribución de vacaciones integre una serie de complementos retributivos [por objetivos; por carrera comercial; y por disponibilidad] que el Convenio Colectivo formalmente no excluye; y ello referido a todos los trabajadores que disfruten o puedan disfrutar de tales conceptos remuneratorios, y con absoluta independencia de su cuantía y/o determinación, con apoyo -la pretensión- en el Derecho de la UE y en su interpretación por el TJUE.

TERCERO.- 1.- La pretendida cosa juzgada.- Asimismo sostiene la empresa recurrente que la decisión de la AN ha desconocido la eficacia de cosa juzgada que corresponde a la SAN 08/04/2014 [autos

33/15], por cuanto que la misma se dictó en interpretación del art. 38 del Convenio Colectivo y en ella se resolvió que los incentivos previstos en tal norma convencional «se devengarán y abonarán, en su caso, dentro del primer cuatrimestre del año siguiente al que se refieren..»; afirmación literal de la que el autor del recurso deduce que «a la vista de este pronunciamiento, consideramos que la demanda ... en cuanto solicita que se abone proporcionalmente ese incentivo en la retribución de las vacaciones anuales, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 222 de la Ley de Enjuiciamiento Civil debe desestimarse por efecto de la cosa juzgada positiva, dado que existe un pronunciamiento judicial firme, de acuerdo con el cual esos incentivos "se devengarán y abonarán en su caso, dentro del primer cuatrimestre del año siguiente al que se refieran", excluyendo cualquier otro pago en momentos diferentes al establecido en el convenio».

2.- Rechazo de la excepción.- El sorprendente alegato de «TME» no merece sino nuestro más rotundo rechazo.

Para empezar, porque -como había argumentado con toda claridad y acierto la propia decisión recurrida- si bien el complemento por «incentivos» al que se refiere -entre otros conceptos- la presente reclamación, fue también en su día objeto de enjuiciamiento en la citada SAN 08/04/14, no lo es menos que la cuestión allí debatida y resuelta fue exclusivamente la ilegalidad del art. 38 del Convenio en lo relativo a «la exigencia de encontrarse de alta en la empresa para el percibo del *bonus*, mientras que lo que aquí se pretende es que la cuantía de lo percibido en concepto de *bonus* o incentivo se abone en vacaciones, lo que traslada el debate a la esfera del art. 26 del convenio que regula el derecho al descanso, cuestión en todo ajena a la resuelta en la SAN precedente» [FJ Quinto].

La contundencia del argumento no excluye que insistiendo en esa misma línea, añadamos la explicación complementaria de que si bien es cierto que con la actual regulación de la cosa juzgada [art. 222 LECiv] se ha impuesto una interpretación flexible que no excluye el efecto de cosa juzgada material en el supuesto de que los procesos puestos en comparación contemplen el ejercicio de ejercitadas acciones distintas e incluso por sujetos diferentes (recientes, SSTS 04/03/10 -rcv 134/07 -; 18/04/12 -rcud 163/11 -; 01/07/13 -rcud 2717/12 -; y 26/12/13 -rcud 386/13 -), de todas formas para que se produzca tal efecto es preciso que lo decidido en el primer proceso «actúe en el segundo como elemento condicionante o prejudicial, de forma que la primera sentencia no excluye el segundo pronunciamiento, pero lo condiciona, vinculándolo a lo ya fallado»; o, en términos del art. 222.4 LECiv, que aparezca en el segundo «como antecedente lógico de lo que sea su objeto, siempre que los litigantes de ambos procesos sean los mismos, o la cosa juzgada se extienda a ellos por disposición legal» (STS 30/09/04 -rcud 1793/03 -; ... 30/03/10 -rcv 48/09 -; ... y 10/03/15 -rcud 597/14 -). Y en el caso de que tratamos -tal como se ha expuesto más arriba- en manera alguna existe aquella decisiva «conexión de las decisiones» (STS 25/05/11 -rcud 1582/10 -) que es la base del efecto positivo de cosa juzgada, sino que son absolutamente independientes la una de la otra, en tanto que están referidas a cuestiones distintas [percepción del complemento, pese a haber cesado en la empresa; y repercusión del complemento en la retribución de vacaciones], examinan preceptos diversos del Convenio Colectivo [art. 38 ; y art. 26] y tienen diferente sustento jurisprudencial [de ello trataremos luego], teniendo en común exclusivamente que una y otra versan sobre el tratamiento jurídico aplicable -desde una óptica y en aspectos independientes- a un mismo complemento.

CUARTO.- Referencia sucinta a un último motivo de oposición.- Para concluir el apartado procesal hemos de referirnos al último motivo del recurso, en el que bajo la denuncia de haberse infringido los arts. 24 y 120 CE se hacen una serie de consideraciones que parecen encubrir unos datos de hecho que las partes conocen pero que no se hallan en el relato de HDP y que -parece- van referidos al percibo real de alguno de los conceptos. Críptica denuncia a la que la Sala sólo puede responder con lo siguiente: a) si con ella - con la denuncia- se quiere significar que alguno de los conceptos cuestionados se retribuyen por la empresa, en todo caso la respuesta procesal de la misma debiera haber el alegato de inadecuación procedimental, por inexistencia de conflicto «real y actual»; b) si el texto alude al cumplimiento retributivo en determinadas circunstancias o situaciones, el cauce procedente era -como presupuesto elemental de posterior denuncia- la revisión de los HDP; y c) si lo que quiere es mostrarse un cierto y limitado aquietamiento a la pretensión, ello habría de traducirse en un allanamiento más o menos amplio, inexistente en autos.

QUINTO.- 1.- La infracción sustantiva que se denuncia.- Como ya hemos indicado, en lo que se refiere propiamente a la cuestión de fondo suscitada, el recurso mantiene que la Sala de instancia ha conculcado los arts. 38, 39 y 40 del VI Convenio Colectivo de «TME», basándose tal afirmación en una serie de consideraciones relativas a los referidos preceptos y en un análisis - comprensiblemente subjetivo- de la jurisprudencia de esta Sala y de la doctrina del Tribunal de la Comunidad Europea.

2.- La genérica normativa reguladora.- A lo que entendemos, el estudio de la cuestión a debate ha de partir de la reproducción literal de las varias disposiciones en liza. En concreto:

a).- Conforme al art. 40.2 CE , «... los poderes públicos ... garantizarán el descanso necesario, mediante ... las vacaciones periódicas retribuidas».

b).- Para el art. 38.1 ET , «El período de vacaciones anuales retribuidas, no sustituible por compensación económica, será el pactado en convenio colectivo o contrato individual».

c).- De acuerdo con el art. 3.1 Convenio 132 OT, «Toda persona a quien se aplique el presente Convenio tendrá derecho a vacaciones anuales pagadas ... »; y con arreglo al art. 7.1 del mismo Tratado, en las vacaciones el trabajador «percibirá ... por lo menos su *remuneración normal o media ... calculada en la forma que determine en cada país la autoridad competente o el organismo apropiado* ».

d).- Por su parte, dispone el art. 31.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que «Todo trabajador tiene derecho ... a un periodo de vacaciones anuales retribuidas».

e).- Asimismo, preceptúa el art. 7.1 de la Directiva 2003/88 CE que «Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que todos los trabajadores dispongan de un período de al menos cuatro semanas de vacaciones anuales *retribuidas, de conformidad con las condiciones de obtención y concesión establecidas en las legislaciones y/o prácticas nacionales* ».

f).- Finalmente, el art. 26.1 del VI Convenio Colectivo de «TME » dispone que «[e] personal incluido en el ámbito de aplicación de este Convenio tendrá derecho anualmente a un periodo de vacaciones retribuidas de 25 días laborables; a estos efectos se entiende por retribución los conceptos fijos de devengo mensual».

