

### La previa IT no debe afectar a la retribución vacacional.

**Antonio V. Sempere Navarro**

*Director de la Revista de Jurisprudencia Laboral. Magistrado del Tribunal Supremo. Catedrático de Universidad (s.e.)*

**Resumen:** Como regla general, la remuneración de las vacaciones debe equivaler a la que ordinariamente se venga percibiendo. Durante los periodos de incapacidad temporal sigue devengándose el derecho a vacaciones, pero es posible que las percepciones económicas sean inferiores a las propias de periodos de trabajo real. Se duda, en tales casos, si la vacación posterior a esos periodos de IT debe remunerarse tomando en cuenta los ingresos realmente percibidos en los meses anteriores o los que corresponderían al desarrollo del trabajo efectivo. La sentencia comentada aborda la cuestión y opta por la segunda posibilidad.

**Palabras clave:** Remuneración vacacional. Incapacidad Temporal. Vacaciones tras Incapacidad temporal.

**Abstract:** As a general rule, vacation pay must be equal to what is ordinarily being received. During periods of temporary incapacity, the right to vacations continues to accrue, but it is possible that the economic perceptions are lower than those typical of periods of real work. In such cases, there is doubt as to whether the vacation after these TI periods should be remunerated taking into account the income actually received in the previous months or that which would correspond to the development of effective work. The commented judgment addresses the issue and opts for the second possibility.

**Keywords:** Vacation pay. Temporary disability. Holidays after temporary disability.

---

### I. Introducción

La obligación que los poderes públicos tienen de garantizar el descanso necesario mediante, entre otras instituciones, “las vacaciones periódicas retribuidas” (art. 40.2 CE) se concreta en el deber del empleador de facilitarlas y de hacerlo, precisamente, sin dejar de abonar el salario.

Resulta esencial a la propia institución que las fechas de vacación sean “retribuidas” (art. 40.2 CE; art. 38.1 ET), debiendo percibir quien trabaja “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, según art. 7.1 Conv. 132 OIT)<sup>[1]</sup>. La retribución ordinaria del trabajador debe mantenerse durante el período de descanso correspondiente a las vacaciones anuales retribuidas<sup>[2]</sup>.

Siendo esos asertos los básicos en la materia, para llevarlos a la práctica pose enorme relevancia la doctrina sentada por los diversos tribunales. Son ellos, por ejemplo, los que han precisado que no procede la liquidación económica de la parte proporcional de vacaciones sin disfrutar si previamente a la extinción del contrato el trabajador disfrutó de un permiso retribuido que cumplió la finalidad del período vacacional<sup>[3]</sup>. O que en caso de despido improcedente sin readmisión, la retribución en metálico del tiempo proporcional de vacaciones no disfrutadas se extiende sólo hasta la fecha del despido y no al período, que se corresponde con el percibo de los salarios de tramitación, entre esta fecha y la de notificación de la sentencia que reconoce la improcedencia<sup>[4]</sup>.

Como regla general, la remuneración de las vacaciones debe equivaler a la que ordinariamente se venga percibiendo. Durante los periodos de incapacidad temporal (IT) sigue devengándose el derecho a vacaciones, pero es posible que las percepciones económicas sean inferiores a las propias de periodos de trabajo real. Se duda, en tales casos, si la vacación posterior a la IT debe remunerarse tomando en cuenta los ingresos realmente percibidos en los meses anteriores o los que corresponderían al desarrollo del trabajo efectivo. La sentencia comentada aborda la cuestión y opta por la segunda posibilidad.

## II. Identificación de la resolución judicial comentada

**Tipo de resolución judicial:** sentencia.

**Órgano judicial:** Sala Segunda del Tribunal de 9 de diciembre de 2021.

**Tipo y número de recurso:** Cuestión prejudicial planteada por el Tribunal de Primera Instancia de Overijssel, Países Bajos, C-217/20.

**ECLI:**EU:C:2021:987.

**Fuente:** Curia.

**Abogado General:** Sr. G. Hogan.

**Votos Particulares:** carece.

## III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

La cuestión suscitada es de índole estrictamente interpretativa. Se trata de aquilatar el alcance del artículo 7 de la Directiva 2003/88/CE. Pese a todo, conviene recomponer los hechos y antecedentes que la propicia, a fin de ponderar su trascendencia práctica:

A) El demandante es funcionario de la Administración Tributaria (Países Bajos). Desde noviembre de 2015 se encuentra en situación de baja parcial de larga duración por enfermedad y disfruta de una medida de reinserción profesional.

B) Hasta noviembre de 2016 percibió su retribución íntegra. A partir de ese momento percibe el 70 %, pero conserva su retribución íntegra por las horas durante las que fue considerado apto para trabajar<sup>[5]</sup>.

