



**Carlos Sedano**  
Asesor Laboral de CEHAT

## El tribunal supremo rectifica su doctrina sobre la retribución durante las vacaciones

*El Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha dictado dos sentencias sobre la retribución aplicable al periodo de vacaciones, a la vista de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). La Sala, rectificando su anterior doctrina, considera que la retribución normal o media que ha de ser abonada al trabajador durante su periodo de descanso anual y que debe fijar la negociación*

*colectiva en cada caso, según la normativa contenida en el artículo 7.1 del Convenio 132 OIT y en el artículo 7 de la Directiva 2003/88, ha de atender no obstante a la finalidad de descanso efectivo que tienen vacaciones retribuidas y no puede disuadir o desincentivar su disfrute. Por ello, el trabajador en vacaciones debe continuar percibiendo la retribución ordinaria.*

El Tribunal Supremo, en dos sentencias de fecha 8 de junio de 2016, deliberadas simultáneamente, confirma las resoluciones dictadas en su día por la Audiencia Nacional frente a las empresas de Contac Center (STS 496/2016) y frente a Telefónica Móviles España, SAU (STS 497/2016), señalando que la retribución por vacaciones debe incluir todos los conceptos retributivos ordinarios.

Estas sentencias se apartan de la propia doctrina sentada por el Alto Tribunal hasta la fecha, en la que mantenía que “el Convenio Colectivo puede válidamente limitar los elementos salariales de la jornada ordinaria que hayan de retribuirse en vacaciones, apartándose así de la «remuneración normal o media». Ahora, señala que las disposiciones convencionales deben respetar en todo caso la normativa comunitaria y, en recta aplicación de la misma y de la jurisprudencia emanada de la doctrina del TJUE esencialmente en sus sentencias de 22 de mayo de 2014 en el asunto C-139/12 “Lock” y de 12 de junio de 2014, en el asunto C-118/13 “Bollacke”, las retribuciones variables tales como comisiones y/o incentivos que forman parte de la retribución normal o media de los trabajadores deben integrarse en el cómputo de la retribución que se abona durante el periodo vacacional.

La Sala entiende, que aunque la fijación de la retribución “normal o media” por parte de la negociación colectiva admita un comprensible grado de discrecionalidad, pues a ello indudablemente alude la expresión “calculada en la forma...” que el citado artículo 7.1 del Convenio 132 utiliza, de todas las maneras la misma no puede alcanzar la distorsión del concepto “normal o media”, hasta el punto de hacerlo irreconocible, puesto que se trata concepto jurídico indeterminado y como tal ofrece:

a) Lo que se ha denominado “núcleo” –zona de certeza–, que parece debe integrarse, en su faceta “positiva” por los conceptos que integran la retribución “ordinaria” del trabajador individualizado, como por ejemplo, el salario base, los conceptos –complementos– debidos a “condiciones personales” del trabajador (antigüedad, titulación, idiomas, ...), y a circunstancias de la “actividad empresarial” (toxicidad; penosidad; peligrosidad, ...), que siempre

son percibidos por los trabajadores individualmente considerados; y en su faceta “negativa”, por términos generales, los conceptos retributivos extraordinarios (con carácter general y sin perjuicio de su excepción en singulares circunstancias, los bonus; determinados incentivos; horas extraordinarias...).

b) El llamado “halo” –zona de duda–, que bien pudiera estar integrado por complementos atribuibles a circunstancias

relativas al concreto “trabajo realizado” (esporádica nocturnidad; aislada turnicidad; las mismas horas extraordinarias, pero dotadas de una cierta reiteración, ...), y cuya calificación – como

retribución ordinaria o extraordinaria– dependerá de las circunstancias concurrentes (particularmente la habitualidad en su ejecución), y que es precisamente el punto en el que puede operar una cierta discrecionalidad de la negociación colectiva.

Por tanto, se declara la inclusión como “remuneración media” todos los conceptos ordinarios y que se perciban habitualmente por el trabajador en el desarrollo de sus funciones, debiendo valorarse atendiendo a las circunstancias concretas de cada caso.

Por el contrario, solo podrán excluirse de la retribución durante las vacaciones aquellos conceptos extraordinarios o cuya inclusión pudiera dar lugar a un doble pago (por ejemplo, sería el caso de incentivos o bonus de carácter anual en el supuesto analizado por el Tribunal Supremo porque «no sólo se trata de un concepto de devengo anual y que por tanto ya retribuye de por sí las vacaciones, sino que también es extraordinario, en tanto que no sólo es variable sino que está subordinado tanto a posibles resultados personales, cuanto a hipotéticos objetivos generales de la empresa».

A diferencia del bonus indicado, el resto de conceptos analizados por el Tribunal Supremo se declaran incluidos. Concretamente consistían en unas comisiones por ventas y otros incentivos a la producción, unas comisiones para la denominada carrera comercial y un plus de disponibilidad, considerándose en todos estos casos que se trata de conceptos retributivos que deben formar parte de la remuneración a percibir durante las vacaciones dado que venían percibiéndose habitualmente por los trabajadores.

En la sentencia 497/2016, a modo de reflexión final, señala que 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, a lo que se debe añadir como idea adicional

lo dispuesto en la sentencia 496/2016: sin propiciar o contribuir de cualquier forma a disuadir o desincentivar de su disfrute a los trabajadores, lo que, conforme a la doctrina del Tribunal de

Justicia de la Unión Europea (caso Lock, en el asunto C-139/12) resultaría contrario al artículo 7 de la Directiva 2003/88.

Por último, síntoma inequívoco de que la nueva doctrina llega para quedarse, es la unanimidad mostrada por los magistrados con respecto a la decisión final. Únicamente, la segunda de las sentencias (497/16) cuenta con dos votos particulares que, aun concurrentes con el fallo, discrepan de la fundamentación expuesta en la decisión de la mayoría.

La retribución por vacaciones debe incluir todos los conceptos retributivos ordinarios

La finalidad de efectivo descanso que persigue la figura de vacaciones retribuidas

