



A S O C I A C I O N  
DE JUEGES Y MAGISTRADOS  
FRANCISCO DE VITORIA



BOLETÍN DIGITAL  
ORDEN SOCIAL

Nº 7 SEPTIEMBRE  
2016

EDICIÓN: AJFV

MAQUETADO Y  
DISTRIBUCIÓN:  
Secretaría AJFV

DIRECCIÓN:  
COMITÉ NACIONAL

COORDINACIÓN:  
Natalia Velilla Antolín



## ÍNDICE

**1.- Admisión del recurso de suplicación en procesos no susceptibles, cuando se alega vulneración de derechos fundamentales o libertades públicas.**

STS Sala Cuarta, Sección 1ª, 3 de noviembre de 2015  
Nº Recurso: 2753/2014

Comentario realizado por el Ilmo. Sr. D. JESÚS GÓMEZ ESTEBAN Magistrado del Juzgado de lo Social nº 20 de Barcelona

**2.- La retribución del período de vacaciones anuales debe incluir todos los conceptos retributivos ordinarios y solo cabe excluir los extraordinarios o que supongan doble pago.**

STS Sala Cuarta, de Pleno, de 8 de junio de 2016  
Nº Recurso: 112/2015  
Nº Sentencia: 497/2016

Comentario realizado por el Ilmo. Sr. D. FELIPE SOLER FERRER, Magistrado de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

**1.- STS SALA CUARTA, SECCIÓN 1ª, 3 DE NOVIEMBRE DE 2015**

**Nº RECURSO: 2753/2014**

**JESÚS GÓMEZ ESTEBAN**

*La regla general que permite, frente a la sentencia dictada por el Juez de lo Social, interponer recurso de suplicación se ve sujeta a excepciones previstas por el legislador, recogidas en el art. 191.2 b) de la LRJS. Entre ellas se incluyen las modalidades procesales “especiales”, recogidas en el capítulo V del libro II Título II de la LRJS, con enorme incidencia en la práctica jurisdiccional diaria (vacaciones, materia electoral, clasificación profesional, movilidad geográfica, modificación sustancial de condiciones de trabajo y conciliación de la vida personal, familiar y laboral...).*

*Si bien el propio art. 191.2 LRSJ establece supuestos en los que la resolución dictada en dichos procesos es susceptible de recurso de suplicación (así acumulación de cantidades por encima de 3.000 euros en procesos de clasificación profesional por diferencias salariales, resarcimiento de perjuicios, supuestos de impugnación individual de movilidad geográfica o modificación sustancial de condiciones de trabajo de índole colectiva...), la regla tradicional del carácter irrecurrible de la resolución en dichos procesos especiales se ha venido excluyendo cuando el recurso de suplicación no tuviera por objeto combatir la resolución en su fondo sino cuestiones de índole procesal que causaran indefensión a la parte, art. 191.3 d) LRJS, indicando el precepto expresamente que “si el fondo del asunto no estuviera comprendido dentro de los límites de la suplicación, la sentencia resolverá sólo sobre el defecto procesal invocado”. Tal posibilidad, en caso de estimación del recurso por infracción procesal generadora de indefensión, tendría como consecuencia la anulación del acto procesal o resolución causante de la misma, retrotrayendo el curso del proceso a dicho momento con nueva actuación o decisión del Juzgado.*

## COMENTARIO

### **1.- Supuesto de hecho.**

La STS de 3 de noviembre de 2015, partiendo de dicho marco normativo procesal, examina un supuesto muy frecuente en los procedimientos “especiales” que, como regla procesal, no son susceptibles respecto de la resolución dictada en cuanto a su fondo de recurso de suplicación, cual es la alegación de que la decisión empresarial supone una lesión de un derecho fundamental o libertad pública del trabajador demandante.

