

## LAS VACACIONES RETRIBUIDAS: ¿SE LIQUIDAN CONFORME A LA NUEVA DOCTRINA EUROPEA Y DEL TS?.



En Valencia, a 2 de Julio de 2017

Con las vacaciones ya encima, resulta imprescindible recordar qué conceptos deben ser tenidos en cuenta para el cálculo de las vacaciones o *descanso anual retribuido* reconocido a favor de los trabajadores constitucionalmente (Arts. 40.2 CE), y por la normativa laboral (Art. 38.1 ET). A raíz de la STJUE caso Lock, y dos SSTs de 18/05/16, se refuerza y concreta más el derecho básico de los trabajadores a sus *vacaciones retribuidas*, neutralizando incluso lo dispuesto en los Convenios Colectivos, en determinados casos, con interpretación emanada de la Directiva UE 2003/88 y el Convenio 132 OIT.

Es indudable que todo trabajador a disfrutar de vacaciones anuales retribuidas, siendo este un derecho constitucionalmente reconocido por el Arts. 40.2 CE. Pero no solo a nivel nacional, sino que ese derecho está expresamente reconocido en el artículo 31, apartado 2, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, a la que el artículo 6 TUE, apartado 1, reconoce el mismo valor jurídico que a los Tratados.

Hasta tal punto es así, que la Directiva UE 2003/88 considera que el derecho a vacaciones anuales y el derecho a percibir una retribución en concepto de vacaciones constituyen dos vertientes de un único derecho.

En consecuencia, el derecho a las vacaciones laborales retribuidas es reconocido como un principio de especial importancia del Derecho social de la Unión Europea, respecto al cual no pueden establecerse excepciones y cuya aplicación por parte de las autoridades nacionales competentes únicamente puede efectuarse respetando los límites establecidos expresamente por la propia Directiva 93/104, Directiva y la Directiva 2003/88.

Al inicio del presente, comenzamos indicando que, a nivel nacional, los arts. 40.2 CE y 38.1 ET reconocen a los trabajadores un descanso anual retribuido, pero dichos preceptos no facilitan más detalles ni reglas para determinar los conceptos incluidos y excluidos del cómputo económico.

Para profundizar en ello debemos acudir al Convenio nº 132 de la OIT (de fecha 29-junio-1970), sobre "*vacaciones anuales pagadas*", que fue ratificado por España mediante Instrumento de fecha 16- junio-1974 (BOE 5-julio-1974); siendo sus arts. 1 y 7.1 los preceptos que más incidencia han tenido en nuestra jurisprudencia en el tema de la retribución de las vacaciones.

Dicha norma internacional ha servido para integrar la normativa legal (arts. 10.2, 40.2, 96.1 CE , art. 1.5 Código Civil), la específica estatutaria (en especial, art. 38 ET ) y la de múltiples convenios colectivos, con reflejo en la jurisprudencia de casación social (entre otras muchas, SSTS/IV 1-octubre-1991 -recurso 667/1991, 21-enero-1992 -recurso 792/1991, 4-noviembre-1994 -Rcud 3604/1993), interpretando, como regla y en los términos que analizaremos, que la retribución de vacaciones ha de comprender el "*promedio de la totalidad de emolumentos que corresponden a la jornada ordinaria*".

Efectuando un análisis sistemático de la jurisprudencia social, la STS/IV 25-abril-2006 (Rcud 16/2005) señalaba que el art. 7.1 del Convenio nº 132 de la OIT, en relación con su art. 1, "*ha sido interpretado reiteradamente por esta Sala en el sentido de que Žel convenio colectivo puede apartarse de tal regla de remuneración normal o mediaž, en virtud de la fuerza vinculante de los convenios colectivos que proclama el art. 37-1 de la Constitución, con base en el respeto y aplicación del principio de autonomía colectiva*" (Véanse las de conclusiones sentadas en la STS/IV 21-enero-1992 (Rcud 792/1991).

No obstante lo anterior, el espaldarazo final sobre el reconocimiento de los conceptos *necesarios* a incluir en la retribución de las vacaciones lo estableció la **doctrina de la STJUE de 22 demayo de 2014, caso Lock**. Según la misma,

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

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

"En cambio, según esa misma jurisprudencia, los elementos de la retribución global del trabajador que tienen por único objeto cubrir **los gastos ocasionales o accesorios** que surjan con ocasión de la ejecución de las tareas que incumben al trabajador según su contrato de trabajo **NO deben ser tenidos en cuenta para calcular el pago** que se ha de abonar durante las vacaciones anuales (véase la **sentencia Williams** y otros, EU:C:2011:588, apartado 25)".