C) En el verano de 2017 disfruta sus vacaciones y se le remunera con un importe equivalente al 70 % de su retribución por las horas correspondientes a su IT y el 100 % por las horas durante las que fue considerado apto para trabajar.

Aunque son tres los interrogantes formulados por el tribunal remitente, en realidad la cuestión suscitada puede reconducirse a una sola: determinar si el Derecho de la UE se opone a lo sucedido: un trabajador en situación de IT ejerce su derecho a vacaciones anuales y para remunerarlas se tiene en cuenta la reducción (provocada

por la propia IT) del importe de la retribución que percibió durante el período de referencia.

#### **IV. Posición de las partes y del Tribunal de origen**

Como se desprende de lo expuesto, surge el problema porque el trabajador ha percibido una remuneración vacacional acorde con sus devengos durante el periodo de referencia, pero el resultado (por eso mismo) es inferior a la que habría percibido si no hubiera estado en situación de IT por enfermedad.

##### *1. Reclamación del trabajador.*

Disconforme con el importe de su retribución por vacaciones, el funcionario reclama ante el Secretario de Estado de Hacienda. Sostiene que debió haber percibido su retribución íntegra.

##### *2. Criterio de la entidad empleadora*

La Administración empleadora sostiene que la «retribución íntegra» que adorna las vacaciones se refiere a la adeudada durante el período de trabajo anterior a aquel en que se solicitan. Por lo tanto, la incidencia de lo cobrado durante la IT es inevitable.

Al cabo, el demandante en el litigio principal percibió una retribución cuyo importe coincide con el que se le abonó durante el período de referencia. Se hallaba, por tanto, mientras duraron las vacaciones, en una situación económica comparable a la que tenía durante el período de referencia.

##### *3. Posición del Tribunal Nacional.*

El Tribunal nacional parte de que quien disfruta las vacaciones anuales debe percibir su retribución «ordinaria». En el caso, ello aboca a tener en cuenta los ingresos propios del período de referencia, como ha sucedido.

Pero toma en cuenta asimismo que la finalidad del derecho a vacaciones difiere de la del derecho a causar baja por enfermedad y que si bien la Directiva 2003/88 garantiza el derecho a disfrutar de un período de al menos cuatro semanas, incluso en caso de incapacidad laboral al 100 %, no incluye indicación alguna en cuanto al importe de la retribución que se ha de abonar durante esas vacaciones anuales.

A la vista de tales premisas se pregunta si afecta al derecho a vacaciones retribuirlas tomando en cuenta la cuantía abonada durante la IT.

##### *4. Posición del Abogado General.*

El hecho de permitir que un trabajador que ejerce su derecho a vacaciones perciba una retribución mayor o menor en función de si se halla o no en situación de incapacidad laboral cuando ejerce ese derecho supeditaría el valor de dicho derecho al momento en que este se ejerce.

#### **V. Normativa aplicable al caso**

A) Partiendo de que la mejora de la seguridad, de la higiene y de la salud de los trabajadores en el trabajo representa un objetivo que no puede subordinarse a consideraciones de carácter puramente económico y del necesario derecho a disfrutar de períodos de descanso adecuados, el artículo 7 de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo establece lo siguiente:

*1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que todos los trabajadores dispongan de un período de al menos cuatro semanas de vacaciones*

*anuales retribuidas, de conformidad con las condiciones de obtención y concesión establecidas en las legislaciones y/o prácticas nacionales.*

*2. El período mínimo de vacaciones anuales retribuidas no podrá ser sustituido por una compensación financiera, excepto en caso de conclusión de la relación laboral.*

B) La regulación nacional aplicable dispone que en caso de IT por enfermedad, el funcionario tendrá derecho a seguir percibiendo su retribución durante un período de 52 semanas. En caso de que persista la incapacidad, tendrá derecho a seguir percibiendo el 70 % de su retribución<sup>[6]</sup>.

## **VI. Doctrina básica.**

La sentencia comentada, pese a resolver una cuestión de evidente trascendencia práctica, que afecta a un número potencialmente importante de personas, y que finaliza acogiendo el criterio opuesto al sostenido por la Administración empleadora, es tan básica como sólida en su argumentación. Ello es así porque en su mayor parte recuerda lo que constituye ya una doctrina muy consolidada y porque considera que la solución ahora acuñada es mero precipitado de ella. Repasemos, pues, los pilares argumentales sobre los que se asienta esa respuesta.

