

LA PROBLEMÁTICA EXISTENTE EN LA RETRIBUCIÓN DEL PERIODO DE VACACIONES*

Olaya Martín Rodríguez**
Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO: 1. Fuentes normativas. –2. Carácter retribuido de las vacaciones. –3. La determinación del salario de vacaciones cuando no existe convenio colectivo o éste no especifica su cuantía. –4. La relación entre convenio colectivo y Convenio nº 132 OIT. –5. Las aportaciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y su recepción en los Tribunales españoles. –6. Recapitulación y conclusiones. –7. Bibliografía. –8. Reseña de jurisprudencia.

RESUMEN

La retribución del periodo de vacaciones plantea problemas a la hora de devengar o recibir ciertos conceptos retributivos que solamente se perciben cuando efectivamente el trabajador desempeña sus funciones en su puesto de trabajo. La normativa internacional y europea establece que en todo caso el trabajador deberá percibir durante el periodo de vacaciones una retribución normal o media, de manera que se garantice el efectivo descanso del trabajador y no suponga dicho disfrute una pérdida económica. Los convenios colectivos conforme a lo que dispone tanto la normativa internacional como nacional pueden regular y determinar los conceptos retributivos que se incluyen en la remuneración de vacaciones, siempre respetando los mínimos de derecho necesario. Tanto los tribunales europeos como los nacionales han tenido que resolver qué conceptos retributivos forman parte de la remuneración del periodo de vacaciones e interpretar los conceptos de retribución normal/media u ordinaria que se aluden en las normas internacionales y comunitarias.

ABSTRACT

The payment for the holyday period poses problems to return certain retributive earnings that are only received when, indeed, the employee performs the job. The international and European norms establish that, in any case, the employee must receive a regular or average retribution during the holyday period, so that guaranties the effective rest of the employee, therefore the rest does not imply a reduction in the salary. The international and national collective agreements can regulate and determine the retributive earnings which are included in the holyday remuneration.

*Recibido el 6 de julio. Aceptado el 20 de julio.

** Becaria de investigación en el Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

ration, always obeying the minimum rights established by the law. Therefore, the European and National Courts have had to resolve which retributive earnings were part of the holiday remuneration and interpret the normal/average or ordinary retributive earnings that are found in the international and community norms.

Palabras clave: retribución, vacaciones, conceptos retributivos

Key words: remuneration, vacation pay, remuneration items

1. FUENTES NORMATIVAS

El carácter retribuido de las vacaciones en nuestro ámbito laboral encuentra su razón de ser en el art. 40.1 Constitución Española (en adelante CE) en el que se establece que los poderes públicos “garantizarán el descanso necesario (...) mediante las vacaciones periódicas retribuidas”. Por su parte, nuestra legislación ordinaria regula en el art. 38 del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET) el carácter retribuido del periodo de vacaciones¹. El mencionado precepto se limita a señalar en su apartado 1º que “el periodo de vacaciones anuales retribuidas, no sustituible por compensación económica será pactado en convenio colectivo o contrato individual (...)”. De tal forma, la regulación legal se restringe a señalar que las vacaciones son retribuidas, pero no detalla cuál ha de ser el contenido de dicha retribución². Se genera, como se verá más adelante, un importante problema interpretativo ya que aunque se establece expresamente el derecho a unas vacaciones retribuidas, ni la CE ni el ET establecen cuál ha de ser la cuantía de la retribución durante las vacaciones, por lo que se suscitan dudas acerca de los conceptos retributivos computables en la remuneración a percibir en el periodo de vacaciones.

La función de la norma estatal en materia de vacaciones se circunscribe a fijar el carácter retribuido de las mismas, lo que obliga a tener que acudir a otras normas para determinar la cuantía retributiva en el periodo de vacaciones. Por ello, es importante acudir al sistema de normas del Derecho del Trabajo que está formado tanto por normas internas como por normas elaboradas por poderes supranacionales o acuerdos entre Estados. El ordenamiento español ha establecido con respecto a las normas internacionales un sistema de recepción automática, de tal forma que los preceptos con eficacia inmediata se incorporan a nuestro sistema de fuentes³. En este sentido, tanto el art.96.1 de la CE como el artículo 1.5 del Código Civil consideran a los Tratados Internacionales válidamente celebrados una vez que han sido publicados en el BOE, por lo que pasan a formar parte integrante del ordenamiento interno y son de aplicación directa en España⁴. Pues bien, dentro de las fuentes internacionales en materia de trabajo y de segu-

¹ Ocurría lo mismo en normas anteriores, como en la Ley de Contrato de Trabajo (LCT) de 1944 y la Ley de Relaciones Laborales en su art. 36.1; así como en el art. 38 del ET, desde su primera redacción de la Ley 8/1980, de 10 de marzo.

² Las vacaciones anuales se incluyen entre los periodos de descanso computables como de trabajo a efectos salariales (art. 26.1 ET). Así, durante las vacaciones se interrumpe la obligación de prestar trabajo por parte del trabajador, pero permanece la obligación del empresario de remunerar dicho periodo. La finalidad de las vacaciones es que el trabajador se recupere física y psíquicamente del desgaste que el trabajo produce. Al descanso se une la característica añadida de que sea retribuido. La necesidad de la retribución de vacaciones supone que no pueda realizarse pacto global de salarios que prorratee el de vacaciones. La retribución de las vacaciones no responde a una determinada contraprestación sino que tiende a compensar la fatiga que acompaña a todo esfuerzo físico o mental y deben pagarse siempre por separado.

³ MARTÍN VALVERDE, A., GARCÍA MURCIA, J. (dir.), Tratado de Derecho del Trabajo, Aranzadi, Pamplona, 2012, pág. 95.

⁴ Conviene señalar que el procedimiento o actividad de celebración y ratificación de los Tratados Internacionales está regulado en la Ley 25/2014, de 27 de noviembre. En el preámbulo de dicha Ley se pone de relevancia que “el Derecho Internacional contemporáneo ha conocido un desarrollo que lo ha colocado en una situación que

ridad social ocupa un lugar destacado el Convenio nº 132 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) que se encarga de regular las vacaciones retribuidas de los trabajadores. En el mismo sentido se pronuncian el Convenio nº 146 de la OIT, sobre vacaciones pagadas de la gente del mar, y el Convenio nº 101, sobre vacaciones pagadas en la agricultura⁵.

Respecto al Convenio nº 132 de la OIT su art. 3.1 establece con carácter general que “toda persona a la que se aplique el Convenio tendrá derecho a las vacaciones anuales pagadas de una duración mínima determinada”. Unos artículos más adelante, en concreto el art. 7 dispone que “toda persona que tome vacaciones de conformidad con las disposiciones del presente Convenio percibirá por el periodo entero de esas vacaciones, por lo menos, su remuneración normal o media (incluido el equivalente en efectivo de cualquier parte de esa remuneración que se pague en especie, salvo si se trata de prestaciones permanentes de que disfruta el interesado independientemente de las vacaciones pagadas), calculada en la forma que determine cada país la autoridad competente o el Organismo apropiado”⁶. Como se puede observar, el art. 7.1 del mencionado Convenio establece una regla fundamental relativa al cálculo de la cuantía de la retribución de vacaciones. En efecto, la regulación de la OIT a diferencia de la regulación nacional o de la UE, como se verá más adelante, fija una regla para determinar cuál ha de ser la cuantía de la retribución al indicar expresamente que “percibirá por lo menos su remuneración normal o media”. Se establece, de ese modo, una base normativa para resolver el principal problema que se plantea una vez que se reconoce el derecho a disfrutar de retribución equivalente durante las vacaciones.

La escasa clarificación en materia de vacaciones no viene sólo de la regulación española, pues también la normativa de la UE en materia de vacaciones es muy limitada, como se ha anunciado. Dentro del marco comunitario, es de destacar, en primer lugar, el art. 31.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea que prevé que “todo trabajador tiene derecho a la limitación de la duración máxima del trabajo y a periodos de descanso diarios y semanales, así como a un periodo de vacaciones anuales retribuidas”; en segundo lugar, la Directiva 2003/88 (que deroga a la Directiva 93/104), establece las disposiciones mínimas de seguridad y salud en materia de ordenación del tiempo de trabajo. En efecto, el art. 7.1 de la Directiva 2003/88/CE señala que los Estados miembros deben actuar para regular el derecho de los trabajadores a disponer de un “periodo de vacaciones retribuidas”, pero no añade más al respecto sobre la compensación económica, por lo que se circunscribe exclusivamente a reconocer el carácter retributivo de las vacaciones.

Como se viene señalando, el art. 7 del Convenio nº 132 de la OIT establece que toda persona percibirá por el periodo entero de esas vacaciones “por lo menos, su remuneración normal o media (...) calculada en la forma que determine cada país la autoridad competente o el Orga-

poco tiene ya que ver con la existente en el momento de aprobación del Decreto 801/1972, de 24 de marzo (...)”, en esta tesitura, “(...) este escenario exige una actualización del instrumento jurídico que regula la ordenación de la actividad del Estado en materia de tratados internacionales y otros acuerdos internacionales y aconseja un rango legal para atender lo que ya fueron recomendaciones del Consejo de Estado. En este sentido, cuando en su momento se estaba preparando el Decreto 801/1972, el Consejo de Estado llamó la atención sobre el hecho de que “el interés público y la seguridad jurídica aconsejan que se dicte una disposición de rango legal” en sus dictámenes núm. 37.248 y 37.068, de 19 de noviembre de 1971 (...)”.

⁵ Dentro del marco extracomunitario además del Convenio nº 132 OIT consagra este derecho el art. 24 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU: “Toda persona tiene derecho al descanso, al disfrute del tiempo libre, a una limitación razonable de la duración del trabajo y a vacaciones periódicas pagadas”; el art. 7 d) del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1948: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial (...) el descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo y las vacaciones periódicas pagadas, así como la remuneración de los días festivos”.

⁶ En los mismos términos, art. 7 del Convenio nº 46 sobre vacaciones pagadas de la gente del mar, adoptado el 13 de octubre de 1976.

nismo apropiado”. Por otra parte, el art. 38 ET establece que el periodo de vacaciones anuales retribuidas será pactado en convenio colectivo o contrato individual. Por lo tanto, de la combinación de ambos textos legales, se podría configurar un sistema de fijación de la cuantía retributiva del periodo vacacional. En primer lugar, habría que acudir a lo dispuesto por las partes bien negociado de forma individual en el contrato de trabajo o bien negociado de manera colectiva. En el supuesto en que las partes no se hayan pronunciado al respecto habrá que remitirse al artículo 7 del Convenio nº 132 de la OIT y se pagará al trabajador la “retribución media o normal”. No habrá ningún conflicto entre normas cuando la regulación convencional fije una retribución salarial del periodo de vacaciones que supere la “remuneración normal o media” que establece el Convenio nº132 OIT, tampoco habrá contrariedad si existe una relación de complementariedad entre la normativa internacional y los convenios colectivos. Sin embargo, el problema puede surgir cuando un convenio colectivo establece una remuneración del periodo de vacaciones inferior al resultado de haber aplicado el principio de equivalencia que propugna el Convenio nº 132. Dicho problema se intentará resolver en los siguientes apartados.