3.- La normativa definitivamente aplicable.- La primera cuestión a decidir, a la vista de la pluralidad de normas que tratan la materia, es precisamente la de determinar cuál de ellas es la que ha disciplinar el régimen retributivo de las vacaciones, al objeto de clarificar la validez y el alcance de la regulación convencional [art. 26.1]. Y para llegar a tal objetivo son de tener en cuenta tres consideraciones:

a).- En primer lugar, la remisión que al convenio colectivo y al contrato hace el art. 38.1 ET , aunque se refiera al «período» no parece que deba entenderse limitada a la concreción temporal, sino también extensiva a la «retribución».

b).- En segundo término, conforme al art. 96.1 CE los Tratados internacionales válidamente celebrados pasan a formar parte del ordenamiento jurídico español tras su publicación oficial [BOE 05/07/74], por lo que el Convenio 132 OIT ha pasado a ser Derecho interno, por haberse ratificado por España y publicado en el BOE.

c).- Finalmente, las Directivas únicamente entran en acción si los diversos Estados miembros no efectúan en plazo la trasposición o lo hicieren de manera incorrecta, de forma que su posible eficacia -ya veremos cuál- cesa cuando el Estado miembro procede a ejecutar correctamente la respectiva Directiva y ni tan siquiera se produce si la ejecución de la Directiva resulta innecesaria porque la legislación interna.

Asimismo ha de tenerse en cuenta que el art. 7.1 del Convenio se remite a la « *remuneración normal o media ... calculada en la forma que determine en cada país la autoridad competente o el organismo apropiado* », y que si bien el art. 7.1 de la Directiva 2003/88 se limita a referir el derecho a «vacaciones anuales *retribuidas, de conformidad con ... las legislaciones y/o prácticas nacionales* », la circunstancia de que esta última expresión legal se refiera -conforme a la doctrina del TJUE- también a la «retribución normal» del trabajador, determina que nos hallemos ante dos regulaciones con idéntica protección de los intereses del trabajador, siquiera en el presente caso nos centremos en tratar el régimen jurídico del Derecho de la UE, por la triple circunstancia de que -de un lado- la decisión recurrida ha basado su decisión -exclusivamente- en la «primacía» de la citada normativa supranacional; de otra parte, la abundante jurisprudencia del Tribunal de la Unión Europea ofrece mayores posibilidades para una respuesta satisfactoria al problema de que tratamos; y finalmente, tampoco se presenta como factor ajeno a esa preferencia argumental la cesión de soberanía legislativa que comporta el Derecho de la UE.

SEXTO.- Jurisprudencia sobre la cuestión controvertida.- La doctrina de esta Sala IV en torno a la retribución correspondiente al periodo de vacaciones, mayoritariamente argumentada en interpretación del art. 7.1 del Convenio 132 OIT, ha sido bastante prolija. Y sin intención alguna de exhaustividad puede sintetizarse la misma en los siguientes términos:

a).- Desde las fechas iniciales de la unificación de doctrina hemos mantenido con reiteración que ««[c]omo norma general ha de aceptarse que las vacaciones retribuidas ... han de comprender todos los

conceptos salariales en su promedio a fin de cumplir el objeto perseguido por la institución de proporcionar descanso pleno al trabajador, que podría verse afectado si mediara una discriminación en los ingresos económicos, si bien, constituyen excepción al principio general aquellos conceptos salariales de carácter excepcional establecidos para compensar actividades también extraordinarias» (así, las SSTS 14/02/94 -rcud 1880/93 -; 17/12/1996 -rcud 1321/96 -; 21/10/94 -rcu 3149/93 -; 06/03/12 -rcu 80/11 -; y 30/11/15 -rcu 48/15 -).

b).- Ahora bien, no es menos cierto que la Sala también ha mantenido que "[c]omo toda norma jurídica integrada en el ordenamiento español, el Convenio OIT 132 debe ser interpretado «según los preceptos y principios constitucionales» [art. 5.1 LOPJ], atendiendo fundamentalmente a «su espíritu y finalidad», y teniendo en cuenta «la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas» [art. 3.1 Código Civil]. De acuerdo con estos cánones interpretativos ... el convenio colectivo puede apartarse de tal regla de remuneración normal o media del período de vacaciones, siempre y cuando se respeten en cómputo anual los mínimos indisponibles de derecho necesario" (doctrina expuesta por la STS 20/01/92 -rec. 792/91 -, y reproducida -en mayor o menor medida- por las SSTS 25/04/06 -rcud 16/05 -; ... 26/07/10 -rcu 199/09 -; y 06/03/12 -rcu 80/11 -).

SÉPTIMO.- 1.- El soporte argumental de la sentencia recurrida.- Como ya hemos indicado más arriba [FJ Primero.1], la Audiencia Nacional fundamenta su estimación del Conflicto Colectivo exclusivamente en la doctrina -que veremos después- establecida por la STJUE 22/05/2014 [C-139/12 ; asunto «Lock»], para sobre esta base sentar unas conclusiones que a nuestro juicio van más allá de aquella doctrina y además son jurídicamente inexactas, al afirmar que el art. 7.1 de la Directiva 2003/88/CE , «interpretado por el TJUE en los términos ya expuestos, ha de prevalecer necesariamente en virtud del principio de primacía del derecho comunitario frente a las legislaciones o prácticas nacionales que lo contradigan», de forma que «si un convenio colectivo se opone a lo dispuesto en el art. 7.1 Directiva 2003/88/CE , en los términos establecidos por la jurisprudencia comunitaria ya expuestos anteriormente, debe prevalecer lo dispuesto en el artículo mencionado, según la interpretación exigida por TJUE 22-05-2014, C-539/12 , sobre el convenio colectivo, que ha de subsumirse necesariamente entre las disposiciones y prácticas nacionales, a tenor con lo dispuesto en el art. 3.1.b ET ».

2.- Nuestra discrepancia con su planteamiento.- La Sala quiere poner de manifiesto que -efectivamente- ni la doctrina «Lock» consiente aquellas afirmaciones, ni en todo caso podría llegarse a su misma e íntegra conclusión por la vía aplicativa del principio de primacía del Derecho UE; y ello aunque coincidiéramos en el favorable cómputo -en la retribución de vacaciones- de dos de los conceptos en discusión [«Carrera Comercial»; y

«plus de disponibilidad». Y para justificar lo precedente dicho hemos de tratar por separado las varias cuestiones diferenciadas: a) la doctrina sentada por el TJUE el asunto «Lock»; b) la primacía del Derecho UE; c) el alcance aplicativo de las Directivas; y d) las soluciones al problema que suscita la falta de «eficacia directa» del instrumento jurídico de que tratamos [Directiva 2003/88].