### *1. Caracteres generales del derecho a vacaciones*

El derecho a vacaciones anuales retribuidas de un período de al menos cuatro semanas constituye un principio particularmente importante del Derecho social de la UE y está acompañado de las garantías expresadas por la Directiva 2003/88. Elementos importantes de su propia ontología son los siguientes:

- Las vacaciones están al servicio de la mejora de la seguridad, de la higiene y de la salud de quienes trabajan.
- Se trata de principio universal pues todas las personas que trabajan deben tener períodos de descanso adecuados.
- Posee una doble finalidad. Permitir el descanso respecto de las tareas laborales. Y disponer de un período de ocio y esparcimiento.
- Normalmente se debe disfrutar de un descanso efectivo, con el fin de mantener la seguridad y salud.
- Solo de forma excepcional, por terminación de la prestación de servicios, será posible transformarlas en su equivalente monetario.
- Por su finalidad, las vacaciones se diferencian de otros tipos de permiso como el de IT (que persigue recuperarse de una enfermedad).
- Se basan en la premisa de haber ejercido anteriormente una actividad que justifique su concesión. Por eso el derecho a vacaciones anuales retribuidas debe determinarse, en principio, en función de los períodos efectivamente trabajados con arreglo al contrato de trabajo.

### *2. Reglas sobre la remuneración vacacional*

Mientras duren las «vacaciones anuales» debe mantenerse la retribución. Quien las disfruta debe percibir la retribución ordinaria por ese período de descanso. El trabajador ha de ser colocado en una situación que, desde el punto de vista del salario, sea comparable a los períodos de trabajo.

La estructura de la retribución ordinaria no puede repercutir en el derecho a disfrutar, durante las vacaciones, de unas condiciones económicas comparables a las relativas al período de actividad laboral.

La percepción de la retribución ordinaria durante el período de vacaciones anuales retribuidas está dirigida a permitir que el trabajador disfrute efectivamente de los días de vacaciones a los que tiene derecho. Si fuera inferior se estaría incitando a no tomarlas.

Cuando la persona que trabaja, en determinadas situaciones ajenas a su voluntad, no puede cumplir sus cometidos, el derecho a vacaciones anuales retribuidas no cabe supeditar al requisito de haber trabajado efectivamente.

### 3. Incidencia de la incapacidad temporal en las vacaciones

Por lo que respecta al derecho a vacaciones anuales retribuidas, quienes se encuentran en situación de IT se asimilan a quienes han trabajado efectivamente durante dicho periodo. Que se produzca una IT por enfermedad resulta, en principio, imprevisible y ajeno a la voluntad del trabajador. Las ausencias por enfermedad deben considerarse ausencias del trabajo «por motivos independientes de la voluntad de la persona interesada» que deben ser «contadas como parte del período de servicios».

El derecho a disfrutar de las vacaciones no puede restringirse alegando que el trabajador no ha podido responder a su obligación de trabajar debido a una enfermedad durante el período de devengo.

### 4. Remuneración vacacional tras periodo de IT

Remunerar las vacaciones atendiendo a los menores ingresos habidos durante el periodo de referencia a causa de una IT equivale, en esencia, a supeditar el derecho a vacaciones anuales retribuidas a la obligación de haber trabajado a tiempo completo durante dicho período.

Aplicar esa solución acaba comportando que se cobraría menos de lo percibido si la persona no hubiera estado en situación de IT por enfermedad durante dicho período.

Atendiendo a la singularidad del caso (IT parcial) se advierte asimismo que el hecho de que la causa de la incapacidad laboral perdure durante el período de las vacaciones no puede repercutir en el derecho a percibir una retribución íntegra durante esas vacaciones.

## VII. Parte dispositiva

Tras haber refundido las tres dudas suscitadas en una única cuestión, el Tribunal de Luxemburgo responde de manera frontal: el Derecho de la Unión Europea (en especial la Directiva 2003/88/CE) sí condiciona cómo debe calcularse la remuneración de las vacaciones disfrutadas tras un periodo de IT. En concreto, *“no se tiene en cuenta la reducción —resultante de la incapacidad laboral— del importe de la retribución que percibió durante el período de trabajo anterior a aquel en que se solicitan las vacaciones anuales”*.

## VIII. Pasajes decisivos

El párrafo 39 de la sentencia, ya en su recta final, contiene dos reflexiones estrechamente conectadas entre sí y que compendian las conclusiones a que accede.

A) Asimilación de periodos de actividad y de IT a efectos vacacionales.

*Dado que el que se produzca una incapacidad laboral por enfermedad resulta, en principio, imprevisible y ajeno a la voluntad del trabajador afectado, se ha de considerar, por lo que respecta al derecho a vacaciones anuales retribuidas, que los trabajadores que se hallan de baja por enfermedad en el período de referencia se asimilan a los que durante dicho período han trabajado efectivamente.*

B) Inocuidad de la menor remuneración percibida durante la IT.