2. CARÁCTER RETRIBUIDO DE LAS VACACIONES

Por lo que se refiere al carácter retribuido de las vacaciones vemos que a tenor de la regulación que se acaba de señalar, se evidencia que el derecho de vacaciones no se limita a configurarse como un derecho del trabajador al descanso anual, sino que, además dicho descanso se caracteriza por ser retribuido. Desde este punto de vista se puede afirmar que descanso y retribución son los dos elementos esenciales que configuran el derecho a las vacaciones, de manera que son términos absolutamente inseparables, es decir, no existe derecho a vacaciones si estas no son retribuidas. Por lo tanto, las vacaciones consisten en el derecho del trabajador a interrumpir su prestación de trabajo durante un periodo de tiempo, percibiendo la retribución correspondiente a dicho periodo. Se trata de dos componentes que no pueden existir de manera aislada, sino que deben coincidir para que, juntos o ligados, exista un verdadero derecho a las vacaciones. De tal manera, el régimen jurídico de las vacaciones se inserta, no sólo en el ámbito normativo del tiempo de trabajo (y los descansos), sino también en el estrictamente salarial. No en vano el art. 26.1 ET conceptúa al salario como “la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie, por la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena, ya retribuyan el trabajo efectivo, cualquiera que sea la forma de remuneración, o los periodos de descanso computables como de trabajo”; debiendo considerar las vacaciones como uno de estos periodos de descanso computables como de trabajo⁷. En consecuencia, no es extraño encontrar opiniones favorables a entender que se está ante un supuesto en el que se rompe el principio de sinalagmaticidad del contrato de trabajo, dado que pese a no desarrollarse prestación de trabajo, se mantiene la obligación de retribuir al trabajador⁸.

La exigencia de retribución de las vacaciones se configura como una de las garantías esenciales para el disfrute efectivo de las mismas. Más aún, no se trata de una garantía más, sino que es el principal mecanismo que ha regulado el legislador para garantizar el efectivo disfrute de las vacaciones⁹; tal como afirma la jurisprudencia comunitaria “la retribución de las vacaciones que establece el art. 7, apartado 1, de la Directiva está dirigida a permitir que el trabajador disfrute efectivamente de las vacaciones a las que tiene derecho”¹⁰. Ya que unas vacaciones sin remuneración pondrían en peligro el disfrute de las mismas, pues ante la carencia absoluta de rentas durante el periodo de descanso, muchos trabajadores preferirían mantener la presta-

⁷ ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., “La retribución de las vacaciones”, *Tribuna Social*, nº 38 (1994), pág. 36.

⁸ En este sentido VICENTE PACHES, F., MIÑARRO YANINI, M., “Vacaciones anuales (art. 38 ET)”, en AAVV. Dirigidos por J.I. GARCÍA NINET, *Salario y tiempo de trabajo en el Estatuto de los Trabajadores (de 1980 a 2005)*, CEF, Madrid, 2005, págs. 500.

⁹ GORELLI HERNÁNDEZ, J., “El derecho al disfrute efectivo de las vacaciones: de la jurisprudencia comunitaria a la regulación estatutaria”, *Relaciones Laborales*, nº 1 de 2014, pág. 41

¹⁰ STJCE de 16 de marzo de 2006, asunto Robinson-Steele, TJCE 2006/81, asuntos acumulados C-131/04 y C-257/04.

ción de trabajo para acceder al salario. Es decir, la falta de retribución generaría la renuncia del trabajador al derecho a las vacaciones y no se lograría alcanzar la finalidad perseguida de facilitar un periodo de descanso y de ocio al trabajador¹¹. Además, el descanso y el ocio no podrían llevarse a cabo realmente si el trabajador perdiera el derecho a la retribución durante el periodo de vacaciones, pues la merma de ingresos económicos impediría el desarrollo normal de las mismas, al carecer de recursos económicos para sustentarse. Por lo tanto, el carácter retribuido de las vacaciones es un instrumento dirigido a permitir que pueda alcanzarse la finalidad perseguida por las vacaciones, es decir el descanso y la recuperación física y/o mental del trabajador¹².

Dado el carácter indivisible de vacaciones y retribución, la duración de las vacaciones repercute sobre la cuantía del salario de vacaciones. Ello supone que si el trabajador tiene derecho a las vacaciones completas por haber trabajado, o por estar previsto que trabaje un año completo, tendrá derecho también a la paga completa de vacaciones. Si por el contrario el trabajador desarrolla una prestación de trabajo de duración inferior al año, se reduce proporcionalmente la duración de las vacaciones y en la misma proporción el salario de vacaciones. Así, la obligación de retribuir las vacaciones cesa cuando desaparece el derecho a las propias vacaciones, pues ambos elementos son complementarios. La retribución de las vacaciones se genera desde el momento en que comienza el devengo de las vacaciones (desde el inicio del año natural, y no desde el final de las vacaciones anteriores), y finaliza con la extinción del contrato de trabajo. Es necesario aclarar que en el caso de despidos improcedentes con opción de indemnización, el contrato se extingue con el acto del despido, por lo que el periodo de tramitación judicial ni genera derecho de vacaciones, ni consecuentemente derecho a la retribución por vacaciones y ello era así incluso bajo la regulación anterior en la que se generaba derecho a los salarios de tramitación¹³. Lógicamente en los casos de despidos nulos o de despidos improcedentes con la readmisión, como no se produce la extinción del contrato, el periodo de tramitación sí genera derecho a las vacaciones y a su retribución¹⁴. También desde el punto de vista de la finalización de la relación laboral hay que tener en cuenta que cuando éste produce efectos extintivos, del mismo modo, es importante dilucidar desde cuando se inicia el periodo de devengo, para fijar así el momento inicial para el cálculo de la retribución de vacaciones. De conformidad al principio de anualidad, entendiendo el año como año natural, habría que estar al 1 de enero de cada año y rechazar que el periodo de devengo comience cuando finalizaron las vacaciones anteriores. Sin embargo, no tiene sentido duplicar o superponer periodos por lo que habrá que analizar cada caso concreto ya que en su disfrute puede influir la fecha de comienzo de la relación laboral o su posible extinción al no tener que coincidir dichas fechas con el año natural¹⁵.

¹¹ En este sentido, GORELLI HERNÁNDEZ, J., op.cit. "La razón del abono es evidente: garantizar que las vacaciones van a cumplir con su objetivo y finalidad, permitiendo que sean efectivamente disfrutadas, pues si el trabajador cesa en el trabajo sin percibir salario a cambio, ante la necesidad de un sustento económico, lo lógico es que la mayoría de los trabajadores busquen una prestación de trabajo durante ese periodo de descanso para poder mantenerse", pág. 41 y 42.

¹² STSJ de Cataluña de 30 de mayo de 2008, AS/2008/1604: "Este derecho viene concebido en atención a la finalidad de procurar a todo trabajador el reposo necesario para que pueda recuperarse del desgaste físico y psicológico producido por su actividad laboral, proporcionando también al empleado un tiempo, más prolongado que los descansos diario y semanal, con el fin de posibilitar un periodo lo suficientemente continuado para dedicarlo al esparcimiento y desalienación. Por ello, el art. 38.1 ET establece la obligatoriedad de su concesión, así como la remuneración de este periodo en la misma forma y cuantía que si hubiera sido de trabajo efectivo (...)". En sentido parecido, la SSTJ de Baleares de 4 de abril de 2006, AS 2006/1695; Cataluña de 26 de julio de 2006, AS/20062254; País Vasco de 23 de noviembre de 2004, AS/2004/3789.

¹³ Vid. SSTs de 12 de junio de 2012, Roj.4879/2012; 20 de enero de 2006, Roj.537/2006; 17 de septiembre de 2002, Roj. 5885/2002.

¹⁴ STSJ de Canarias de 13 de abril de 2012, AS/2012/1554

¹⁵ STS de 17 de septiembre de 2002, (RJ 2002/10551). En la mencionada sentencia se desestima el Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina. La sentencia recurrida (Sentencia del JS nº 11 de Barcelona de 14 de febrero de 2001) "reconoce a efectos del abono del periodo devengado de vacaciones en caso de extinción de la

En cuanto a la naturaleza de la retribución que percibe el trabajador durante las vacaciones, la posición doctrinal considera que es salario, así se desprende de la interpretación conjunta de los arts. 38.1 y 26.1 ET. Dicho carácter salarial se extiende también a aquellos casos en los que no pudiendo disfrutarse de las vacaciones por extinción del contrato, se procede a la compensación de las mismas¹⁶. El hecho de otorgar a la retribución de las vacaciones la consideración de naturaleza salarial hace que el régimen jurídico aplicable a dicha retribución sea el propio del salario, no existiendo consecuentemente diferencias entre lo percibido durante un mes en el que se prestan efectivamente los servicios y el mes de vacaciones. Consecuentemente, ello supone la aplicación de reglas sobre la cotización a la Seguridad Social, de modo que las cuantías percibidas durante las vacaciones también son cotizables. De hecho el art. 147.1 de la LGSS establece ciertas reglas especiales en caso de cotización de la retribución por vacaciones anuales devengadas y no disfrutadas y que sean retribuidas a la finalización de la relación laboral, siendo objeto de liquidación y cotización complementaria en el mes de extinción del contrato¹⁷.

Si el art. 38.1 ET no aclara nada sobre cuál ha de ser la cuantía del salario del periodo de vacaciones y se limita exclusivamente a determinar su carácter retribuido, ¿cómo puede resolverse este problema jurídico? La solución al respecto la encontramos, como vimos, en la articulación con otras normas y así se refleja en la jurisprudencia. El hecho de que no exista regulación legal sobre esta cuestión no significa que no haya normativa sobre la misma ya que se ha señalado que el Convenio nº 132 OIT regula de manera expresa la retribución del periodo de vacaciones, al indicar que ha de ser equivalente a “la retribución normal o media”, pero a continuación añade un inciso en el que determina que ha de ser “(...) calculada en la forma que determine en cada país la autoridad competente o el organismo apropiado”, de tal forma que la

relación laboral, ha de computarse el tiempo transcurrido durante el año natural en el que habría de haberse disfrutado las vacaciones o el que lo ha sido desde la terminación. Sin embargo, la sentencia de contraste que es de la Sala del TSJ de Cataluña de 17 de septiembre de 1992 considera que “a efectos del abono del periodo devengado de vacaciones en caso de extinción de la relación laboral ha de computarse desde la terminación del periodo de disfrute anterior. La STS de 17 de septiembre de 2002 en su fundamento de derecho segundo explica que “el recurso, que denuncia en único motivo la infracción del art. 38.1 ET en relación con el art. 11 del Convenio nº 132 OIT y con el art. 7.2 de la Directiva 93/104, no puede estimarse. La expresión vacaciones anuales que utiliza el art. 38.1 ET significa que se tiene derecho a ellas por cada año de trabajo, pero también indica la obligación de disfrutar las vacaciones dentro de cada año natural (...)”. Continúa diciendo “(...) Este criterio está implícito en la regla de proporcionalidad del art. 4 del Convenio nº 132 OIT, a tenor del cual “toda persona cuyo periodo de servicios en cualquier año sea inferior al requerido para tener derecho al total de vacaciones prescrito en el artículo anterior tendrá derecho respecto de ese año a vacaciones pagadas proporcionales a la duración de sus servicios en dicho año. El problema consiste en que la fecha del disfrute efectivo de las vacaciones, que ha de fijarse por acuerdo entre empresario y trabajador conforme a la planificación anual de las vacaciones, según el art. 38.2 ET, no tiene por qué coincidir con el cierre de cada periodo de cierre del devengo, lo que obviamente no se ajusta a la regla del art. 38.2 del ET, sobre la fijación de los periodos de vacaciones y es claro que la fijación del periodo de disfrute no puede perjudicar el derecho de quien a lo largo del año cumple el tiempo de devengo. El art. 11 del Convenio nº 132 de la OIT no lleva a conclusión contraria, pues lo que establece es el derecho a la percepción de la parte proporcional de lo ya devengado, por la duración del servicio por el que no haya recibido aún vacaciones, pero esta duración no coincide, por lo ya dicho, con el periodo posterior al último disfrute de vacaciones. El periodo devengado en el año anterior ha sido ya de forma completa disfrutado en ese año, por lo que el criterio de la sentencia recurrida de empezar el devengo en 1 de enero del año del cese no puede considerarse incorrecto”.