Como consecuencia de la importación en el refuerzo de los conceptos delimitadores indicados, la **doctrina del Tribunal Supremo debió ser matizada** en dos sentencias fechadas el 08/06/20126, emanadas ambas en el Pleno de la misma de 18 de Mayo de 2016 (Rcud. 207/2015 y 112/2015), e igualmente en la STS de 30 de noviembre de 2015 (RO 48/2015), **para adaptarla** a la **doctrina de la STJUE de 22 de mayo de 2014, caso Lock (asunto539/12)**, y a la Directiva CE 2003/88.

Y es aquí donde el Tribunal Supremo ha reconocido y reforzado los derechos de los trabajadores, considerando de derecho mínimo y básico para los mismos la inclusión en el cálculo retributivo de conceptos de carácter regular u ordinario a lo largo del año, no pudiendo ser soslayados o preteridos en modo alguno, pese al contenido del Convenio Colectivo.

Por tanto, el cambio de criterio jurisprudencial del TS ha consistido, básicamente, en estimar que el convenio colectivo, al regular la retribución por vacaciones debe respetar los mínimos de derecho establecidos por el artículo 1 del Convenio 132 de la OIT y por el 7-1 de la Directiva 2003/88 CE en la forma en que estas disposiciones sean interpretadas por el TJUE.

Consecuentemente, **las disposiciones de los convenios colectivos sobre la retribución por vacaciones sólo serán válidas cuando respeten los mínimos de**

**derecho necesario dichos, esto es garanticen el cobro de "las retribuciones normales o medias".**

Para conocer el alcance de los conceptos a tener en cuenta en el cálculo retributivo de las vacaciones, deberá atenderse no a las normas del convenio colectivo en su conjunto, sino a los **distintos conceptos salariales que percibe el trabajador por convenio colectivo u otro pacto y a la retribución convencional** de las vacaciones que, para ser correcta, **deberá comprender la media de las retribuciones normales u ordinarias**, operación que deberá hacerse en cada caso para la fijación de los conceptos computables y el promedio de los mismos.

Conforme a dichos criterios, debe estarse en cada caso, y pueden existir, no obstante, una serie de situaciones controvertidas, y es que la doctrina contenida en la STJUE 22/05/2014, asunto Lock, no resuelve todos los problemas que puedan plantearse en relación con el asunto discutido, ante la no eficacia horizontal directa de la Directiva.

Para ello debemos apoyarnos en la cita de la jurisprudencia más reciente de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo sobre la manera en la que han de retribuirse las vacaciones se contiene en la S Tribunal Supremo Sala 4ª, S 21-3-2017, rec. 80/2016 ,29-9-2016, nº 789/2016, rec. 233/2015 y en las sentencias de Pleno nº 497/2016 y 591/2016, de 8 y 30 de junio de 2.016 (recursos 207/2015 y 45/2015).

La doctrina ya asentada marca que todos los componentes de la retribución global inherentes a la condición personal y profesional del trabajador deben mantenerse durante sus vacaciones anuales retribuidas. De este modo, deben mantenerse, en su caso, los complementos relacionados con su calidad de superior jerárquico, con su antigüedad y con sus cualificaciones profesionales.

De igual manera, en el caso más habitual, resulta que las comisiones cobradas por ventas, de ser habituales, deben computarse para el cálculo de la retribución del periodo vacacional y que el método de cálculo de la comisión a pagar durante las vacaciones debe fijarse por el juez nacional, a la vista del objetivo perseguido por el art. 7 de la Directiva 2003/88 y de los criterios sentados por la doctrina del TJUE.

Por otro lado, según esa misma jurisprudencia, los elementos de la retribución global del trabajador que tienen por único objeto cubrir los gastos ocasionales o accesorios que surjan con ocasión de la ejecución de las tareas que incumben al trabajador según su contrato de trabajo no deben ser tenidos en cuenta para calcular el pago que se ha de abonar durante las vacaciones anuales.

Se debe partir del principio de que no son tenidos en cuenta 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 art. 7.1 del Convenio 132 OIT, que se remite a remuneración normal y media, lo que indica que remuneraciones extraordinarias del trabajo realizado en la jornada normal han de computarse en su promedio, y no en su integridad.

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

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

Sobre las anteriores bases, por ejemplo, la STS 14 febrero 2017 (rec. 45/2016) concluye que los pluses salariales de "festivo", "nocturno", "Plus pista" y el llamado "Plus centro operaciones-control" integran la retribución debida en el período vacacional. Porque aquéllas cuatro tareas se desempeñaban de manera prácticamente habitual por los afectados, o que, al menos, no constituían funciones esporádicas, extraordinarias o no habituales, esto es, que esos cuatro pluses parecen tratarse de algo similar a "complementos variables que corresponden a la jornada ordinaria".