OCTAVO.- 1.- La doctrina «Lock» del TJ de la Unión Europea.-

La invocada STJUE 22/07/2014 , hace una serie de importantes afirmaciones

-detallando sus precedentes- que lógicamente no puede desconocer la Sala:

a).- Que el derecho a disfrutar de vacaciones anuales retribuidas - expresamente reconocido en el art. 31 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea- «debe considerarse un principio del Derecho social de la Unión de especial importancia, respecto al cual no pueden establecerse excepciones y cuya aplicación por parte de las autoridades nacionales competentes únicamente puede efectuarse respetando los límites establecidos expresamente por la propia Directiva 93/104, Directiva ésa que ha sido codificada por la Directiva 2003/88» [ap. 14].

b).- 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» [ap. 16].

c).- Que «la obligación de retribuir las vacaciones tiene como objetivo colocar al trabajador, durante las citadas vacaciones, en una situación que, desde el punto de vista del salario, sea comparable a los períodos de trabajo» [ap. 17].

d).- Que «disminución de la retribución de un trabajador correspondiente a sus vacaciones anuales retribuidas, que puede 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 » [ap. 23].

e).- 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)». Pero que «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* » [aps. 26 y 27].

2.- Reafirmación de la doctrina en el asunto «Bollacke».- Los criterios que se acaban de exponer no solamente reiteran los precedentes que el propio asunto «Lock» expresamente refiere, sino que posteriormente han sido reproducidos en gran parte por la STJUE 12/06/14 [C-118/13 ; asunto «Bollacke»]. En ella se insiste -con multitud de citas jurisprudenciales- en que:

a).- El «derecho a las vacaciones anuales constituye únicamente una de las dos vertientes de un principio esencial del Derecho social de la Unión y que éste implica también el derecho a percibir una retribución» [ap. 20].

b).- La «expresión "vacaciones anuales retribuidas" utilizada por el legislador de la Unión, en particular en el artículo 7, apartado 1, 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 éste debe percibir la retribución ordinaria por dicho período de descanso y distensión» [ap. 21].

c).- En «aras de garantizar el respeto de dicho derecho fundamental del trabajador consagrado por el Derecho de la Unión, el Tribunal de Justicia no puede interpretar de modo restrictivo el artículo 7, apartado 2, de la Directiva 2003/88 , en detrimento de los derechos que el trabajador obtiene de ésta» [ap. 22].

NOVENO.- 1.- Primacía del Derecho de la UE: justificación de su examen.- Señalábamos más arriba que la Audiencia Nacional había basado la estimación del Conflicto Colectivo planteado, de un lado en la significación que atribuía a la sentencia «Lock» y de otro al «principio de primacía del derecho comunitario frente a las legislaciones o prácticas nacionales que lo contradigan».

Y habida cuenta de que el primer aspecto ya ha sido tratado, nos resta examinar el segundo, lo que haremos con el detenimiento que impone el hecho de que tanto la decisión recurrida como otros organismos jurisdiccionales de diverso rango, fundamenten sus decisiones en la correcta afirmación de la prevalencia -general- de las normas de la UE, pero confundiendo - nos parece- ese correcto principio con la errónea atribución de eficacia directa -horizontal- a disposiciones que carecen de ella; aparte de que -hay que reconocerlo- incluso esta propia Sala ha hecho ocasional aplicación de aquel principio en circunstancias que bien pudieran comportar la exclusión de la referida eficacia.

2.- La primacía del Derecho de la Unión Europea.- Ya en precedente ocasión hemos puesto de manifiesto (STS 23/03/15 -rcud 2057/14 -) que "tal principio -la primacía del Derecho de la Unión Europea- «forma parte del acervo comunitario incorporado a nuestro ordenamiento ... y su efecto vinculante se remonta a la doctrina iniciada por el entonces Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas con la Sentencia de 15 de julio de 1964, asunto Costa contra Enel ..., habiéndose aceptado la primacía del Derecho de la Unión Europea ...por la propia Constitución Española en virtud de su art. 93 » (STC 145/2012, de 2/Julio , FJ 5). Añadamos ahora que esta primacía tiene -a lo que entendemos- tres manifestaciones:

a).- En primer lugar, la prevalencia del Derecho originario sobre el Derecho interno en términos absolutos y globales, de manera que en caso de contradicción entre las normas nacionales infraconstitucionales y el Derecho de la Unión, el Juez nacional tiene la obligación de inaplicar la ley interna por su propia autoridad, sin esperar a su previa depuración por el propio legislador o la jurisdicción constitucional (así, SSTJ 09/03/1978 asunto «Simmenthal», ap. 17; 22/06/2010, asunto «Melki y Abdeli», ap. 43; y 05/10/2010, asunto «Elchinov», ap. 31). b).- En segundo lugar -como ya destacamos en la precitada STS 23/03/15 [rcud 2057/14]- «no ofrece dudas la prevalencia o primacía de la jurisprudencia comunitaria sobre la doctrina o jurisprudencia de los tribunales de los países miembros en la interpretación o aplicación de los preceptos y disposiciones del Derecho comunitario, porque de conformidad con el art. 234 del Tratado de la CE -anterior art. 177-, la doctrina establecida por el TJUE, al resolver cuestiones prejudiciales, es vinculante para el Tribunal Supremo y ha de acatarla».

c).- En último término, esa primacía se manifiesta igualmente en la obligada interpretación de la normativa interna a la luz de la legislación y jurisprudencia comunitarias, que es la llamada «interpretación conforme» de que trataremos luego con cierto detalle.

3.- Normativa que goza del principio de eficacia directa «horizontal».- Ahora bien, frente a esa superioridad general -ante los Derechos nacionales- que es propia de todo el Derecho Comunitario, también existe una concreta manifestación de la primacía en su aplicación a la relación entre particulares [eficacia directa «horizontal»], pero ésta ya no puede predicarse de todo el Derecho de Unión, sino tan sólo del «Derecho originario europeo», integrado por los Tratados [Tratados constitutivos; el Tratado de la Unión Europea o Tratado de Maastricht del año 1992; los Tratados y acuerdos que modifican a estos Tratados fundacionales -Acta Única Europea, Tratado de Ámsterdam y Tratado de Niza-; y los Tratados de Adhesión de los distintos Estados miembros], la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea [por disponerlo así el TFUE], y los principios generales que el TJ atribuye cualidad de constitucionales; y también alcanza -la primacía- al Derecho derivado con directa eficacia, en concreto los Reglamentos, puesto que los mismos -conforme al art. 288 TFUE - gozan de «alcance general» y serán «obligatorio[s] en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro» desde su publicación en el DOUE.

Por el contrario, el privilegio de eficacia «horizontal» no beneficia -con carácter general y en términos absolutos- al Derecho derivado carente de eficacia directa, y singularmente -ésta es la cuestión debatida en autos- a las Directivas, respecto de las que el mismo art. 288 sostiene que «obligará[n] al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios». Y de ello tratamos a continuación.