En concreto se parte de una sentencia del Juzgado Social 2 de Sabadell en proceso de fijación de disfrute de vacaciones, art. 125-126 LRJS, en el que se alegó como uno de los fundamentos en demanda para oponerse a la decisión empresarial la vulneración de derechos fundamentales del trabajador. Frente a la sentencia dictada se reconoció recurso de suplicación, siendo dictada sentencia por la Sala Social del TSJ de Cataluña de 3 de junio de 2014 en la que, partiendo del carácter irrecurrible en cuanto al fondo de la resolución pese a alegarse vulneración de derechos fundamentales, se desestima el recurso examinando únicamente valorando la cuestión de índole procesal alegada, en concreto incongruencia omisiva.

Como sentencia de contraste se ofreció la dictada por la Sala Social del TSJ de Cataluña de 29 de mayo de 2013 en la que, en proceso idéntico, entendió que “el art. 189.1.f de la L.P.L. (actual 191.3 f) LRJS) es taxativo al determinar la recurribilidad en suplicación de las sentencias dictadas en materias de....tutela de la libertad sindical y demás derechos fundamentales y libertades públicas". La recurribilidad en suplicación de la sentencia recurrida es en estos términos, podría decirse, indiscutible”.

### **2.- Contenido STS 3 de noviembre de 2015.**

La STS unificadora de doctrina concluye entendiendo recurrible la sentencia de instancia en suplicación, por tanto de cumplirse los requisitos legales en

en casación unificadora de doctrina, ofreciendo diversas razones para ello:

De índole literal, al reconocer el art. 191.3 f) LRJS recurso de suplicación respecto de las sentencias dictadas en materia de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas “en todo caso”, aunque en el mismo se ejercite una acción excluida de la suplicación.

De índole finalista, ante “la preeminencia que la protección de los derechos fundamentales y libertades públicas tiene en nuestro ordenamiento jurídico, manifestada en la regulación contenida en el artículo 53 de la Constitución”.

De índole comparativa, y ello al no proceder negar suplicación al accionante que alegara vulneración de derechos fundamentales conjuntamente con reclamación de disfrute de vacaciones, reconociéndola en supuestos de que se ejercitara únicamente la acción de tutela de derechos fundamentales con idéntico fundamento.

Realizando un análisis comparativo del art. 178.2 LRJS y el art. 184 LRJS, que remite “inexcusablemente” a la modalidad procesal correspondiente (entre ellas el proceso de fijación de vacaciones) respecto de demandas que invoquen lesión de derechos fundamentales y libertades públicas, exigiendo el citado art. 178.2 LRJS en estos casos aplicar, en cuanto a las pretensiones de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas, las reglas y garantías previstas en el Capítulo X de la LRJS, el propio de la modalidad procesal de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas, entendiéndose por el TS que “resulta forzoso concluir que procede tal recurso dado que, si a las acciones que se ejerciten por la vía del artículo 184 LRJS se aplican todas las reglas y garantías del proceso de tutela, habrá de aplicárseles también, por identidad de razón, la regla que establece la recurribilidad de la sentencia recaída en el proceso de tutela”.

Por ser recurrible en todo caso en suplicación en aplicación del art. 191.3 f) no las sentencias dictadas en la modalidad procesal de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas, sino las sentencias dictadas en

materia de tutela de derechos fundamentales, por tanto “siempre que el objeto del pleito verse sobre tutela de derechos fundamentales, con independencia de la modalidad procesal que se haya seguido”.

Finalmente el TS alega un criterio histórico de admisión de recurso de suplicación respecto de las sentencias en las que se resuelve sobre una pretensión no recurrible a la que se acumula una reclamación de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas, con cita de la STS de 10 de diciembre de 1999.

### **3.- Conclusión**

El contenido y fundamento de la STS de 3 de noviembre de 2015 resulta extensible a todos los supuestos, muy frecuentes, en los que, ejerciendo el demandante acción por la vía procesal específica a la que remite el art. 184 de forma “inexcusable” y respecto de la que, como regla general, no procedería frente a la resolución recurso de suplicación en cuanto al fondo de la cuestión debatida, se alegara que la decisión empresarial supuso una lesión de derechos fundamentales o libertades públicas.