¹⁶ STS de 1 de febrero de 2006, RJ 2006/924, compensación en metálico de las vacaciones no disfrutadas.

¹⁷ En este caso se establece que no será de aplicación este sistema de cotización cuando el ordenamiento haya establecido que junto con la remuneración mensual se incluya conjuntamente la parte proporcional de las vacaciones devengadas. Se refiere el art. 109.1 in fine a lo previsto en la regulación del salario mínimo interprofesional en relación a contratos temporales de corta duración (art. 4.1 segundo párrafo del RD 1046/2013, de 27 de diciembre, que regula el salario mínimo interprofesional para 2014) supuesto en el que se permite el abono mensual y proporcional de las vacaciones al no extenderse la duración del contrato hasta el momento en que se vayan a disfrutar las vacaciones.

normativa legal puede regular dicha cuestión. En nuestro caso, el ET dispone de manera genérica el carácter retribuido del periodo de vacaciones, posibilitando al convenio colectivo o al contrato individual la especificación del mismo. Sin embargo, la lógica de la retribución de vacaciones parece que consiste o implica necesariamente que la retribución que perciba el trabajador sea semejante a la percibida en los periodos de tiempo durante los que desarrolla prestación de trabajo, con lo cual si se viene diciendo que el derecho a vacaciones lleva aparejado el derecho a que sean retribuidas, esa retribución debe ser en cuanto a cantidad económica similar a la que recibe el resto del año ya que el carácter retribuido es un elemento esencial para garantizar el efectivo disfrute de las mismas, pues si el trabajador careciese de los recursos económicos suficientes, probablemente rechazaría el disfrute a cambio de mantener la retribución, como ya se ha dicho. En este sentido, los pronunciamientos judiciales no siempre han entendido que el Convenio nº 132 de la OIT tiene carácter de norma imperativa, entendiendo por el contrario que es una norma dispositiva.

3. LA DETERMINACIÓN DEL SALARIO DE VACACIONES CUANDO NO EXISTE CONVENIO COLECTIVO O ÉSTE NO ESPECIFICA SU CUANTÍA

En todo caso, conviene distinguir varias hipótesis. En primer lugar, podemos preguntarnos qué sucede si existe convenio colectivo aplicable que regule la remuneración del periodo de vacaciones pero no concreta la cuantía retributiva, o si no hay convenio colectivo aplicable. Pues bien, la respuesta del Tribunal Supremo ha sido aplicar de manera subsidiaria lo dispuesto en el art. 7.1 del Convenio nº 132 OIT. Será esta regulación la que resolverá aquellos problemas de interpretación sobre la cuantía de la retribución del periodo de vacaciones en aquellos casos en los que no exista regulación específica sobre la cuestión en la negociación colectiva aplicable. De tal forma, se afirma por parte de la jurisprudencia social que “se aplicará íntegramente el Convenio nº 132 OIT cuando no se ha fijado en el correspondiente convenio colectivo aplicable el derecho retributivo o la cuantía de las retribuciones del periodo de vacaciones”. Solución que se reitera en varias sentencias del TS, entre otras, en la STS/IV de 2 de febrero de 2007¹⁸, en la que se dice que “en el caso que nos ocupa, el convenio aplicable regula únicamente los aspectos relativos a la duración de las vacaciones y el momento de su disfrute, pero nada establece sobre los conceptos retributivos que deben tomarse en cuenta ni tampoco verifica exclusión alguna”. En consecuencia, ante el silencio del convenio colectivo, el TS “acude a la regla general de retribuir las de acuerdo con la remuneración normal o media obtenida por el trabajador en la época de actividad, lo cual es acorde con su finalidad: garantizar el disfrute efectivo del derecho a vacaciones mediante la continuidad de la percepción de la renta del trabajo habitual”¹⁹.

Pero otro problema que surge al aplicar lo dispuesto en el art. 7.1 Convenio nº 132 OIT es determinar qué se entiende por “remuneración normal o media”. En este sentido, la remuneración normal o media que menciona el art. 7 del Convenio nº 132 OIT y sobre la problemática de si debe computarse la integridad o promedio de las remuneraciones extraordinarias, la STS/IV de 21 de octubre de 1994 entendió que “el art. 7 del Convenio nº 132 de la OIT (...) dispone (...) que se percibirá por el periodo entero de esas vacaciones, por lo menos su remuneración normal o media, incluido el equivalente en efectivo de cualquier parte de esa remuneración que se pague en especie (...), así la retribución de las vacaciones ha de comprender todos los conceptos salariales en su promedio, no incluyéndose en ellos y siendo excepción los conceptos salariales de carácter extraordinarios establecidos para remunerar también actividades extraordinarias”. Así pues, para que “un concepto salarial sea excluido de la retribución de las vacaciones no basta que este concepto sea debido a una circunstancia no habitual en el trabajo realizado, sino que es preciso que el trabajo mismo que se remunera sea también extraordinario”. Esta interpretación hace justicia a la expresión empleada en el transcrito párrafo primero del artículo séptimo que se remite a remuneración normal y media, lo que indica que remunera-

¹⁸ (RJ 2007/1493).

¹⁹ En el mismo sentido véase: STS/IV 26 julio 2010 (RJ/2010/7289); STS/IV 6 marzo 2012 (RJ/2012/4174).

raciones extraordinarias del trabajo realizado en la jornada normal han de computarse en su promedio, y no en su integridad²⁰.

Por lo tanto, se está indicando una idea fundamental que ha de facilitar cualquier interpretación que se realice de esta norma. A tenor de este planteamiento el trabajador tiene derecho a percibir durante las vacaciones una cuantía salarial equivalente a su retribución durante una mensualidad de trabajo ordinario. Ello supone que se incluye dentro de la retribución de las vacaciones la totalidad de las cuantías salariales normales, ordinarias o habituales del trabajador; tanto su salario base, como (y aquí es donde se producen la mayoría de los problemas), los complementos salariales ordinarios; en definitiva, habrá que retribuir al trabajador durante las vacaciones por una cantidad económica equivalente a la que hubiese percibido en caso de haber trabajado. Tal como ha señalado la jurisprudencia del TS “lo ordinario es, según el Diccionario de la Lengua, lo común y lo regular, lo que sucede habitualmente, por oposición a lo extraordinario, que es lo que está fuera de orden o regla natural de las cosas”²¹. A causa de ello, a la hora de calcular el salario de las vacaciones se ha de tomar como modelo el salario percibido en un momento en que el trabajador haya desarrollado una prestación de servicios de manera ordinaria; es decir, sin que el trabajador haya atravesado una prestación de incapacidad temporal, o haya disfrutado de unos días de permiso sin sueldo, o haya estado en huelga, etc., y en consecuencia, el trabajador haya percibido una retribución ordinaria.

Por otra parte, no entrarán en el cálculo de la cuantía de las vacaciones todos aquellos componentes salariales extraordinarios o que retribuyen el desarrollo de las prestaciones no ordinarias o anormales, sino que tienen un carácter extraordinario; siendo el ejemplo más evidente el de la retribución que compensa el exceso de la jornada, es decir, las horas extraordinarias. En definitiva, para fijar la retribución de vacaciones como “retribución normal o media”, debemos tener en cuenta el trabajo habitual del trabajador y una jornada normal del trabajador, tal como han destacado la doctrina y la jurisprudencia²²: “esta Sala (...) tiene declarado que la retribución de las vacaciones ha de comprender todos los conceptos salariales en su promedio incluyéndose en ellos y siendo excepción los conceptos salariales de carácter extraordinarios establecidos para remunerar también actividades extraordinarias. Así, pues, para que un concepto salarial sea excluido de la retribución de vacaciones no basta que este concepto sea debido a una circunstancia no habitual en el trabajo realizado, sino que es preciso que el trabajo mismo que se remunera sea también extraordinario”²³. Ello supone que el carácter normal de la retribución no se pierde por el simple hecho de que la cuantía retributiva sea variable, tal como ha señalado la jurisprudencia²⁴.

Como se puede observar, el papel de la jurisprudencia es relevante a la hora de determinar qué debe considerarse por retribución normal o media, pues hay importantes dudas interpretativas. La duda puede plantearse sobre todo a propósito de los complementos no salariales aunque también sobre algunos conceptos de carácter salarial que no son habituales u ordinarios. Dada la naturaleza salarial de las vacaciones hay que indicar que las percepciones extra-salariales no pueden ser tenidas en cuenta a la hora de calcular la retribución del periodo de vacaciones; lo dicho hasta aquí supone que quedarían fuera del salario de vacaciones, percepciones como dietas, quebranto de moneda, indemnizaciones por gastos o suplidos, entre otros, así ha

²⁰ En este mismo sentido, las STSS de 20 de diciembre de 1991, RJ 1991/9093; 13 de marzo de 1992, RJ 1992/1647; y 20 de enero de 1992, RJ 1992/52.

²¹ STS de 17 de diciembre de 1996, RJ 1996/9717.

²² Vid. lo dispuesto por la STS de 19 de abril de 2000: “(...) para retribuir las vacaciones habrá que tomar los conceptos retributivos que corresponden a la jornada normal”. También las SSTS de 16 de diciembre de 2005, 6 de junio de 2006, 30 de abril de 2007, 6 de marzo de 2012.

²³ STS de 26 de julio de 2012, RJ 2012/10274; que reitera la doctrina fijada por las SSTS de 17 de diciembre de 1996, RJ 1997/9717; de 20 de diciembre de 1991, RJ 1991/9093; de 13 de marzo de 1992, RJ 1992/1647; de 21 de enero de 1992, RJ 1992/59.

²⁴ STS de 30 de mayo de 2000, RJ 2000/5975.

sido previsto en algunas sentencias dictadas por el TS²⁵. En cuanto a los incentivos o las primas para incrementar la productividad, los incentivos por puntualidad, o las comisiones, no podrían incluirse en modo alguno si el trabajador no genera derecho a los mismos, pero deben ser tenidas en cuenta en la retribución de vacaciones si el trabajador tiene derecho a estas cuantías económicas y su abono se realiza de manera habitual. Diferente sería si estas percepciones se reciben de manera absolutamente esporádica y puntual. Especialmente discutido es el supuesto de la retribución por comisiones, dado que es una retribución irregular que se percibe en función del trabajo efectivamente realizado²⁶.

En relación a los complementos vinculados a la situación y resultados de la empresa, se plantea el problema de que no se hayan devengado cuando se accede al disfrute de las vacaciones, lo que generaría, su exclusión del salario de vacaciones, si es que se retribuyen al final del año, en función de los resultados anuales alcanzados por la empresa. Sin embargo, si estos complementos se reiteran a lo largo del tiempo, de manera que anualmente se van devengando, pueden ser tenidos en cuenta los devengados antes del disfrute de las vacaciones, dada su periodicidad²⁷. Por el contrario, no deben ser tenidos en cuenta a la hora de retribuir las vacaciones los complementos derivados de la realización de trabajos extraordinarios, es evidente que la retribución de las horas extraordinarias no entra dentro del concepto de retribución normal. Se excluye también del cálculo de cuantía de las vacaciones los complementos de mayor dedicación, pues tenían un carácter extraordinario²⁸, como anteriormente se ha mencionado.