DÉCIMO.- 1- Precedentes de la sala respecto de la eficacia normativa de las Directivas.- La limitada eficacia de las Directivas de la UE es cuestión que ha sido tratada por la Sala ya desde el inicio de la unificación de doctrina, habiendo afirmado al respecto la STS 13/06/91 [rcud 266/91] - con cita de diversas resoluciones del TJ- que si bien por aplicación del art. 189 TCEE [actual art. 288 TFUE] los Reglamentos «son directamente aplicables y susceptibles, por su propia naturaleza, de producir efecto directo», el llamado «efecto útil» de la Directivas se concreta -si son incondicionadas y suficientemente precisas- en su posible invocación por los particulares, pero «siempre en el ámbito de las relaciones de particulares con el Estado (efecto vertical)», que no entre ellos. Doctrina que se mantiene en la STS 12/11/02 [rco 1293/01] y ya con más detalle en la STS 23/03/15 [rcud 2057/14], que a su vez se apoya -también- en varias decisiones del Tribunal Europeo.

2.- Presente confirmación de la eficacia «vertical»/ineficacia «horizontal».- En esta ocasión insistimos en la misma doctrina, que por ser contraria a la que sirve de fundamento a la decisión recurrida, consideramos merece un examen más detenido y que resumible en los siguientes apartados:

a).- La llamada la «eficacia directa» del Derecho UE -posibilidad de aplicar el Derecho de la Unión en los Estados miembros con independencia de las previsiones del Derecho interno- se halla limitada en principio a los Reglamentos de la UE, que son «directamente aplicable[s] en cada Estado miembro» [art. 288 TFUE], por integrarse en los ordenamiento jurídicos nacionales a partir de su publicación en el DOUE [art. 297 TFUE]; de manera que el Derecho originario puede ser -desde su entrada en vigor- invocado antes los órganos jurisdiccionales nacionales (así, desde la STJ 05/02/1963, asunto 26/62, «Van Gend & Loos»).

b).- Ciertamente que a partir de la STJ 04/12/1974 [asunto C- 41/74 «Van Duyn»] la posibilidad de «eficacia» directa se extiende igualmente - aunque en forma muy limitada- a una parte del Derecho derivado, al sentarse el criterio de que las Directivas pueden ser directamente aplicadas en los Estados miembros en los supuestos de falta de ejecución o ejecución incorrecta [la llamada eficacia «reaccional»], pero ha de tenerse en cuenta que:

1º).- En tanto que opera como «garantía mínima» frente a la anómala situación provocada por la dejadez estatal (STJ 15/07/1982, asunto 270/81, «F. Rickmers»), su contenido ha de ser incondicional y suficientemente claro y preciso [STJ asunto «Van Gend & Loos»], aunque posteriormente el TJUE elimina la exigencia de claridad y requiere tan sólo que las Directivas sean «incondicionales y suficientemente precisas» (STJ 19/01/1982, asunto «U. Becker»), de forma que impongan «una obligación en términos inequívocos» (STJ 23/02/1994, asunto «Difesa della Cava»);

2º).- Su operatividad -con trasfondo sancionador- se limita al marco de las relaciones verticales [poderes públicos/particulares] y en sentido unilateral [sólo los particulares pueden invocar la Directiva frente a los poderes públicos] (SSTJ 11/06/1987, asunto «Pretore di Saló»; 08/10/1987, asunto «Kolpinghuis Nijmegen»; y 03/05/2005, asunto «Berlusconi»).

c).- Tal como se ha apuntado, al tener la eficacia directa de las Directivas un trasfondo sancionador, en tanto que -conforme a lo indicado- se hace valer por el particular frente al Estado incumplidor, lógicamente la misma ha de excluirse en el marco de las relaciones privadas y carecen de eficacia invocable en plano «horizontal», pues «una Directiva no puede, por sí sola, crear obligaciones a cargo de un particular y no puede, por consiguiente, ser invocado en su calidad de tal en su contra» (aparte de otras anteriores ya citadas, las SSTJ 05/04/1979, asunto «Ratti»; 07/12/95, asunto «Spano»; 19/01/2010, asunto «Kücükdeveci», ap. 46; 24/01/2012, asunto «Domínguez», ap. 42; 15/01/2014, asunto «Association de médiation sociale»; 05/10/2004, asunto «Pfeiffer», ap. 108; y la reciente 19/04/2016, asunto C-441/14, «Dansk Industri», ap. 30).

UNDÉCIMO.- 1.- Los sujetos --pasivos- de la «eficacia vertical».-

Abundando en esta línea explicativa hemos de indicar -con las SSTJUE 24/01/2012, asunto «Domínguez», aps. 38 y 38; y 12/12/13, asunto «Portgás», aps. 23 y 24- que:

a).- Se ha mantenido un sentido amplio del sujeto frente al que invocar las disposiciones comunitarias, al afirmar que pueden aducirse «contra un Estado, sea cual sea la condición en la que actúa, como empleador o como autoridad pública».

b).- Asimismo, las Directivas son invocables -cuando proceda y en tanto que como efecto directo- también, de entre las entidades públicas, contra «los organismos, cualquiera que sea su forma jurídica, a los que un acto de la autoridad pública ha encomendado la prestación de un servicio de interés público bajo el control de esta última y que disponen, a tal efecto, de facultades exorbitantes.

c).- Pero «aun cuando un particular esté comprendido en el ámbito de aplicación subjetivo de una Directiva, las disposiciones de ésta no pueden invocarse como tales en su contra ante los tribunales nacionales».

2.- Supuestos de «eficacia directa» y «horizontal».- No puede pasarse por alto que en algún supuesto el TJUE ha admitido la aplicación directa del derecho «regulado» por una Directiva, con posible invocación por y frente a particulares. Pero ha de resaltarse: a) que propiamente no se consagra la «eficacia horizontal» de la Directiva, sino la «eficacia directa» del derecho que la misma regula y en tanto que el mismo está dotado de cualidad de derecho fundamental de la Unión Europea; y b) ello se ha producido -que sepa la Sala- únicamente en cuatro ocasiones (SSTJ 22/11/2005, asunto «Mangold»; 19/01/2010, asunto «Kücükdeveci»; 13/Septiembre/2011, asunto «Prigge»; y muy reciente 19/04/2016, asunto «Dansk Industri»), y todas ellas referidas al principio general de no discriminación por razón de edad, objeto de la Directiva 2000/98/CE y consagrado por el art. 21.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea [DOCU 2000-C 364/01].