Pese a la conclusión final de la sentencia examinada, no puede entenderse que dicho criterio general haya sido el seguido, hasta el momento, por la Sala IV del Tribunal Supremo, lo que supone un cambio jurisprudencial de gran relevancia y a valorar a la hora de reconocer en sentencia recurso frente a la misma. La propia sentencia hace mención a las STS de 25 de marzo de 2013 y 16 de septiembre de 2013, dictadas en procesos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral (por tanto como regla general no susceptibles de suplicación, art. 139.1 b) LRJS) en las que el recurso no fue reconocido, si bien alegando que en ellas no se invocó en demanda la vulneración de un derecho fundamental. Al respecto tal afectación a derechos fundamentales, en especial la no discriminación directa o indirecta por razón de sexo, parece poder ser deducida de la propia pretensión sin necesidad de alegación expresa.

En cualquier caso el TS había negado el acceso a recurso de suplicación

de las sentencias dictadas en procesos “especiales”, no recurribles como regla general en cuanto al fondo, y en las que la vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas sí era expresamente alegada. Así en STS de 2 de diciembre de 2009 se negó dicho acceso a la suplicación en un supuesto de impugnación de laudo arbitral electoral (resolución no recurrible, 132.1 b) LRJS) en la que se alegó expresamente, como resulta muy frecuente en dicha materia, vulneración del derecho fundamental a la libertad sindical, argumentando la STS citada que “era incuestionable, por tanto, que tal pretensión había de ser substanciada por el procedimiento por el que lo fue y que la sentencia que recayera en la instancia no era susceptible de recurso alguno, sin que tal conclusión pudiera quedar desvirtuada por lo que establecía el artículo 188.1 f) del tan citado Texto Articulado de la Ley de Procedimiento Laboral, conforme al cual son recurribles en suplicación las sentencias dictadas en materia de tutela de la libertad sindical, pues... la pretensión deducida no fue exclusivamente fundada en violación de un derecho fundamental. Resulta palmario, por lo expuesto, la falta del presupuesto procesal, relativo a competencia funcional, indebidamente asumida por la Sala de procedencia”.

Y ello con cita del auto del TC 32/97 de 10 de febrero.

**Referencia CENDOJ: ROJ: STS 5214/2015 - ECLI:ES:TS:2015:5214**

## **2.- STS SALA CUARTA, DE PLENO, DE 8 DE JUNIO DE 2016**

**Nº RECURSO: 112/2015**

**Nº SENTENCIA: 497/2016**

**FELIPE SOLER FERRER**

*El Pleno de la Sala de lo Social del TS, en la sentencia comentada y en la de la misma fecha núm. 496/2016, ha rectificado parcialmente su anterior doctrina sobre la retribución de las vacaciones anuales de los trabajadores, para considerar ahora que la retribución “normal o media” que ha de ser abonada durante el período de descanso anual, y que debe fijar la negociación colectiva en cada caso, ha de atender a la finalidad de descanso efectivo que tienen las vacaciones retribuidas, sin que pueda disuadir o desincentivar su disfrute; por tanto, mientras duren las vacaciones anuales debe mantenerse la retribución del trabajador, que debe continuar percibiendo su retribución ordinaria. Así lo ha establecido en esas dos sentencias a la vista de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en sus sentencias de 22 de mayo 2014 (asunto C-139/12, Lock) y de 12 de junio de 2014 (asunto C-118/13, Bollacke).*

### **COMENTARIO**

En la demanda de conflicto colectivo origen de autos se solicitaba que se declarara el derecho de los trabajadores del sector "Contact Center" a que, en la retribución de sus vacaciones anuales, se incluyeran todos aquellos complementos (su "promedio") que han venido percibiendo de forma regular y habitualmente durante los meses de actividad ordinaria, entre ellos, en especial, los incentivos y comisiones por ventas.