Y ya en cuanto a los componentes salariales que se integran en la remuneración del periodo de vacaciones hay que entender que se trata de todas aquellas percepciones salariales que retribuyen el trabajo normal u ordinario, excluyendo tan sólo aquellas cuantías que se abonan como consecuencia de servicios o actividades de carácter extraordinarias. Se trata de una cuantía directamente vinculada con el trabajo realizado ya que se abona por unidad de tiempo o por unidad de obra (Art. 26.3 ET).

Por ello, parece que se deberá analizar en cada caso el carácter normal o extraordinario de cada uno de los complementos que componen la retribución del trabajador en cuestión. De forma general, cabe pensar que formarán parte de la retribución de vacaciones todos aquellos complementos vinculados al desarrollo de la actividad ordinaria. Esto es, han de formar parte del cálculo del salario de vacaciones, los complementos salariales de carácter personal, pues se abonan por causas o circunstancias vinculadas a la persona del trabajador. En cuanto a los complementos de puesto de trabajo, crean más problemas interpretativos, pues *a priori*, se abonan sólo cuando se ocupa un concreto puesto de trabajo, mientras que en vacaciones no se realiza prestación de trabajo alguna. Sin embargo, aunque durante las vacaciones no se desarrolla prestación en dichos puestos, es evidente que los efectos nocivos que los mismos generan y que se retribuyen con estos complementos, pueden alcanzar no sólo los concretos momentos de desarrollo de la prestación, sino también pueden extenderse a periodos en los que no se trabaja; de otro lado, se trata de percepciones salariales que se retribuyen de manera habitual y ordinaria; tan solo en el caso de que retribuyesen la vinculación a un puesto de trabajo que se produce de manera esporádica podría plantearse la no inclusión del salario de vacaciones de alguno de estos complementos²⁹.

²⁵ Al respecto las SSTs de 4 de noviembre de 1994, RJ 1994/8591 y 26 de julio de 2010, RJ 2010/7289.

²⁶ La jurisprudencia se inclinó por aceptar el abono de cuantías vinculadas a comisiones a partir de la STS de 20 de diciembre de 1991, RJ 1991/9093, que destaca el carácter habitual del complemento, con independencia de que su cuantía sea totalmente diversa en cada ocasión del cobro de la comisión.

²⁷ GORELLI HERNÁNDEZ, J., "El derecho al disfrute efectivo de las vacaciones", Tecnos, Madrid, 2014, pág. 76.

²⁸ Fuera del ámbito estrictamente laboral, no deben confundirse las horas extraordinarias con las llamadas guardias de presencia en sanidad: estas no son horas extraordinarias, sino una forma, absolutamente normal de organizar el tiempo de trabajo dentro de este sector tan específico, por lo que sí debe tenerse en cuenta la retribución de las guardias a los efectos del cálculo de la cuantía de las vacaciones. Véase en este sentido Gorelli Hernández, J. "El derecho al disfrute efectivo de las vacaciones", op.cit. pág. 76.

²⁹ Un ejemplo de estos problemas es el complemento de nocturnidad, siendo uno de los complementos que más

En conclusión, debería entenderse que la remuneración normal o media a la que se refiere el art. 7.1 del Convenio 132 OIT “debe comprender todos los conceptos salariales ordinarios en su promedio, entendiéndose por tales aquellos vinculados de forma normal al desempeño de la jornada ordinaria de trabajo, entre los que deben incluirse los complementos personales de antigüedad, aplicación de título, idiomas y similares, así como los de penosidad, toxicidad, nocturnidad, turnicidad y demás derivados del puesto de trabajo (...), y el plus de residencia (...), pero no aquellos conceptos salariales extraordinarios consecuencia de un exceso o prolongación de jornada (por ejemplo las horas extraordinarias), o dependientes de una mayor cantidad o calidad de trabajo (primas, incentivos, etc.), ni, naturalmente, los conceptos extrasalariales (dietas, plus transporte ...), aunque nada impide que, en virtud de pacto, también se incluyan todos o parte de tales conceptos”³⁰.

4. LA RELACIÓN ENTRE CONVENIO COLECTIVO Y CONVENIO N° 132 DE LA OIT

Cuando existe previsión en el convenio colectivo que corresponda en cada caso, la jurisprudencia ha acudido a dicho texto como soporte fundamental para resolver los problemas relativos a la cuantificación del salario de vacaciones. En tales casos, la jurisprudencia del TS ha dejado, prácticamente de lado, al Convenio n° 132 OIT como instrumento para rellenar la laguna legal existente en el art. 38 ET, remitiéndose a los convenios colectivos y a lo en ellos regulado sobre la cuantificación del salario de vacaciones, de manera que se aplica la regulación de la OIT solo en defecto de la negociación colectiva. Ello supone otorgar un papel preponderante o prioritario al convenio colectivo sobre la normativa de carácter internacional, que tendría así un carácter meramente dispositivo frente a lo negociado por las partes, actuando tan sólo subsidiariamente cuando nada se regulase por las partes colectivamente³¹. Si se acepta este planteamiento se acepta que el Convenio n° 132 OIT carece de eficacia, no siendo derecho imperativo dentro de nuestro ordenamiento, sino una mera regulación dispositiva que puede ser modificada o alterada por la negociación colectiva.

Dicho carácter dispositivo se deduciría según los defensores de esta postura de lo establecido en el art. 7.1 del Convenio n° 132 OIT que señala literalmente que el trabajador tendrá derecho a su remuneración “normal o media (...), calculada en la forma que determine en cada país la autoridad competente o el organismo apropiado”. Si se tiene en cuenta que la necesidad de concretar esta cuestión reside en el ordenamiento interno, y que no hay regulación legal alguna sobre el salario de vacaciones, no cabe más alternativa que acudir a la negociación colectiva para salvar el problema interpretativo. De otro lado, también puede argumentarse para defender esta tesis que este carácter dispositivo se establece con carácter general en el art. 1 del Convenio n° 132 OIT, pues dicho precepto afirma que “la legislación nacional dará efecto a las disposiciones del presente Convenio en la medida en que esto no se haga por medio de contratos colectivos, laudos arbitrales, decisiones judiciales, procedimientos legales para la fijación de salarios o de otra manera compatible con la práctica nacional que sea apropiada a las condiciones del país”. Es decir, que hay una remisión a la negociación colectiva, y la regulación legal sólo actúa cuando la negociación no establezca la regulación pertinente.

En la práctica, el reconocimiento del carácter dispositivo de lo establecido en el Convenio n° 132 OIT en relación con la negociación colectiva, supone otorgar a esta última la posibilidad de

dificultades interpretativas plantea, tal como ha reconocido la doctrina, pues se trata de una percepción que se recibe exclusivamente como resultado de la prestación de trabajo efectiva que cumple los requisitos o caracteres de nocturnidad. Puede entenderse que dicho complemento se retribuya en vacaciones cuando la nocturnidad forma parte de la prestación de trabajo habitual del trabajador, pero no si dicha nocturnidad es puntual. De igual manera los pluses que se abonan por trabajar en festivos, que sólo se perciben cuando el trabajador realiza la prestación en festivo (sábado o domingos), pero al estar sujetos a un sistema de turno no suponen una retribución extraordinaria, sino una compensación de la jornada normal de trabajo.

³⁰ STSJ de Andalucía de 26 de julio de 1994, AS 1994/3116.

³¹ GORELLI HERNÁNDEZ, J., “Sobre el necesario retorno al principio de equivalencia en el salario de vacaciones”, en *Revista de Derecho Social*, n° 67, Julio 2014, págs. 73-96.

regular el salario de vacaciones sin someterse a limitaciones derivadas del carácter “normal o medio” de los diferentes conceptos salariales. Es decir, que el convenio no tiene que fijar un salario de vacaciones que respete el principio de equivalencia, pudiendo ser inferior. La jurisprudencia otorgaría así al convenio colectivo la soberanía a la hora de determinar el salario de las vacaciones³². Se reconoce de esta forma que el convenio puede apartarse de la regla general por la que se establece una remuneración normal o media, siendo aceptable para la jurisprudencia retribuciones por las que se excluye complementos salariales que retribuyen el trabajo ordinario; estableciéndose tan sólo como límite el respeto a los mínimos indisponibles de derecho necesario. De tal manera, se afirma por la jurisprudencia que no resulta posible “negar validez a las cláusulas colectivas que sustraigan de la retribución de las vacaciones componentes salariales que pudieran corresponder con una apreciación rigurosamente matemática a la “remuneración normal o media”. Esta jurisprudencia ha venido reiterándose de manera estable³³.

En este sentido, se puede destacar la STS/IV de 6 de marzo 2012³⁴, entre otras, que dispone que “la retribución de las vacaciones anuales se rige por la regla general de la retribución habitual o promedio de todos los emolumentos de la jornada ordinaria”. Ello supone “que han de excluirse los conceptos que remuneran actividades extraordinarias”. Sin embargo, se ha reiterado “que el convenio colectivo puede especificar los factores de cálculo de la retribución de las vacaciones, y apartarse de la regla general, siempre que con ello se respeten los mínimos indisponibles”. Según lo cual, si el convenio colectivo aplicable determina el montante retributivo de las vacaciones habrá que estar en lo dispuesto en él, aunque se excluyan conceptos retributivos correspondiente a la jornada ordinaria de trabajo (así se desprende de la reiterada doctrina emitida apreciable en SSTS/IV de 7 de octubre de 1991, 22 de septiembre de 1995, 29 de octubre de 1996, 9 de noviembre de 1996, 7 de julio de 1999, y en las más recientes de 14 de marzo de 2006, 26 de enero de 2007, 2 de febrero de 2007, 30 de abril de 2007³⁵).

Además de los anteriores argumentos, hay otra razón que los defensores de esta tesis alegan para defender la preeminencia del convenio colectivo, y es que la aplicación de lo regulado en convenio colectivo no es contraria a lo previsto en el art. 38 ET, pues esta misma norma se remite al convenio colectivo para que sea él quien regule el régimen jurídico de las vacaciones³⁶. Como complemento a la afirmación anterior, se plantea la aplicabilidad del convenio colectivo sobre lo establecido en la regulación internacional en base a la fuerza vinculante de los convenios colectivos que reconoce el art. 37 de la CE: “y esa remuneración normal o media a la que se refiere el art. 7 del Convenio n° 132 de la OIT, habrá de ser calculada en la forma que determine en cada país la autoridad competente o el organismo apropiado” (art. 7.1 in fine), conforme a los principios constitucionales y atendiendo a la fuerza vinculante de la contratación colectiva, que puede apartarse de aquella regla general siempre y cuando se respeten en cómputo anual los mínimos indisponibles de derecho necesario (entre otras, STS de 13 de julio de 2012).

Desde este punto de vista el convenio colectivo puede, por lo tanto, establecer una regulación diferente, pues la jurisprudencia nacional entiende que en realidad lo que hace la negocia-

³² Así lo afirma GORELLI HERNÁNDEZ, J., en “Sobre el necesario retorno al principio de equivalencia en el salario de vacaciones”, *Revista de Derecho Social*, n° 67, julio 2014, pág. 89.