Bien pudiera pensarse que estando el derecho a las vacaciones retribuidas igualmente consagrado en el art. 31 de la Carta [«2. Todo trabajador tiene derecho ... a un periodo de vacaciones anuales retribuidas»], igualmente pudieran gozar de la misma aplicación «directa» y «horizontal» su concreto tratamiento en la Directiva 2003/88 y su interpretación por el TSJUE. Pero no es así:

a).- Baste pensar, a este respecto, que cada uno de los 54 artículos de la CTDUE consagra uno o varios «derechos, libertades y principios», la gran mayoría de ellos aplicable al ámbito laboral y de seguridad social, y si su reconocimiento -de todos y cada uno de tales derechos o principios- en la CDFUE determinase la eficacia directa del «contenido» de las Directivas que respectivamente los regulasen, este reconocimiento convertiría en una afirmación vacía la efectuada por el art. 288 TFUE, respecto de que la Directiva simplemente «obligará al Estado miembros destinatario» y que -deducción unánime de la doctrina especializada- carece de eficacia directa entre particulares [nos remitimos a los FFJJ Noveno y Décimo].

b).- La explicación de la diferencia de tratamiento entre unos y otros derechos se halla -entendemos- ya en el rango normativo atribuible al derecho o principio al que la propia Directiva se refiere, sino en la necesidad de su desarrollo para adquirir eficacia aplicativa; esto es, que la eficacia directa se atribuye cuando sean «suficientes por sí mismos para conferir un derecho subjetivo» [en expresión de la citada sentencia «Association de Médiation Sociale», ap. 47], y no cuando «únicamente se puede llevar a cabo mediante un acto de Derecho comunitario derivado» (STJ 29/10/2009, asunto «NCC Construction Danmark», ap. 42).

c).- Este es el caso, por ejemplo del derecho a la neutralidad fiscal (asunto -citado- «NCC Construction Danmark»); lo mismo que el derecho de información de los trabajadores, también reconocido como fundamental en el art. 27 de la Carta y que expresamente ha sido excluido del privilegio de «eficacia directa» (la ya referida «Association de Médiation Sociale», examinando la aplicación de la Directiva 2002/14).

Pero -sobre todo- tal efecto directo se ha rechazado concreta y expresamente respecto del derecho a las vacaciones retribuidas, sobre el que ha indicado -siquiera sobre aspecto diverso al tratado en los presentes autos- la STJUE 26/03/15 [asunto C-316/13, «Fenoll»] que «... de la reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia resulta que, si no es posible una interpretación del Derecho nacional conforme con esa Directiva - lo que corresponde comprobar al tribunal remitente- el artículo 7 de ésta no puede ser invocado en un litigio entre particulares como el asunto principal para garantizar el pleno efecto del derecho a vacaciones anuales retribuidas y dejar inaplicada toda disposición nacional contraria. Por otro lado, en esa situación la parte perjudicada por la falta de conformidad del Derecho nacional con el Derecho de la Unión podrá invocar, no obstante, la jurisprudencia derivada de la sentencia Francovich y otros (C 6/90 y C 9/90, EU:C:1991:428) para obtener, en su caso, reparación del daño sufrido (véase la sentencia Domínguez, C 282/10, EU:C:2012:33, apartado 43)» [ap. 48]. Afirmación cuya validez no parece enervada -al presente- por el hecho de que objeto de debate en la sentencia «Fenoll» fuese anterior a la fecha en la CTDUE adquirió eficacia directa por aplicación del Tratado de Lisboa [TFUE], siendo así que también el asunto «Malgold» es previo a tal Tratado y no por ello dejó de atribuirsele eficacia directa al derecho regulado en la Directiva 2000/78, pues a tal conclusión llegó el TJ basándose en las «tradiciones constitucionales comunes» respecto de la interdicción de la discriminación; argumento al que hubiera podido acudir la sentencia «Fenoll» -y no hizo- para la retribución de las vacaciones.

d).- Las anteriores referencias jurisprudenciales del TJUE nos permiten concluir que para que el derecho contenido en una Directiva ostente eficacia directa entre particulares, no sólo es preciso la inclusión de tal derecho en la CDFUE, sino que no se vea necesitado de una expresa regulación legal y sea «suficiente por sí mismo para conferir un derecho subjetivo», conforme anteriormente hemos indicado. Singularidad ésta - la suficiencia- que ciertamente creemos no cabe predicar de la expresión «vacaciones anuales retribuidas» utilizada por el art. 31.2 CDFUE, porque no tiene la debida concreción -al menos en lo que al importe de la retribución se refiere- como para generar su eficacia directa como derecho fundamental, al menos en ese aspecto retributivo, siendo así que su impreciso alcance ha sido la causa de copiosos litigios ante el TJUE, este Tribunal Supremo y los muchos órganos jurisdiccionales de España.

3.- Corrección -limitada- de la falta de «eficacia directa» y «horizontal».- Ahora bien, las insuficiencias que la inaplicabilidad «directa» de este tipo de Derecho derivado pudiera comportar para la adecuada operatividad del Derecho UE, y el posible «daño colateral» que ello generaría para los particulares interesados, de alguna manera se suavizan -como observa la doctrina especializada- con dos líneas de actuación: 1º) la eficacia interpretativa de las Directivas, en la aplicación del Derecho nacional, conforme al principio de «interpretación conforme»; y 2º) la posible responsabilidad del Estado incumplidor por los daños y perjuicios que pueda causar su incumplimiento de la Directiva. Siendo ajeno al caso de autos este segundo aspecto, nos limitaremos a tratar del primero de ellos en el siguiente fundamento jurídico.

DUODÉCIMO.- 1.- Significado de la «interpretación conforme».-

Efectivamente, frente a las indeseadas consecuencias de la inaplicabilidad «directa» e «inter privados» de las Directivas, el primer instrumento corrector es el de «interpretación conforme», que se perfila por el TJ diciendo que el órgano jurisdiccional «está obligado a hacer todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la directiva, para, al efectuar dicha interpretación, alcanzar el resultado a que se refiere la directiva y de esta forma atenerse al párrafo tercero del artículo 189 del Tratado» -actual 288 TFUE (SSTJ 13/11/1990, asunto «Marleasing»; «Pfeiffer», aps. 113 y 114; «Kücükdeveci», ap. 48; y «Dansk Industri», ap. 31).

2.- Límites de la «interpretación conforme».- Pero en todo caso, ya desde antiguo el TJUE ha rechazado que el principio pueda conducir a que se fuerce de forma indebida la normativa interna (algo censurado ya por las Sentencias 16/12/1993, asunto Wagner Miret»; 14/07/1994, asunto «Faccini Dori»; y 04/07/2006, asunto «De Ciantis»), insistiendo en ello la más reciente doctrina del Tribunal Europeo, al afirmar que «el requisito de interpretación conforme no puede llevar a que una directiva cree, por sí misma e independientemente de una ley interna de adaptación, obligaciones para los particulares» (STJ 05/07/2007, asunto «Kofoed», ap. 45); y que «la obligación del juez nacional de utilizar como referencia el contenido de una directiva cuando interpreta y aplicar las normas pertinentes del Derecho interno ... no puede servir de base para una interpretación *contra legem* del Derecho nacional» (SSTJ 15/04/2008, asunto «Impact», ap. 100; 24/01/2012, asunto «Domínguez», ap. 25; la referida «Association de Médiation Sociale», ap. 39; y la ya citada «Dansk Industri», ap. 32).