El Pleno de la Sala de lo Social del TS confirma la resolución de la Audiencia Nacional, estimatoria de la demanda, desestimando el recurso de casación interpuesto por la asociación empresarial demandada. La Sala, rectificando en parte el criterio jurisprudencial anterior, declara que “la fijación o establecimiento de la retribución normal o media de las vacaciones

por parte de la negociación colectiva admite un comprensible grado de discrecionalidad, ya que la expresión ‘calculada en la forma...’ que utiliza el art. 7.1 del Convenio 132 de la OIT no puede alcanzar la distorsión de aquél concepto (“normal o media”) hasta el punto de hacerlo irreconocible, pues se trata de un concepto jurídico indeterminado que, como tal, ofrece zonas de certeza y zonas de duda que, por fuerza, impone a los Tribunales un examen casuístico de cada supuesto concreto para alcanzar así una conclusión respetuosa con las prescripciones legales, nacionales y de la UE, pero que a la vez satisfaga la finalidad del descanso efectivo que persigue la figura de las vacaciones retribuidas, y sin propiciar o contribuir de cualquier forma a disuadir o desincentivar de su disfrute a los trabajadores, lo que, conforme a la doctrina del TJUE (caso Lock), resultaría contrario al art. 7 de la Directiva 200/88.”

En el caso de la sentencia 496/2016, la demanda pretendía que se declarara contraria a derecho la práctica empresarial de excluir de la retribución de las vacaciones de sus trabajadores las comisiones que estos perciben mensualmente por la ejecución de tareas derivadas de su contrato de trabajo. Y a este respecto el TS considera que un concepto como el de comisiones y/o incentivos a la producción variables, percibido con cierta habitualidad por dichos trabajadores, debe ser incluido en la retribución normal o media a percibir durante sus vacaciones.

La Sala entiende que este concepto forma parte de la retribución común u ordinaria pues no obedece a una mayor dedicación temporal (por ejemplo, prolongación de jornada u horas extras), y tampoco existe dato alguno que permita entender que su abono en vacaciones constituyera reiteración o duplicidad del mismo (lo que podría suceder, por ejemplo, si se tratara de un “bonus”, una participación en beneficios o algo similar, y su devengo fuera anual y por tanto ya se hubiera percibido la retribución de todo el año).”

Por tanto “se trata de un modo de retribución común que, como el salario base o el resto de complementos expresamente previstos en el Convenio, ha de abonarse a los trabajadores durante su periodo vacacional, puesto que esa es la mejor forma de cumplir con el mandato expreso del art. 7.1 del Convenio 132 de la OIT (“remuneración normal o media”), que es la disposición directamente aplicable al caso, en la “interpretación conforme” con el derecho de la Unión.”

En el caso de la sentencia 497/2016, referido a la empresa Telefónica Móviles España SAU, el TS estima que, de los tres conceptos discutidos en el caso, el bonus de devengo anual en función de objetivos es un concepto extraordinario y retribuye de por sí las vacaciones incluidas en el periodo anual considerado, por lo que no se añade al importe a percibir durante el periodo vacacional. Por el contrario el complemento de carrera comercial es un concepto fijo de devengo mensual y el complemento de disponibilidad es obligatorio para el personal que presta servicios en unidades que requieran un mantenimiento u operación permanente, por lo que ambos complementos deben ser incluidos en la retribución a percibir durante las vacaciones.

En suma, la retribución correspondiente a las vacaciones debe atender a su finalidad legal de "descanso efectivo", por lo que no puede disuadir o desincentivar su disfrute. Para ello, es necesario que, durante el periodo de descanso, el trabajador mantenga su retribución habitual, lo que supone incluir en la mensualidad los pagos que se perciban con regularidad el resto del año.

**Referencia CENDOJ: ROJ: STS 2714/2016 - ECLI:ES:TS:2016:2714**