³³ STS de 21 de enero de 1992, RJ 1992/59. En idéntico sentido las SSTS de 2 de febrero de 2007, RJ 2007/1493; 26 de enero de 2007, RJ 2007/1620; 13 de marzo de 1992, RJ 1992/1647, entre otras.

³⁴ (RJ/2012/4174).

³⁵ RJ 1191/7202, RJ 1995/6789, RJ 1996/8181, RJ 1996/8414, RJ 1999/6797, RJ 2006/5226, RJ 2007/1620, RJ 2007/1493, RJ 2007/3493.

³⁶ La STS de 16 de diciembre de 2005, RJ 2006/330 determina que “esta posibilidad de que una fuente de derecho interno, cual es el convenio colectivo, establezca la no percepción durante las vacaciones del total de los conceptos salariales que el trabajador haya percibido en su promedio (con el límite naturalmente de respeto de los mínimos de derecho necesario y de la Ley y los derechos fundamentales) no es contrario, ni al art. 38 del ET, que remite al convenio colectivo la regulación de vacaciones, prescribiendo, además, como normas de derecho necesario que “el periodo de vacaciones anuales retribuidas no es sustituible por compensación económica” y que “en ningún caso la duración será inferior a treinta días naturales”.

ción colectiva no es sino proceder al desarrollo de la regulación establecida por el art. 7.1 del Convenio nº 132 OIT. En el mismo sentido, la STS/IV de 25 de abril de 2006 menciona expresamente: “el art. 7.1 del Convenio nº 132, ratificado por España en virtud de Instrumento de 17 de junio de 1974, dispone que durante las vacaciones percibirá el trabajador por lo menos su remuneración normal o media calculada en la forma que determine en cada país la autoridad competente o el organismo apropiado. Este precepto ha sido interpretado reiteradamente por esta Sala en el sentido de que “el convenio colectivo puede apartarse de tal regla de remuneración normal o media, en virtud de la fuerza vinculante de los convenios colectivos que proclama el art. 37.1 CE, con base en el respeto y aplicación del principio de autonomía colectiva”. La STS/IV de 8 de junio de 1994, razonaba que “el convenio colectivo puede apartarse de la regla general de remuneración normal o media ex art. 7.1 Convenio 132 OIT cuando la complementa, precisando y especificando los factores de cálculo de la retribución de las vacaciones”³⁷. Esta interpretación supone que, aun cuando existe un principio básico recogido por la normativa internacional de equivalencia de la retribución, sin embargo, se estima que el convenio colectivo puede apartarse perfectamente de esa regla general de origen internacional y establecer una regulación contraria a lo previsto en dicha regla general. La STS/IV de 26 de julio de 2010 menciona que “el art. 1 del propio Convenio nº 132 remarca la preferencia que se otorga al convenio o pacto colectivo en cuanto a la regulación del derecho a las vacaciones, al preceptuar que la legislación nacional dará efecto a las disposiciones del presente Convenio en la medida en que esto no se haga por medio de contratos colectivos, laudos arbitrales, decisiones judiciales, procedimientos legales para la fijación de salarios o de otra manera compatible con la práctica nacional (...)”. En conclusión, para determinar la cuantía del salario de vacaciones, dada la ausencia de norma legal se debe acudir a lo regulado sobre esta cuestión en el convenio colectivo aun cuando sea contrario al principio de equivalencia previsto en el Convenio nº 132 OIT³⁸.

Otra cuestión que se suscita cuando el convenio colectivo aplicable regula expresamente los conceptos retributivos que han de ser computados en la remuneración de vacaciones, es si aquellos conceptos no estipulados concretamente forman parte o no de dicha remuneración. En este sentido, la jurisprudencia del TS dispone que “cuando el convenio aplicable enumera los conceptos retributivos a tener en cuenta al efecto, ello equivale a excluir a los que no cita. No es aceptado el argumento de que se computan todos los conceptos que el convenio no excluya expresamente, porque, al decir los que se computan, el convenio colectivo deja claro que la intención de los firmantes es que se tengan en cuenta esos pluses y no otros”³⁹. En igual sentido, la sentencia de 21 de enero de 1992 dice que “no parece posible negar validez a las cláusulas colectivas que sustraigan de la retribución de las vacaciones componentes salariales que pudieran corresponder en una apreciación rigurosamente matemática a la remuneración normal o media. Tal negativa supondría una restricción del principio de autonomía colectiva que subyace del reconocimiento de fuerza vinculante de los convenios colectivos (...); restricción que no se justifica en el actual contexto histórico, en el que no es necesaria para la efectividad del derecho a vacaciones la identidad absoluta de lo percibido en el periodo vacacional con lo que correspondía por actividad normal en un mes de trabajo. Además, dicha exigencia de identidad introduciría un factor de rigidez en cuanto al momento de percepción de las retribuciones que no concuerda con la flexibilidad en la regulación de este aspecto del salario contenida en los arts. 26.4, 29.1 y 33 ET. La propia jurisprudencia salarial se orienta en esta línea de consentir el juego de la autonomía individual o colectiva en cuanto al momento de la percepción del salario, siempre que se respeten en cómputo anual los mínimos de derecho necesario”. Las conclusiones que se extraen de lo dicho pueden enunciarse así: a) la norma del art. 7.1 del Convenio nº 132 OIT de retribución de las vacaciones con arreglo a la remuneración normal o media es la regla

³⁷ STS/IV de 26 de julio de 2010 (RJ/2010/7289).

³⁸ Puede verse sobre esta cuestión las SSTs de 16 de diciembre de 2005, RJ 2005/330; 6 de junio de 2006, RJ 2006/3433; 25 de abril de 2006, RJ 2006/3433; 26 de enero de 2007, RJ 2007/1620; 2 de febrero de 2007, RJ 2007/1493; 12 de febrero de 2007, RJ 2007/3333; 19 de abril de 2007, RJ 2007/3986; entre otras.

³⁹ STS/IV de 26 de julio de 2010, RJ 2010/7289; STS/IV de 22 de septiembre de 1995, RJ 1995/6789; STS/IV de 29 de octubre de 1996, RJ 1996/8181, entre otras.

general sobre los conceptos retributivos computables en la misma; b) el convenio colectivo tiene como función típica en esta materia de retribución de vacaciones la precisión o especificación de los factores de cálculo de la retribución de las vacaciones, complementando la regla general de la remuneración normal o media; y c) el convenio colectivo puede apartarse de tal regla de remuneración normal o media del periodo de vacaciones, siempre y cuando se respeten en cómputo anual los mínimos indisponibles de derecho necesario.

Cuando la forma de retribución se ha establecido en el convenio aplicable, como se ha dicho, no se entenderán computables aquellos conceptos retributivos que no estén incluidos expresamente como parte de la remuneración de vacaciones. En este sentido, la STS/IV de 3 de octubre de 2007 resuelve un problema que se plantea sobre si los trabajadores a los que se les aplica un convenio determinado tienen derecho a que en la retribución de las vacaciones se incluyan las cantidades que perciban durante el resto del año por el concepto de “plus de toxicidad, penosidad o peligrosidad” teniendo en cuenta que en la disposición literal del convenio colectivo aplicable éste dispone en uno de sus artículos que “todos los trabajadores afectados por el presente convenio disfrutarán de unas vacaciones anuales retribuidas compuesto por el salario base, antigüedad, plus transporte y plus de asistencia”, sin referencia alguna a los pluses antes mencionado. La STS/IV de 3 de octubre resuelve y dice “aunque la doctrina de esta Sala, en contemplación del principio de equivalencias que se contiene en el art. 7 del Convenio nº 132 OIT, argumentó en algún momento sobre dicho principio, utilizando el criterio de que en la retribución de vacaciones debían computarse todos los conceptos salariales que no tuvieran la condición de extraordinarios con independencia de lo que estableciera cada convenio colectivo en particular (STS/IV de 14 de febrero de 1994 o de 21 de octubre de 1994), no puede decirse que sea ésta la doctrina aplicable pues cuando en alguna ocasión tomó en consideración este argumento, como se ha dicho, siempre ha prevalecido en la misma el criterio de que es el convenio colectivo el encargado de fijar el montante retributivo de las mismas y al que habrá que estar aunque en él se excluyan conceptos retributivos correspondientes a la jornada ordinaria de trabajo (así se desprende de la reiterada doctrina emitida sobre el particular y apreciable en STSS como las de 7 de octubre de 1991, 22 de septiembre de 1995, 29 de octubre de 1996, 26 de enero de 2007, 2 de febrero de 2007 o 30 de abril de 2007) siempre que en el mismo se respeten los mínimos de derecho necesario; siendo ésta, por lo tanto, la doctrina de esta Sala que procede seguir y reiterar por ser doctrina ya unificada sobre esta cuestión”. Si se aplica dicha doctrina al caso planteado, los pluses de toxicidad, de penosidad y peligrosidad no incluidos entre los conceptos retributivos computables de la remuneración de vacaciones, no pueden ser parte integrante de dicha remuneración y así resolvió la Sala en este caso. Por lo tanto, la doctrina laboral ha resuelto el problema de la retribución de las vacaciones a través de una doble regla: en principio habrá que estar a lo regulado por el convenio colectivo, siendo admisible que los convenios establezcan una cuantía retributiva para las vacaciones que puede superar o no lo que se entiende por salario normal o medio. En segundo lugar, si no existiera regulación en el convenio colectivo aplicable o no existiera convenio colectivo aplicable, en este caso se aplicaría lo establecido en el Convenio nº 132 OIT.

Sin embargo, también es posible encontrar interpretaciones doctrinales contrarias a la jurisprudencia del TS, que consideran que la interpretación de que una norma internacional no es *self executing* debe ser siempre restrictiva⁴⁰ y que el Convenio nº 132 tiene carácter de norma imperativa de derecho necesario relativo. Recordemos, en todo caso, que el problema se plantea realmente cuando frente al principio de equivalencia reconocido por el art. 7.1 del Convenio de OIT encontramos convenios colectivos que excluyen del cálculo de la retribución de vaca-

⁴⁰ PÉREZ DE LOS COBOS, F., “Sobre el carácter dispositivo del Convenio nº 132 OIT (a propósito de la STCT de 3-IV-87)”, *Actualidad Laboral*, Tomo III, nº 35 de 1990, pág. 1540. En este sentido, la STS de 30 de mayo de 2000 ha manifestado que la retribución de las vacaciones, a falta de concreción de los conceptos comprendidos en la misma, se ha de regir por la norma del art. 7 del Convenio nº 132 OIT, y por las disposiciones complementarias de los convenios colectivos, a cuyas precisiones y especificaciones remiten más o menos directamente el art. 38 ET y el propio art. 7.

ciones determinados conceptos salariales que entrarían dentro de la retribución normal o media, por lo que se estaría consagrando un salario de vacaciones de carácter peyorativo respecto de lo previsto en la normativa internacional. Desde esta segunda postura, si se analiza el art. 1 del Convenio nº 132 OIT se puede observar que en realidad cuando este precepto se remite a la legislación nacional, no debe entenderse esa remisión como una necesidad de una ulterior regulación de desarrollo del Tratado, sino que se trata simplemente de señalar las posibles vías de incorporación de la normativa internacional al ordenamiento interno⁴¹. En consecuencia, los defensores de esta segunda tesis justifican el carácter imperativo de la norma internacional al considerar que pese a que el art. 1 del Convenio nº 132 OIT establece una remisión a la regulación nacional, y ello puede entenderse que la norma internacional no es de aplicación inmediata, no es posible estimar que todo el Convenio nº 132 OIT tenga esta consideración de no ejecutiva en base a su artículo 1, consecuentemente habría que analizar cada uno de los preceptos del Convenio para determinar su carácter autoejecutivo o no.