DECIMOTERCERO .- 1.- Trascendencia del Convenio 132 OIT.- De todas formas, la limitada actuación del Derecho de la UE que se ha referido queda en cierto modo compensada con la significación que en el tema objeto de debate tiene el ya referido Convenio 132 OIT, cuyo art. 7.1 ha de llevar a la misma conclusión que en su caso hubiera comportado la eficacia directa -en todas sus facetas- del principio

comunitario de derecho a vacaciones retribuidas. Porque, como ya hemos destacado, para el TJUE la retribución a percibir en vacaciones -ex art. 31.2 CDFUE y derivadamente Directiva 2003/88 - es la «ordinaria» y «comparable a los períodos de trabajo» (citadas, SSTJ «Robinson-Steele», ap. 50; «Schultz-Hoff», ap. 58; «Lock», ap. 16»; «Bollacke», ap. 21), pero es que ésta es la misma consecuencia obtenible -como ya vimos en el FJ Quinto.3.c)- del art. 7.1 del Convenio 132 OIT.

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

Pues bien, aclarado ello nos parece razonable entender que aunque la fijación de esa retribución [«normal o media»] por parte de la negociación colectiva admita un comprensible grado de discrecionalidad, pues a ello indudablemente alude la expresión «calculada en la forma...» que el citado art. 7.1 del Convenio 132 utiliza, de todas las maneras la misma no puede alcanzar la distorsión del concepto -«normal o media»- hasta el punto de hacerlo irreconocible, puesto que se trata concepto jurídico indeterminado y como tal ofrece:

a).- Lo que se ha denominado «núcleo» -zona de certeza-, que parece debe integrarse, en su faceta «positiva» por los conceptos que integran la retribución «ordinaria» del trabajador individualizado, como por ejemplo, el salario base, los conceptos - complementos- debidos a «condiciones personales» del trabajador [antigüedad, titulación, idiomas...] y a circunstancias de la «actividad empresarial» [toxicidad; penosidad; peligrosidad...], que siempre son percibidos por los trabajadores individualmente considerados; y en su faceta «negativa», por términos generales, los conceptos retributivos extraordinarios [con carácter general y sin perjuicio de su excepción en singulares circunstancias, los bonus; determinados incentivos; horas extraordinarias...].

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

Planteamiento, que por fuerza impone a los Tribunales un examen casuístico que en cada supuesto lleve a una conclusión que sea respetuosa con las prescripciones legales, nacionales y de la UE, pero a la vez satisfaga

-y éste ha de ser el norte de la interpretación judicial- la finalidad de efectivo descanso que persigue la figura de vacaciones retribuidas.

DECIMOCUARTO.- 1.- Los conceptos retributivos objeto de reclamación.- Referidas ya con detalle nuestra doctrina y la del TJUE acerca de la retribución en las vacaciones, no resta sino examinar la afirmada -por la decisión recurrida- ilegalidad de la regulación de la materia en el Convenio Colectivo de «TME», y - en su caso- la posible «interpretación conforme» de esa normativa convencional a la doctrina expuesta sobre la materia - vacaciones- por el TJUE en los asuntos «Lock» y «Bollacke», así como su adecuación a las previsiones del art . 7.1 Convenio 132 OIT.

Al objeto de justificar nuestra decisión, hemos de recordar --que: a) el art. 26 del Convenio limita el salario del descanso anual a «los conceptos fijos de devengo mensual»; y b) la empresa niega integrar en la retribución de vacaciones el «bonus», el complemento de «carrera comercial» y el plus de «disponibilidad». Y respecto del respectivo significado de cada uno de esos conceptos -haciendo el «análisis específico» de que habla el asunto «Lock»- baste recordar que: a) el «bonus» es percepción anual y variable en función del logro de objetivos -generales e individuales [art. 38]; b) el plus de «Carrera Comercial» es gratificación funcional, de carácter fijo y de percepción en cada una de las 14 pagas del año [art. 39]; y c) la «disponibilidad» es obligatoria para «el personal que preste servicios en Unidades que requieran un mantenimiento u operación permanente» y tiene una «compensación» fija de 33,7 euros.

2.- Aplicación -de la doctrina expuesta- al caso debatido.- Todo ello nos lleva a entender que en caso sometido a debate: a) debe excluirse de la retribución vacacional el «bonus», porque en el presente caso no sólo se trata de un concepto de devengo anual y que por tanto ya retribuye de por sí las vacaciones, sino que también es extraordinario, en tanto que no sólo es variable sino que está subordinado tanto a posibles resultados personales, cuanto a hipotéticos objetivos generales de la empresa; b) contrariamente ha de incluirse el complemento de «Carrera Comercial», porque es un concepto «fijo» y de devengo -y percepción- «mensual» [en cada una de las 14 pagas]; y c) a la misma conclusión estimatoria llegamos respecto del plus de «disponibilidad», que a falta de explicaciones complementarias que no constan y eran carga probatoria y/o revisoria de la empresa, conforme a la accesibilidad probatoria [art. 217.6 LECiv], se abona mensualmente y con carácter fijo al «personal que preste sus servicios en Unidades que requieran un mantenimiento u operación permanente».

DECIMOQUINTO.- Las precedentes consideraciones nos llevan -en parcial coincidencia con el Ministerio Fiscal- a estimar también en parte el recurso. Lo que se acuerda sin imposición de costas [art. 235.1 LRJS].

FALLO

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

Estimar parcialmente el recurso de casación interpuesto por la representación de «TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, SAU», y revocamos en parte la sentencia dictada por la Audiencia Nacional en fecha 18/ Marzo/2015 [autos 18/15], revocando la pretensión relativa al concepto de «bonus» regulado en el art. 38 de referido Convenio, y confirmando el derecho de los trabajadores afectados por el presente Conflicto Colectivo a percibir durante sus vacaciones los complementos previstos en los artículos 39 [Carrera Comercial] y 40 [Disponibilidad] del IV Convenio Colectivo , en su remuneración media anual, acogiendo en este punto la pretensión de los Sindicatos «COMISIONES OBRERAS» y «UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES», a la que se adhirió la «CONFEDERACIÓN GENERAL DEL TRABAJO».

Sin imposición de costas.

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

Así se acuerda y firma.

Jesús Gullón Rodríguez

Fernando Salinas Molina

María Milagros Calvo Ibarlucea

Luis Fernando de Castro Fernández

José Luis Gilolmo López

María Luisa Segoviano Astaburuaga

José Manuel López García de la Serrana

Rosa María Virolés Piñol

María Lourdes Arastey Sahún

Miguel Ángel Luelmo Millán

Antonio V. Sempere Navarro

Ángel Blasco Pellicer

Sebastián Moralo Gallego

Jesús Souto Prieto

Jordi Agustí Juliá

VOTO PARTICULAR

QUE, DE CONFORMIDAD CON LO ESTABLECIDO EN EL Art. 260.2 DE LA LEY ORGANICA, FORMULA LA MAGISTRADA EXCMA . SRA. D^a María Lourdes Arastey Sahún A LA SENTENCIA DICTADA

EN EL RECURSO DE CASACION Nº **207/2015**, DE FECHA 8 DE JUNIO DE 2016, AL QUE SE ADHIEREN LOS EXCMOS/AS. SRES/AS MAGISTRADOS/AS, D^a María Luisa Segoviano Astaburuaga y D. Sebastián Moralo Gallego.