Por su lado, la STS 15 septiembre 2016 (Rec. 258/2015 ) incluye en el cálculo de la retribución vacacional el plus escolta, plus de responsable de equipo de vigilancia, de transporte de fondos o sistemas, plus de trabajo nocturno, plus de radioscopia aeroportuaria, plus de radioscopia básica, plus de fines de semana y festivos vigilancia y plus de residencia en Ceuta y Melilla, porque no tienen la consideración de conceptos salariales de carácter extraordinario, ni han sido establecidos para remunerar actividades extraordinarias, sino que retribuyen actividades ordinarias, habituales, por lo que procede

su inclusión en el cálculo de la citada retribución. Otros obedecen al concreto trabajo realizado -plus escolta, plus nocturnidad, plus de fines de semana y festivos...- por lo que, si se realiza de modo habitual, se calificará de retribución ordinaria y, en consecuencia, habrá de incluirse en el cálculo de la retribución de las vacaciones y, únicamente si se realiza de manera puntual, su calificación será de retribución extraordinaria y no habrá de tomarse en cuenta para fijar el importe de la retribución de las vacaciones. "

El denominado plus de penosidad y peligrosidad que retribuye a los trabajadores afectados por este tipo de trabajo, debe incluirse en la retribución de vacaciones porque se sitúa en el denominado «núcleo» -zona de certeza-, que parece debe integrarse, en su faceta «positiva» por los conceptos que integran la retribución «ordinaria» del trabajador individualizado, como por ejemplo, el salario base, los conceptos -complementos- debidos a «condiciones personales» del trabajador (antigüedad, titulación, idiomas...) y a circunstancias de la «actividad empresarial» (toxicidad; penosidad ; peligrosidad...), que siempre son percibidos por los trabajadores individualmente considerados.( STS 30/6/2016 ,rec 47/2015)

Por lo que se refiere al quebranto de moneda, es cierto que, como sostienen la STS de 26-7-2010, rec. 199/2009 , que recoge la doctrina de la STS/IV 4- 11-1994 : "*se excluye el denominado "quebranto de moneda ", previsto en un convenio colectivo de trasportes por carretera, entre los conceptos salariales que deben tenerse en cuenta a efectos de fijar la retribución de vacaciones , argumentando que "El quebranto de moneda es un concepto económico de pago ordenado a compensar los riesgos y, en su caso, perjuicios derivados de la realización de operaciones con dinero, como pueden ser, entre otros, los errores en cobros y pagos o las pérdidas, involuntarias. No se trata, pues, de una contraprestación económica al trabajo realizado, sea considerado éste en sí mismo, sea considerado en alguno de los aspectos que pueden concurrir a los fines de su apreciación o valoración (rendimiento, penosidad, etc.). Así pues, no tiene naturaleza salarial, y es por ello por lo que la normativa sobre ordenación del salario define el quebranto de moneda como verdadera indemnización, excluyéndolo, en consecuencia, de la consideración legal del salario"; y afirmando, con invocación del Convenio 132 OIT, que" La expresada conclusión no supone tampoco infracción del Convenio 132 de la OIT.*

El plus de trabajo en sábados, domingos y festivos, retribuye a los trabajadores que, dentro de su turno de trabajo, tengan comprendida su jornada de trabajo en sábado, domingos o festivos. Estamos ante una percepción de clara naturaleza salarial que retribuye actividades ordinarias y habituales y que se devenga siempre que concurren los presupuestos contemplados por el convenio colectivo, procede su inclusión en el cálculo de la retribución de vacaciones.

Los procesos productivos especiales, retribuyen La jornada de trabajo en los procesos productivos especiales de Navidad, Fin de Año, Carnavales y Ferias son pluses que no remuneran trabajo habitual, remunera circunstancias no habituales, debiendo ser excluido en la retribución de las vacaciones a la luz de la STS de 30 de noviembre de 2015 , puesto que se encuentra en el llamado «halo» -zona de duda-, que bien pudiera estar integrado por complementos atribuibles a circunstancias relativas al concreto «trabajo realizado» (esporádica nocturnidad; aislada turnicidad; las mismas horas extraordinarias , pero dotadas de una cierta reiteración...), y cuya calificación -como retribución ordinaria o extraordinaria- dependerá de las circunstancias concurrentes (particularmente la habitualidad en su ejecución), y que es precisamente el punto en el que puede operar una cierta discrecionalidad de la negociación colectiva.

En definitiva, a raíz de la doctrina emanada en la STJUE 22/05/2014, Caso Lock, y la matización de la doctrina del Tribunal Supremo a partir de sus SSTS 18/05/16, se produce en España un mayor fortalecimiento en el reconocimiento efectivo del derecho básico a unas vacaciones retribuidas, y una mayor concreción en los conceptos retributivos a tener en cuenta en el cálculo salarial a percibir, sin perjuicio del casuismo en cuanto al devengo de las percepciones que en cada caso se produzcan para el trabajador.

Fdo. Miguel Ángel Díaz Herrera.  
Responsable del área laboral  
Rocabert & Grau abogados