Por todo ello, dado que no puede entenderse con carácter general, que el Convenio nº 132 OIT no sea ejecutivo, se deben analizar cada uno de los preceptos de dicho Convenio. De esta forma, en cuanto al art. 7.1 del Convenio sobre retribución de vacaciones y su carácter supletorio para la negociación colectiva se debe entender que este precepto no requiere de desarrollo interno, pues establece con absoluta claridad el derecho de los trabajadores a una remuneración normal o media. Desde este planteamiento, se estima que esta norma no requiere de desarrollo interno, pues establece con absoluta claridad el derecho de los trabajadores a una remuneración normal o media. Por ello, los defensores de esta postura aseguran que no es necesaria una regulación interna de asimilación de este principio. A esta conclusión se llega desde esta postura aunque el art. 7.1 del Convenio nº 132 OIT señale que dicha remuneración deba calcularse de conformidad al ordenamiento interno, ya que no supone que estemos ante una regla que deba ser desarrollada por la regulación interna. La prueba de ello es que la jurisprudencia nacional en los casos en que no exista convenio colectivo aplicable o bien no establezca nada acerca de la cuantía de remuneración de verano, señala que habrá de acudirse al Convenio nº 132 OIT. Además esta tesis argumenta su defensa sobre la eficacia inmediata del Convenio de la OIT mediante el principio de jerarquía normativa establecido en el art. 9.3 CE. Por lo tanto, es evidente que según el principio de jerarquía normativa en relación con el principio de norma mínima, un convenio estatutario resulta aplicable frente a una regla de jerarquía superior cuando la mejora, no cuando la empeora. Los seguidores de esta tesis además añaden para su defensa que cuando la jurisprudencia española “admite que el convenio colectivo puede establecer el salario de vacaciones, aun cuando dicha regulación se aparte de lo previsto en el art. 7 del Convenio nº 132 OIT”. A continuación añade que “(...) en todo caso, la negociación colectiva deberá respetar los mínimos de derecho necesario”. Entonces surge la pregunta de: ¿Qué mínimos? Puede entenderse que entre esos mínimos está asegurado el salario mínimo interprofesional, pero ello no resuelve el problema de fondo: la relación entre convenio colectivo y Convenio nº 132 de la OIT⁴².

Hay que tener en cuenta que por mucho que se pretenda defender el carácter dispositivo del Convenio nº 132 OIT, es evidente que el art. 7.1 pretende establecer una norma mínima al decir que “toda persona que tome vacaciones (...) percibirá, por el periodo entero de esas vacaciones, por lo menos su remuneración normal o media (...)”. Considero que se trata de una norma mínima con eficacia jurídica y fija un punto de partida que no podrá ser ignorado por el poder normativo interno que desarrolle esta regulación. Puede cuestionarse como hemos dicho qué es la retribución normal o media pero, desde mi percepción, parece que se está fijando un límite que no puede ser empeorado de ningún modo. Desde mi punto de vista, el art. 1 del Convenio nº 132 de la OIT no permite que se pueda disponer de lo establecido en el art. 7, sino que se limita a señalar las vías para su ejecución. Por consiguiente, el art. 7 cuenta con ejecutividad

⁴¹ PÉREZ DE LOS COBOS, F., op.cit. pág. 1541.

⁴² A esta reflexión llega GORELLI HERNÁNDEZ, J., “El derecho al disfrute efectivo de las vacaciones”, Tecnos, Madrid, 2014, pág. 84.

inmediata en lo que se refiere a la exigencia de que la remuneración vacacional incluya todos los conceptos que el trabajador venga percibiendo. Lo dicho hasta aquí supone que una interpretación literal y teleológica del art. 7.1 arroja, en efecto, la conclusión de que contiene una norma de derecho necesario que configura una relación de complementariedad con las fuentes de carácter nacional, incluido por lo tanto el convenio colectivo. Es decir, dicho en otros términos, el art. 7.1.c) del Convenio nº 132 es una norma de derecho necesario mínima que incluye una regulación que en todo caso puede ser mejorada, reconociéndose a favor de los trabajadores conceptos retributivos adicionales en el periodo vacacional. El hecho de que el art. 7 no especifique los conceptos salariales que integran la retribución de vacaciones es comprensible, ya que no puede recoger toda la diversidad de los conceptos salariales existentes en los países donde surte efecto. Ello explica la necesidad de que tales conceptos deban ser concretados según lo dispuesto por el art. 1 del Convenio nº 132 OIT⁴³. Esta segunda postura es acorde con la doctrina del TJUE. Y en cuanto al criterio de la doctrina judicial española hemos dicho que era la primera postura, sin embargo, parece que la Audiencia Nacional hace un cambio de criterio, como se verá en el siguiente apartado.

5. LAS APORTACIONES DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA Y SU RECEPCIÓN EN LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES

Como vimos con anterioridad, ni la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, ni la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales de los Trabajadores de 1989, ni la Directiva 2003/88, precisan los conceptos retributivos de la remuneración del periodo de vacaciones. Pero el TJUE sí se ha pronunciado al respecto y ha utilizado el concepto de “retribución ordinaria” para referirse a la retribución del periodo de vacaciones y entra a determinar los conceptos retributivos que son computables en la remuneración del periodo de vacaciones según el caso concreto. En este sentido, ya se pronunció la sentencia del TJCE⁴⁴ de 16 de marzo de 2006, caso Robinson-Steele⁴⁵, que al analizar la segunda de las cuestiones prejudiciales del asunto C-257/04, planteaba “(...) si el artículo 7 de la Directiva comunitaria reguladora del tiempo de trabajo se oponía a que parte del salario abonado mensualmente al trabajador se impute a la retribución de las vacaciones anuales, sin que el trabajador percibiese al llegar las vacaciones una cantidad adicional a la abonada por el trabajo efectuado, al margen de la respuesta que facilita el TJCE”. Éste manifestó de manera expresa que “la expresión vacaciones anuales retribuidas que figura en dicha disposición significa que, mientras duren las vacaciones anuales en el sentido de la Directiva, debe mantenerse la retribución, es decir, el trabajador debe percibir la retribución ordinaria por dicho periodo de descanso”⁴⁶. Además, añade esta Sentencia que “la directiva considera que el derecho a vacaciones anuales y el derecho a percibir una retribución en concepto de vacaciones constituyen dos vertientes de único derecho”. La obligación de retribuir las vacaciones tiene como objeto colocar al trabajador, durante las citadas vacaciones, en una situación que, desde el punto de vista del salario, sea comparable a los periodos de trabajo⁴⁷.

Más tarde, la STJCE de 20 de enero de 2009, caso Schultz-Hoffstringer⁴⁸ planteaba la misma cuestión y hacía una reflexión similar: “según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia la expresión vacaciones anuales retribuidas que figura en el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2003/88/CE significa que, mientras duren las vacaciones anuales en el sentido de esta Directiva,

⁴³ LLOMPART BENÑASAR, M., “Consideraciones Generales” en *El salario: concepto, estructura y cuantía*, Ed. La ley, 2007, pág. 166-167.

⁴⁴ Denominación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea hasta 2009 que pasa a llamarse Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

⁴⁵ TJCE 2006/81, sala tercera, de 16 de marzo 2006, asuntos acumulados C-131/04 y C-257/04

⁴⁶ TJCE/2006/81

⁴⁷ TJCE/2006/81

⁴⁸ STJCE, Gran sala, de 20 enero, caso Schultz-Hoffstringer TJCE 2009/7, asuntos acumulados C-350/06 y C-520/06

debe mantenerse la retribución ordinaria”. La jurisprudencia comunitaria parece estar dejando claro que la retribución de vacaciones debe ser equivalente a la retribución que se percibe mientras se está trabajando. En este sentido puede verse cierta semejanza en los términos utilizados por la jurisprudencia del TJCE “retribución ordinaria” y la “retribución normal o media” a la que se alude en el art. 7.1 del Convenio nº 132 OIT, por lo que se podría interpretar la “retribución ordinaria” a la que se refiere la jurisprudencia comunitaria con los mismos parámetros utilizados para determinar qué es la retribución “normal o media” del Convenio de la OIT.

En la misma línea, se sitúa la STJUE de 15 de septiembre de 2011, caso Williams y otros⁴⁹. En este caso se planteaba el derecho a la retribución de vacaciones y su cuantía, de los pilotos de British Airways. La retribución de los pilotos está integrada por tres elementos, una cuantía fija anual, un complemento salarial variable que dependía del tiempo de vuelo y un complemento en función del tiempo pasado fuera de la base (fundamentalmente retribución por dietas). Lo que se planteaba era en qué consistía el derecho a la retribución de las vacaciones. La conclusión a la que llega la jurisprudencia de la UE es que el derecho a vacaciones retribuidas supone “en principio la retribución de las vacaciones ha de ser de un importe que se corresponda con la retribución normal del trabajador. Ninguna discusión se plantea sobre la cuantía fija anual, siendo evidente que es de retribución ordinaria; el problema va a residir en los otros dos conceptos retributivos de carácter variable. En cuanto al complemento salarial variable que dependía del tiempo de vuelo la sentencia afirma que “(...) si el objetivo es percibir durante las vacaciones unas condiciones económicas equiparables a las recibidas por el desarrollo de su trabajo, el tiempo pasado en vuelo debe necesariamente formar parte del importe al que tiene derecho el trabajador durante sus vacaciones anuales”. Respecto de la retribución por dietas computable en la remuneración de vacaciones se afirma lo contrario, no debiendo ser tenidos en cuenta para calcular el pago que se ha de abonar durante las vacaciones anuales. En cuanto al componente variable de la retribución, la sentencia acude a un promedio: “corresponde al juez nacional apreciar la existencia de un vínculo intrínseco entre los diversos elementos que componen la remuneración global del trabajador y la ejecución de las tareas que le incumben según su contrato de trabajo⁵⁰. Dicha apreciación debe realizarse sobre la base de una media sobre un periodo de referencia que se considere representativo y a la luz del principio elaborado por la jurisprudencia antes citada⁵¹.”

La jurisprudencia del TJUE también se ha pronunciado sobre el cómputo de la retribución de vacaciones de algunos conceptos retributivos por estar especialmente vinculados a la realización efectiva de un trabajo y al resultado de éste. Es el caso, por ejemplo, de las comisiones, que como es sabido se devengan solo cuando se realiza una transacción comercial determinada. Pues bien en este sentido, la sentencia del TJUE de 22 de mayo de 2014 caso Lock⁵², pretende dar una respuesta a si el art. 7 de la Directiva 2003/88 CE obliga a las normas internas a adoptar medidas para garantizar que un trabajador sea retribuido por los periodos anuales de vacaciones en función de las comisiones que habría ganado durante las mismas si no se hubieran disfrutado. Y si la respuesta es afirmativa, se pregunta sobre si el importe de las comisiones es el que habría ganado durante esos periodos si no hubiese disfrutado de las mismas, además de su salario base, o éste debe determinarse en función de un promedio de las ganadas con anterioridad a este periodo. El TJUE, una vez que plasma las consideraciones habituales en torno a la finalidad de la retribución de las vacaciones y que ésta ha de ser la ordinaria, sostiene que el trabajador puede ser disuadido de disfrutar de las vacaciones si sufre una desventaja económica durante el periodo que sigue al de sus vacaciones. En el supuesto de las comisiones está muy claro, como durante las vacaciones no se realiza actividad profesional alguna no se generan comisiones futuras. En el presente conflicto se plantea la incidencia del

⁴⁹ STJUE, Sala primera de 15 de septiembre de 2011, caso Williams y otros, TJCE 2011/272, asunto C-155/10.