De conformidad con lo establecido en el artículo 260. 2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 205 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , formulo voto particular CONCURRENTE a la sentencia dictada en el recurso de casación número 187/2010 para sostener la posición que mantuve en la deliberación, acogiéndome de esta forma a lo dispuesto en los arts. 206.1 LOPJ y 203 LEC .

Comparto plenamente el sentido del fallo de la sentencia, pero, con la mayor consideración y respeto, discrepo de los razonamientos que han llevado a la mayoría de la Sala a dicha solución y entiendo que a dicho fallo debió de haberse llegado por razones distintas a las que se expresan en los Fundamentos de Derecho quinto a duodécimo de la sentencia. Mi discrepancia se limita, pues, a la estructuración argumental de la sentencia, esto es, a la justificación sobre la que de modo primordial se asienta la decisión.

Partiendo de la mención que la sentencia recurrida hace de normas de Derecho de la Unión y de una concreta sentencia del Tribunal de Justicia (STJUE de 22 julio 2014, *Asunto Lock* , C-539/12), el criterio mayoritario entiende necesario discernir cuál es la normativa aplicable, considerando que el problema que se suscita exige acudir a los principios de primacía, eficacia directa e interpretación conforme, así como de eficacia y rango jerárquico de los Convenios OIT.

La postura que sostengo se fundamenta en la inexistencia de un conflicto sobre la aplicación de tales principios, puesto que, a la postre, el debate litigioso se resuelve mediante la interpretación y aplicación del propio convenio colectivo, sin poner en cuestión su adecuación del Derecho de la Unión Europea.

Este Voto Particular se funda en las siguientes consideraciones jurídicas:

PRIMERO.- 1. El objeto del conflicto gira en torno a los conceptos que han de integrar la paga de vacaciones, centrándose la discrepancia entre los sindicatos demandantes y la empresa en las partidas salariales que el Convenio colectivo de empresa define en tres concretos preceptos (arts. 38, 39 y 40).

Al negar la empresa que esos conceptos hubieran de incluirse en la paga de vacaciones, se suscita la cuestión de si dicha negativa implica una lesión del derecho a la retribución de las vacaciones.

Para el análisis de tal riesgo de merma de la garantía, la Sala de instancia acude a la doctrina del TJUE, centrándose en la sentencia del *Asunto Lock* , antes citado, de la que dicha Sala "a quo" extrae la conclusión de que en la paga de vacaciones no cabe la exclusión de las comisiones, lo cual, además -y a su juicio-, impide que un convenio colectivo pueda disponer lo contrario.

2. Pues bien, sucede que, pese al punto común de inicio sobre cómo calcular el importe de la retribución vacaciones, ni el supuesto al que responde el Tribunal de Luxemburgo en aquel caso es comparable al que aquí se plantea, ni la STJUE en *Lock* decía exactamente lo que la Sala de la Audiencia Nacional afirma. Precisamente, para el TJUE la determinación de la retribución ordinaria necesita un análisis específico en cada caso; lo que el Tribunal de Justicia señala en la propia sentencia *Lock* y ha reiterado después en la STJUE de 11 noviembre 2015, *Asunto Greenfield* (C-219/14)

3. No estamos, pues, ni ante un problema de respeto a la jurisprudencia del Tribunal de la Unión, ni ante la necesidad de reafirmar que el Derecho originario de la Unión Europea haya de primar sobre la legislación nacional. La cuestión controvertida pasa por interpretar y aplicar el propio convenio colectivo, cuyo art. 26 - tal y como se reproduce en los Hechos probados de la sentencia recurrida- claramente establece que la retribución de las vacaciones incluye los conceptos fijos de devengo mensual; lo que acaba llevando a poner de relieve que dos de los conceptos reclamados tienen indudablemente tal naturaleza y el tercero, al ser abonado con carácter anual, no tiene efecto peyorativo sobre las vacaciones.

Precisamente ésta es, en esencia, la *ratio decidendii* de la sentencia mayoritaria, tal y como finalmente se señala en el Fundamento decimotercero.

Por ello, si la interpretación del convenio colectivo ya lleva por si sola a entender que acertaban los demandantes en solicitar la inclusión de conceptos negados por la empresa porque el propio convenio colectivo los incluye y que, por igual razón, ha de rechazarse su pretensión respecto del tercer concepto que no es de devengo anual, resulta difícil establecer la conexión con los problemas de aplicación del Derecho de la Unión sobre los que razona la sentencia mayoritaria.

En suma, la Sala no se plantea duda alguna de la adecuación de las normas del convenio colectivo a la Directiva 2003/88 y, por ello, en mi opinión carecía de objeto analizar el efecto directo de las Directivas, el cual, por otro lado, ni siquiera era pretendido en la demanda, precisamente porque era innecesario acudir a ese criterio extraordinario al considerar los sindicatos demandantes que la norma convencional satisfacía completamente sus pretensiones. Y es que, además, la Directiva no reconoce un derecho invocable que pudiera servir a lo concretamente pretendido, pues el art. 7 se limita a adjetivar el derecho a vacaciones ("retribuidas"), sin determinar el quantum de la retribución. Retribución esta que se define con arreglo a las legislaciones nacionales, como expresamente señala el propio art. 7, y, por ello, difícilmente podría pretenderse el efecto directo de la Directiva en este extremo ya que la Directiva no hace indicaciones explícitas sobre la cuantía de la retribución de las vacaciones (STJUE de 15 septiembre 2011, *Asunto Williams*, C-155/10).

4. A mayor abundamiento, me parece necesario poner de relieve que de existir dudas sobre aquella adecuación del convenio colectivo a la Directiva

-que, coincido con la mayoría de la Sala, aquí no se suscitan-, nunca podrían resolverse aquí acudiendo al nada fácil criterio del efecto directo de la Directiva, sino que habría de provocar que, en tal caso, el juez nacional español planteara la cuestión prejudicial ante el Tribunal de la Unión.

SEGUNDO.- 1, En definitiva, nuestra sentencia debió utilizar un esquema de análisis que pasara por señalar, en primer lugar, la acomodación del convenio colectivo al art. 7 de la Directiva - y, por ende el Convenio de la OIT en tanto el propio TJUE ha reiterado la utilización del criterio de "retribución ordinaria" completada con la necesidad del análisis específico del acoso (además de las dos sentencias antes citadas, STJUE *Schulz-Hoff*, C-350/06 y C-520/06)- y a continuación, llevar a cabo la interpretación de los preceptos controvertidos del mismo.

De estos últimos se desprende que no cabía exclusión alguna, dado que o bien se trata de complementos mensuales que el propio convenio incluye en el tenor de su art. 26, o de un concepto liquidado de una sola vez, vencida la anualidad -lo que implica de suyo la inclusión de las vacaciones-.

Y al hacerlo así, el convenio mantiene el equilibrio que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia exige a la retribución de las vacaciones, en la medida que dicho equilibrio garantiza el derecho a su ejercicio por parte del trabajador (así, STJUE 16 marzo 2006, *Asunto Robinson-Steele*, C-131/04 y C-257/04).