⁵⁰ TOROLLO GONZÁLEZ, F.J., “El nuevo derecho a las vacaciones”, en *Revista de Derecho de las Relaciones Laborales*, nº5 de agosto-septiembre 2015, págs. 575-578.

⁵¹ TJCE 2011/272

⁵² STJUE, Sala primera de 22 de mayo de 2014, caso Lock, TJCE 2014/191.

tiempo de reposo, de no trabajo, implícito en la naturaleza de las vacaciones, sobre la retribución futura que sigue a éstas. Tal circunstancia, a juicio del TJUE, “carece de pertinencia” y la deja abierta. El TJUE no se pronuncia sobre la compensación de ingresos que soportará el trabajador después de las vacaciones, tan sólo reconoce que efectivamente ésta tiene lugar pero no diseña unos principios de posible compensación. El TJUE se centra exclusivamente en la remuneración de las vacaciones, no del periodo posterior. El conflicto queda abierto, tan sólo se reconoce que esa desventaja económica es contraria al art. 7 de la Directiva 2003/88/CE, y que, por lo tanto, la remuneración de las vacaciones se integra tanto de salario base como de las comisiones. No obstante, no se da una respuesta a la segunda cuestión planteada en torno al montante de las comisiones no devengadas al que tiene derecho el trabajador por el disfrute de las vacaciones. El TJUE al considerar que la comisión percibida por el trabajador tiene una relación directa con la actividad profesional que éste desarrollase pronuncia a favor de “que debe tenerse en cuenta la citada comisión en el cálculo de la retribución global a la que un trabajador, como el demandante en el litigio principal, tiene derecho en concepto de vacaciones anuales retribuidas”.

Ya hemos visto que nuestra jurisprudencia del TS hasta el momento ha otorgado prioridad a lo dispuesto en el convenio colectivo frente a la remuneración normal o media a la que se alude en el art. 7.1 del Convenio nº 132 de la OIT⁵³ aunque añade la coletilla de: “siempre y cuando se respeten en cómputo anual los mínimos indisponibles de derecho necesario”⁵⁴. No sabemos si el TS va a tener en cuenta lo que ha dicho el TJUE acerca de que la remuneración de vacaciones debe corresponderse a la “remuneración ordinaria”. De momento, sí podemos decir que la Audiencia Nacional en sentencias recientes aplica la jurisprudencia del TJUE⁵⁵, si bien, en supuestos en los que no existe regulación en el convenio colectivo aplicable de los conceptos retributivos incluidos o excluidos de la remuneración del periodo de vacaciones. En este sentido en la Sentencia de la Audiencia Nacional de 5 de mayo de 2015 se analiza la solicitud de que se declare el derecho de los trabajadores afectados por el conflicto a percibir como retribución de las vacaciones anuales, además de los conceptos actualmente computados por la empresa, el promedio de los complementos salariales variables que de forma habitual y regular vienen percibiendo los trabajadores durante los meses de actividad y según establece el convenio colectivo de aplicación. Ello incluye pluses tales como turno de noche, nocturnidad, turno de tarde, plus festivo, plus de mando, entre otros. No existe en el convenio de aplicación norma mínima que regule los complementos que deben incluirse o excluirse para su cálculo de pago de vacaciones. En tanto, la Audiencia Nacional concluye que, a falta de regulación en el convenio colectivo de aplicación, debe estarse directamente a la regla de retribuir las vacaciones de acuerdo con la remuneración normal o media obtenida por el trabajador en la época de actividad, lo cual es acorde con su finalidad: garantizar el efectivo disfrute del derecho a vacaciones mediante la continuidad de la percepción de la renta del trabajo habitual; y dado que en el presente litigio se pretende, que en la retribución de las vacaciones anuales se incluya el promedio anual de los complementos variables que corresponden a la jornada ordinaria, estos complementos deben ser computados de forma promediada.

⁵³ La jurisprudencia laboral producida durante el siglo XXI, establece con carácter general que “es de señalar una constante y pacífica doctrina jurisprudencial (entre otras, STS de 14 de octubre de 1992 y de 7 de julio de 1999) expresiva de que si bien la norma general en materia de cuantía del importe de vacaciones es que las mismas se satisfacen sobre todas las partidas salariales que percibe el trabajador por jornada ordinaria (quedando excluidos únicamente aquellos conceptos que correspondan a las tareas realizadas fuera de dicha jornada) el convenio colectivo pueda establecer, siempre que no transgreda el mínimo exigible, la fijación de la remuneración por vacaciones” en Sentencia de 16 diciembre de 2005, RJ 2006/330.

⁵⁴ STS de 25 de abril de 2006, RJ/2006/3104.

⁵⁵ El principio de equivalencia que establece el art. 7 del Convenio nº 132 de la OIT también ha sido reconocido por la jurisprudencia comunitaria. En tal sentido, han sido varios los pronunciamientos del TJUE, entre ellos, la STJCE de 16 de marzo de 2006, caso Robinson-Steele (TJCE 2006/81, casos acumulados C-331/04 y C-257/04); con posterioridad la STJCE de 20 de enero de 2009, caso Schultz-Hoffringer (TJCE 2009/7), asuntos acumulados C-350/06 y C-520/06; en la misma dirección la STJUE de 15 de septiembre de 2011, caso Williams y otros (TJCE 2011/272, asunto C-155/10).

Sobre un supuesto similar se pronuncia también la sentencia de la Audiencia Nacional de 13 de mayo de 2015⁵⁶. Concretamente, esta sentencia resuelve otro supuesto en el que se plantea si ha de incluirse la retribución variable anual en la retribución de las vacaciones. En este segundo caso, los representantes de los trabajadores presentaron demanda de conflicto colectivo solicitando que se incluyera en la retribución de vacaciones el promedio de la retribución variable anual vinculada a objetivos. La Sala de lo Social, determinó que, dado que en ese concreto supuesto, la retribución variable vinculada a objetivos es una retribución que se abona en un único pago y se devenga anualmente, ésta debe ser excluida de la retribución vacacional. Ello porque al ser anual se devenga tanto durante el periodo que se está prestando servicios como en los que se está disfrutando del descanso vacacional⁵⁷.

6. RECAPITULACIÓN Y CONCLUSIONES

Como se ha aludido, existen dos tesis acerca del carácter imperativo o no del Convenio nº 132 de la OIT. Una de las tesis, como hemos visto, considera que el Convenio nº 132 de la OIT es una norma de mínimos e imperativa, de tal manera que la legislación interna de los Estados miembros que hayan ratificado dicho Convenio han de respetarlo, o bien mejorarlo mediante negociación colectiva o individual. Y la otra tesis que concede un papel subsidiario o dispositivo al Convenio nº 132 de la OIT, de tal manera que dicho Convenio solo tiene aplicación a la hora de precisar la cuantía del salario de vacaciones en aquellos casos en los que no hubiese negociación colectiva sobre esta cuestión. Sólo en este caso resulta de aplicación lo dispuesto en el art. 7.1 del Convenio nº 132 de la OIT y el principio de equivalencia como criterio para dilucidar la retribución de vacaciones.

La jurisprudencia del TJUE se asimila mejor a la primera de las tesis mencionadas. Según la jurisprudencia del TJUE la expresión “vacaciones anuales retribuidas” que figura en el art. 7, apartado 1, de la Directiva 2003/88/CE, significa que, mientras duren las vacaciones anuales en el sentido de esta Directiva, debe mantenerse la retribución y que el trabajador debe percibir la retribución ordinaria por dicho periodo de descanso. En concreto y como se ha dicho con anterioridad, la sentencia del TJCE de 20 de enero de 2009, caso Schultz-hoff dice expresamente que “la retribución ordinaria es aquella que es comparable a los periodos de trabajo”, por lo tanto, comparable y equivalente pueden utilizarse como sinónimos. Puede decirse entonces, que la jurisprudencia comunitaria está dejando claro que la retribución de vacaciones debe ser equivalente a la retribución que el trabajador percibe mientras está trabajando. Parece que la jurisprudencia comunitaria pretende llegar a un criterio similar al establecido por el art. 7.1 del Convenio nº 132 de la OIT, en el cual se afirma que en todo caso la retribución de vacaciones debe corresponderse con una “retribución normal o media”.

Por otro lado, tradicionalmente la jurisprudencia del TS parece que se ha decantado por la segunda de las tesis, al conceder carácter dispositivo al Convenio nº 132 de la OIT. Por lo tanto, tal como ha resaltado la doctrina laboral, el problema de las retribuciones de vacaciones se resolvería mediante dos reglas. La primera es que se deberá respetar lo dispuesto en el convenio colectivo en virtud de la fuerza vinculante de los convenios colectivos que proclama el art. 37.1 CE, con base en el respeto y aplicación del principio de autonomía colectiva, siendo admisible

⁵⁶ Sentencia AN 85/2015 de 13 de mayo (JUR/2015/143216).

⁵⁷ Otras sentencias anteriores de la Audiencia Nacional siguen esa línea, entre ellas: Sentencias de la AN de 21 de julio, de 17 de septiembre y de 11 de diciembre de 2014 y Sentencias de AN de 14 de enero y 20 de marzo de 2015. En todas ellas ha dado la respuesta negativa al conflicto suscitado en torno a las posibilidades de que un convenio colectivo pueda excluir variables devengadas durante la jornada ordinaria sin vulnerar lo dispuesto en el art. 7.1 de la Directiva 2003/88. La doctrina que reitera es que este precepto prevalece sobre lo dispuesto en convenio colectivo. Para la AN “lo cierto e incuestionable es que en el periodo vacacional todos los trabajadores del sector que perciben parte de su salario en concepto de comisiones y/o incentivos a la producción, reciben menos retribución que en tiempo de trabajo, siendo esta diferencia la relevante para estimar que la situación descrita contraviene la normativa y su interpretación por el TJUE” (SAN de 11 de diciembre de 2014).

que los convenios establezcan una cuantía que supere o no lo que haya de entenderse por salario o retribución normal o media, pero en todo caso siempre respetando en cómputo anual los mínimos indisponibles de derecho necesario. Y en segundo lugar, si no existiese regulación de la retribución de vacaciones en el convenio colectivo aplicable, en ese caso, sí sería de aplicación lo establecido por el Convenio nº 132 de la OIT, con los problemas interpretativos anteriormente señalados sobre la inclusión o no de diferentes complementos salariales en la retribución de vacaciones. De tal forma, que en los casos en los que el convenio colectivo no haya regulado la cuantía del salario de vacaciones, la jurisprudencia laboral ha de entrar a analizar cada uno de los complementos salariales o extrasalariales para determinar si forman o no parte del salario normal o medio que establece la regulación internacional.