2. Por consiguiente, como sostuve en la deliberación, comparto el fallo de la sentencia de la mayoría más no así la conexión del mismo con lo razonado en los Fundamentos de Derecho quinto a duodécimo.

VOTO PARTICULAR

QUE FORMULA EL EXCMO. SR. MAGISTRADO DON *Jordi Agustí Juliá*, AL QUE SE ADHIEREN LOS/AS EXCMOS/AS.SRES/AS. MAGISTRADOS/AS DON *Fernando Salinas Molina* Y DOÑA *Rosa María Virolés Piñol*.

Haciendo uso de la facultad conferida por el art. 260.2 LOPJ , formulo voto particular concurrente la sentencia dictada en el recurso de casación para la unificación de doctrina **207/2015**, pues **coincidiendo** respecto a la solución dada en cuanto al fallo de la misma, **discrepo** , -siempre con la mayor consideración y respeto -, del criterio adoptado por la mayoría de la Sala en la indicada resolución, **respecto de parte de su fundamentación jurídica**.

Fundamento el presente voto particular en las siguientes consideraciones jurídicas:

1.- En el presente caso, tratándose el supuesto litigioso de derecho a vacaciones retribuidas, y visto que en la sentencia mayoritaria se efectúan una serie de reflexiones sobre el Derecho de la Unión Europea y su aplicación, considero necesario efectuar las siguientes precisiones :

A) Como señala expresamente -en procedimiento prejudicial sobre derecho a vacaciones anuales retribuidas-, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de mayo de 2014. *Asunto Lock* (C- 539/2012), en su apartado 14, "A este respecto, debe recordarse, 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 ésa 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".

B) Esta misma sentencia, en su apartado 15, nos dice que, " *En este contexto, procede interpretar el artículo 7 de la Directiva 2003/88 a la luz de su tenor y del objetivo que persigue*".

C) Por su parte, la sentencia más reciente del propio TJUE de 11 de noviembre de 2015, Asunto Greenfield (C-219/14), dictada asimismo en procedimiento prejudicial sobre derecho a vacaciones anuales retribuidas, tras reiterar, en su apartado 26, 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*", en su apartado 27, establece que, "**Asimismo, el Tribunal de Justicia ha declarado en múltiples ocasiones que el derecho de todo trabajador a disfrutar de vacaciones anuales retribuidas, en su condición de principio del Derecho social de la Unión, 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 (véase, en particular, la sentencia Heimann y Toltschin, C-229/11 y C-230/11 , EU:C:2012:693 , apartado 22 y jurisprudencia citada)**".

2.- A tenor de lo que expone el TJUE, es claro, en mi opinión, que si el artículo 31.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, reconoce a todo trabajador el derecho a un período de vacaciones anuales retribuidas, y en su condición de principio de Derecho Social de la Unión, tiene el mismo valor jurídico que los Tratados, el artículo 7 de la Directiva 2003/88/CE sobre Ordenación del tiempo de trabajo, que reconoce ya dicho derecho, y por ende la jurisprudencia del TJUE que lo interpreta, **puede ser invocada** -contrariamente a lo que sostiene la posición mayoritaria- **en un litigio entre particulares como el asunto principal para garantizar el pleno efecto del derecho a vacaciones anuales retribuidas y dejar inaplicada, en su caso, toda disposición nacional contraria**. Al respecto conviene salir al paso de la invocación que se hace en el fundamento jurídico undécimo, apartado 2 c) de la sentencia TJUE 26/03/15 (asunto C-316/13 "Fenoll"), para negar dicha aplicación, pues de la lectura de los apartados 44 a 49 dicha sentencia, se desprende todo lo contrario. En efecto, lo que allí se dice es que en el caso no resulta posible la aplicación directa de la Directiva "porque la reclamación del Sr. Ángel Jesús en concepto de vacaciones anuales retribuidas guarda relación con un período precedente a la fecha de entrada en vigor del Tratado de Lisboa y, por tanto a la fecha en la que la Carta adquirió el mismo valor jurídico que los Tratados conforme al artículo 6, apartado 1 del Tratado de UE." O dicho de otra manera, a partir de la fecha de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, al adquirir el artículo 31 apartado 2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea el mismo valor jurídico de los Tratados, y dado que el artículo 7.1 de la señalada Directiva, tiene su mismo tenor, resulta de aplicación en la forma que hemos señalado.

3.- Parece también conveniente señalar, que si bien tanto el artículo 32.1 de la Carta como el artículo 7 de la Directiva establecen el derecho a "vacaciones anuales retribuidas" sin determinar su cuantía, la jurisprudencia del TJUE sí "*ha precisado que todos los componentes de la retribución global inherentes a la condiciones personal y profesional del trabajador deben mantenerse durante sus vacaciones anuales retribuidas*" (apartado 30 de la ya mencionada sentencia del Asunto (C-539/12) "Lock"; y "*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 tarea 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*", según señala el apartado 31 de la misma sentencia. Adviértase, que "*todos*" los componentes de la retribución global *inherentes a la condición personal y profesional del trabajador* que según el TJUE deben mantenerse encajan perfectamente en la estructura salarial de nuestro ordenamiento jurídico interno (artículo 26.3 ET), al igual que las exclusiones *gastos ocasionales o accesorios que surjan con ocasión de la ejecución de las tarea que incumben al trabajador* , tienen asimismo encaje en las denominadas prestaciones extrasalariales (artículo 26.3 ET).

4. Pues bien, en conclusión y en mi opinión, esta determinación de los elementos que, según la expuesta jurisprudencia del TJUE, han de componer o constituir la retribución global del trabajador durante las vacaciones anuales, es más precisa y omnicompreensiva, al incluir todos los componentes salariales, que la "remuneración normal o media" a que hace referencia el artículo 7.1 del Convenio nº 132 de la OIT de 24 de junio de 1970, relativo a las vacaciones anuales pagadas, jurisprudencia ésta del TJUE, que al llevar a cabo una interpretación integradora del artículo 31.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y del artículo 7 de la Directiva 2003/88/CE , ha de prevalecer sobre el Convenio nº 132 de la OIT y la doctrina de esta Sala que lo ha venido aplicando.



5.- En su consecuencia, si bien comparto el fallo de la sentencia mayoritaria, he estimado necesario efectuar las consideraciones jurídicas expuestas, a través del presente este voto particular concurrente, por discrepar -dicho sea con el debido respeto- de la fundamentación jurídica de la sentencia que se refiere a la aplicación del Derecho de la Unión Europea, con respecto al derecho de todo trabajador a vacaciones anuales retribuidas.

Madrid, 8 de junio de 2016

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Luis Fernando de Castro Fernández, y los votos particulares formulados, de una parte, por la Excma. Sra. D^a. María Lourdes Arastey Sahún a la que se adhieren los Excmos/as. Sres/as. Magistrados/as, D^a. María Luisa Segoviano Astaburuaga y D. Sebastián Moralo Gallego y, de otra, el formulado por el Excmo. Sr. Magistrado D. Jordi Agustí Juliá, al que se adhieren los Excmos/as. Sres/as. Magistrados/as, D. Fernando Salinas Molina y D^a. Rosa María Virolés Piñol hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