Sin embargo, sentencias recientes de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, entre ellas una de 5 de mayo de 2015 y otra de 13 de mayo de 2015 siguen el criterio adoptado en materia de retribución de vacaciones anuales adoptado por el TJUE en su sentencia de 22 de mayo de 2014, caso Lock, en la que establecía de modo rotundo que cualquier disposición o práctica nacional, que excluya las comisiones de la retribución de las vacaciones se opone al art. 7.1 de la Directiva 2003/88 CE. Esta conclusión “es extensible a cualquier tipo de retribución variable correspondiente a la jornada ordinaria, puesto que el derecho a vacaciones anuales y el derecho a percibir una retribución en concepto de vacaciones constituyen dos vertientes de un único derecho, en tanto en cuanto 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 periodos de trabajo”. Aunque hay que puntualizar que en ambos casos, el convenio colectivo aplicable no determinaba los conceptos retributivos incluidos o excluidos de la remuneración de vacaciones, por lo que no resulta problemático aplicar la jurisprudencia del TJUE. Cuestión distinta sería si el convenio colectivo aplicable determinara explícitamente que las comisiones u otros conceptos retributivos están excluidos de la remuneración del periodo de vacaciones. En ese caso, no sabemos si los nuestros tribunales aplicarían lo dispuesto en el convenio colectivo o bien respetarían la remuneración normal o media proclamada por la normativa internacional.

Por lo tanto, sólo ante la falta de mención expresa por parte de la norma de los conceptos retributivos que se han de incluir en la remuneración de vacaciones, es labor de los tribunales determinar en cada caso aquellos conceptos que son susceptibles de incluir en dicha retribución al considerarse que forman parte de lo que puede llamarse remuneración ordinaria y su no inclusión puede provocar lo contrario que pretende la norma y que es el “derecho a vacaciones anuales retribuidas”. Es decir, durante el periodo de vacaciones debe acaecer una interrupción de la prestación laboral y al mismo tiempo mantenerse el salario.

Bajo mi punto de vista, es evidente que la interpretación que se realiza por parte de la jurisprudencia de la UE favorece la aplicación estricta del principio de equivalencia, o lo que en las resoluciones aludidas se señala como condición retributiva comparable a la percibida en el ejercicio del trabajo. A causa de ello, se puede cuestionar la jurisprudencia procedente de nuestro TS por la que puede llegarse a la conclusión de que mediante lo regulado en convenio colectivo, pueda abonarse al trabajador un salario inferior al normal o habitual. Sería necesario acomodar nuestro ordenamiento a la interpretación que ha venido realizando el TJUE en reiteradas ocasiones. Además, como ya dije en alguna ocasión, el art. 7.1.c) del Convenio nº132 de la OIT, tiene desde mi punto de vista, carácter de norma de derecho necesario relativo.

7. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., “La retribución de las vacaciones”, *Tribuna Social*, nº 38, 1994.
- ALBIOL MONTESINOS, I., “Vacaciones anuales retribuidas”, *Actualidad Laboral*, nº 14, 2004.
- CHARRO BAENA, P., *El derecho a vacaciones en el ámbito laboral*, Ministerio de Trabajo y de la Seguridad Social, Madrid, 1993.

- DE LA VILLA GIL, L.E., "Configuración jurídica de las vacaciones anuales retribuidas", *Revista de Política Social*, nº 83, 1969.
- GARCÍA-PERROTE ESCARTIN, I., "Sobre el derecho de vacaciones (en torno al art. 38)", nº 100, 2000.
- GARCÍA NINET, J.I., "Algunas notas sobre la retribución de vacaciones en la doctrina de los tribunales", *Tribuna Social*, nº 144, 2003.
- GORELLI HERNÁNDEZ, J., "El derecho al disfrute efectivo de las vacaciones: de la jurisprudencia comunitaria a la regulación estatutaria", *Relaciones Laborales*, nº 1 de 2014.
- GORELLI HERNÁNDEZ, J., "Sobre el necesario retorno al principio de equivalencia en el salario de vacaciones", en *Revista de Derecho Social*, nº 67, Julio 2014, págs. 73-96.
- LLOMPART BENNÁSSAR, M., "Consideraciones Generales", *El salario: concepto, estructura y cuantía*, ed. La Ley, 2007.
- MARTÍN VALVERDE, A., "Naturaleza jurídica de la retribución de vacaciones", *Revista de la Facultad de Derecho, Universidad de Madrid*, nº 31-32, vol. XII, 1968
- MARTÍN VALVERDE, A., GARCÍA MURCIA, J., *Tratado de Derecho del Trabajo*, Aranzadi, Pamplona, 2012.
- MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ SAÑUDO GUTIÉRREZ, F., GARCÍA Murcia, J., *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2009.
- PÉREZ DE LOS COBOS, F., "Sobre el carácter dispositivo del Convenio nº 132 OIT (a propósito de la STCT de 3-IV-87)", *Actualidad Laboral*, Tomo III, nº 35 de 1990.
- SEGURA ORTEGA, M., "La imperatividad del Derecho", *Anuario de Filosofía del Derecho XII*, 1995, págs. 337-345.
- SEMPERE NAVARRO, A.V., "Régimen jurídico de las vacaciones periódicas retribuidas", RPS, nº 130 y 131, 1981.
- SEMPERE NAVARRO, A.V. y CHARRO BAENA, P., *Las vacaciones anuales*, Aranzadi, Navarra, 2003.
- TOROLLO GONZÁLEZ, F.J., "El nuevo derecho a las vacaciones", en *Revista de Derecho de las Relaciones Laborales*, nº 5 de agosto-septiembre 2015, págs. 559-584.
- VICENTE PACHES, F., MIÑARRO YANINI, M., "Vacaciones anuales (art. 38 ET)", en AAVV. Dirigidos por J.I. García Ninet, *Salario y tiempo de trabajo en el Estatuto de los Trabajadores (de 1980 a 2005)*, CEF, Madrid, 2005.

8. RESEÑA DE JURISPRUDENCIA

- TRIBUNAL SUPREMO

STS de 20 de diciembre de 1991, RJ 1991/9093, complemento de mayor dedicación, retribución a efectos de vacaciones.

STS de 21 de enero de 1992, RJ 1992/59, eficacia de lo estipulado en convenio colectivo, conceptos excluidos a efectos de retribución vacaciones.

- STS 13 de marzo de 1992, RJ 1992\1647, Complemento de mayor dedicación; exclusión de la retribución de vacaciones; eficacia de lo establecido en convenio colectivo.
- STS de 19 de octubre de 1994, RJ 1994/8057, concepto plus asistencia de personal de puertos es computable a la retribución de vacaciones.
- STS de 4 noviembre de 1994, RJ 1994/8591, conceptos que integran la retribución de vacaciones.
- STS de 22 de septiembre de 1995, RJ 1995/6789, concepto de brigadas de socorro e incidencias no es computable para retribución de vacaciones.
- STS de 29 de octubre de 1996, RJ 1996/8181, plus de nocturnidad concepto computable en retribución vacaciones.
- STS de 17 de diciembre de 1996, RJ 1997/9717, concepto por comisiones no computable como retribución en vacaciones.
- STS de 19 de abril de 2000, RJ 2000/4245, conceptos incluidos y excluidos de la retribución de vacaciones.
- STS de 30 de mayo de 2000, RJ 2000/5975, trabajadores portuarios inclusión del plus turnicidad variable por domingos y festivos en retribución de vacaciones.
- STS de 17 de septiembre de 2002, RJ 2002/10551, retribución de vacaciones cuando se extingue el contrato de trabajo antes de su disfrute: cálculo año natural y no al término del disfrute en el año anterior.
- STS de 16 de diciembre de 2005, RJ 2005/330, plus de toma y deje concepto excluido de la retribución de las vacaciones.
- STS de 20 de enero de 2006, Roj. 537/2006, plazo de acción para reclamar las partes proporcionales de pagas extraordinarias y de compensación económica de vacaciones no disfrutadas, computables desde la fecha del despido.
- STS de 6 de junio de 2006, RJ 2006/3433, no se incluye en la retribución de vacaciones los complementos de jornada partida.
- STS de 25 de abril de 2006; RJ 2006/3104, no se incluyen en la retribución de vacaciones los complementos de jornada partida, los de toma y deje de servicio, ni los de brigadas de socorro e incidencias.
- STS 26 de enero de 2007; RJ 2007/1620, conceptos computables los previstos en el convenio colectivo y no otros aunque no se excluyan expresamente del mismo.
- STS 2 de febrero de 2007, RJ 2007/1493; determinación de retribución normal o media del periodo de vacaciones.
- STS 12 de febrero de 2007, RJ 2007/3333, conceptos computables en la retribución de vacaciones.
- STS 19 abril de 2007, RJ 2007/3986, conceptos computables en la retribución de vacaciones.
- STS 30 de abril de 2007, RJ 2007/3993; conceptos retribuidos incluidos en retribución vacaciones.

STS 26 julio 2010, RJ 2010/7289; a falta de regulación convencional es de aplicación el art. 7 del Convenio nº 132 OIT: remuneración normal o media, inclusión del promedio anual de los complementos variables que corresponden a la jornada ordinaria de horas nocturnas, horas festivas, horas de domingo y fraccionamiento de jornada.

STS 6 marzo 2012, RJ 2012/4174, la retribución de las licencias con el salario base y la antigüedad respeta los mínimos necesarios establecidos en el Convenio 132 OIT.

STS de 26 de julio de 2012, RJ 2012/10274, retraso en el cobro de salarios.

STS de 12 de junio de 2012, Roj. 4879/2012, sobre retribución en metálico del tiempo proporcional de vacaciones no disfrutadas que se pretende que se alcance hasta la fecha de notificación de la sentencia.

- AUDIENCIA NACIONAL

Sentencia AN (Sala de lo Social 1ª), sentencia nº 85/2015 de 13 de mayo, JUR/2015/143216, inclusión de conceptos de guardia de servicio técnico, localización y especial dedicación en la retribución de vacaciones.

Sentencia AN (Sala de lo Social 1ª), sentencia nº 81/2015 de 5 de mayo, AS 2015/1475, a falta de regulación convencional son de aplicación los arts. 7 del Convenio nº 132 OIT y 7 de la Directiva 2003/88/CE, aplicando la remuneración media o normal obtenida por el trabajador en la época de actividad.

Sentencia AN (Sala de lo Social 1ª) de 11 de diciembre de 2014, Sentencia nº 196/2014, AS 2015/122, se han de incluir las retribuciones variables devengadas durante la jornada ordinaria al prevalecer el art. 7.1 Directiva 2003/88/CE sobre el convenio colectivo.

- TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA (todas sobre retribución de vacaciones)

STSJ de Andalucía de 26 de julio de 1994, AS/1994/3116.

STSJ País Vasco de 23 de noviembre de 2004, AS/2004/3789.

SSTJ de Baleares de 4 de abril de 2006, AS 2006/1695.

STSJ Cataluña de 26 de julio de 2006, AS/20062254.

STSJ de Cataluña de 30 de mayo de 2008, AS/2008/1604.

STSJ de Canarias de 13 de abril de 2012, AS/2012/1554.

- TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

STJCE, Sala Tercera, de 16 de marzo de 2006, caso Robinson-Steele, TJCE 2006/81, asuntos acumulados C-131/04 y C-257/04 (conceptos integrantes retribución de vacaciones).

STJCE, Gran Sala, de 20 de enero de 2009, caso Schultz-Hoff, TJCE 2009/7, asuntos acumulados C-350/06 y C-520/06 (conceptos integrantes retribución de vacaciones).

STJUE, Sala Primera, de 15 de septiembre de 2011, caso Williams y otros, TJCE 2011/272, asunto C-155/10 (conceptos integrantes retribución de vacaciones).

STJUE, Sala Primera, de 22 de mayo de 2014, caso Lock, TJCE 2014/191, asunto C-539/12 (conceptos integrantes retribución de vacaciones).