*Por tanto, en tal supuesto, el derecho a vacaciones anuales retribuidas debe determinarse, en principio, en función de los períodos efectivamente trabajados con*

arreglo al contrato de trabajo, sin que se tenga en cuenta el hecho de que el importe de esa retribución se haya reducido como consecuencia de una situación de incapacidad laboral por enfermedad.

## IX. Comentario

### 1. El decálogo comunitario sobre vacaciones

Hace ya tiempo que la jurisprudencia comunitaria viene marcando los contornos básicos de la institución vacacional. Tras la STJUE del caso *Schultz-Hoff* pudo confeccionarse una especie de decálogo a modo de resumen.

1º) El derecho de **todo** trabajador a sus vacaciones constituye un principio de Derecho Social Comunitario especialmente trascendente, sin que sean admisibles excepciones al mismo: *ubi operarius, ibi feria*<sup>[7]</sup>.

2º) La **finalidad** de las vacaciones (propiciar el ocio y el esparcimiento) es bien diversa a la de la IT (permitir la recuperación psicofísica), de modo que ambas instituciones no deben menoscabarse recíprocamente.

3º) Hay que aceptar la posibilidad de que una persona “**de baja**” por IT tenga vacaciones: o se le cambia de situación (aunque siga enferma) o se pospone su descanso anual. No se exige (como en el caso *Paz Merino*, sobre maternidad) que la vacación se posponga, sino que se disfrute en algún momento; cada Estado puede elegir su solución.

4º) Conviene recordar que entre baja por IT y vacaciones (aún estando enfermo) existen **diferencias**: percepciones económicas (cantidad, naturaleza jurídica, sujeto pagador), situación contractual (suspensiva, interruptiva), obligaciones del trabajador (localización, concurrencia a reconocimientos, etc.), contrataciones alternativas (interinidades, eventualidades), cotización, cómputo del período a otros efectos, etc.

5º) Aunque el trabajador esté en IT durante una parte significativa del período de devengo vacacional, o incluso durante su integridad, su derecho a vacaciones no puede perderse.

6º) La decisión de si se fija un período de **prórroga** (inicios del año siguiente) para colocar en él las precedentes vacaciones sin disfrutar no viene exigida por el Derecho Comunitario.

7º) Las **ausencias** al trabajo por IT han de considerarse como período trabajado a efectos del devengo de vacaciones: su duración no puede verse afectada, aunque aquélla se prolongue durante todo el año<sup>[8]</sup>.

8º) Al **extinguirse el contrato** de trabajo se tiene derecho a una compensación económica por las vacaciones no disfrutadas, aunque ello se deba a la existencia de una prolongada incapacidad temporal.

9º) El descanso y la retribución son dos vertientes de un **único derecho**, el de vacaciones, que persigue colocar al trabajador en situación comparable a la que tiene durante los períodos de efectiva actividad laboral.

10º) La **compensación económica** por vacaciones persigue mantener el precedente nivel de ingresos pues el trabajador ha de “percibir la retribución ordinaria”, tanto si las disfruta *in natura* cuanto si se compensan por extinción contractual. Hay que abandonar el inexplicable criterio sobre la soberanía retributiva de los convenios colectivos.

## 2. El actual artículo 38 ET sobre vacaciones y suspensión contractual

En el marco del debate sobre la interacción de las vacaciones con la suspensión del contrato, en especial por IT, vale la pena recordar un inventario cronológico y brevísimo, a modo de brújula para caminantes.

\*STS 3 octubre 2007 (RJ 2008, 606): Cuando la suspensión por IT coincide con período vacacional de toda la empresa, el trabajador no tiene derecho a que se le fije individualmente época distinta de vacaciones ni a reclamar daños y perjuicios subsidiariamente.

\*STJUE de 20 enero 2009, caso Schultz-Hoff: El Derecho Comunitario no determina cómo ha de resolverse la superposición de vacaciones e IT pero el trabajador de baja a quien se le deniega el acceso a las vacaciones ha de poder disfrutar de este derecho.

\*STS 24 junio 2009 (RJ 2009, 4286): hay que aplicar la misma solución que en supuestos de maternidad, por así exigirlo la STJUE de 20 enero 2009.

\*STJUE 10 septiembre 2009, (caso *Vicente Pereda*): el Derecho Comunitario se opone a disposiciones nacionales o convenios colectivos que establezcan que un trabajador que se encuentre en situación de incapacidad temporal durante el período de vacaciones anuales fijado en el calendario de vacaciones de la empresa en la que está contratado no tiene derecho, una vez dado de alta médica, a disfrutar sus vacaciones anuales en un período distinto del fijado inicialmente, en su caso fuera del período de referencia de que se trate.

Siguiendo las coordenadas establecidas por el Tribunal de Luxemburgo<sup>[9]</sup>, el legislador de 2012 revisó el polémico tema de la superposición entre vacaciones y suspensiones contractuales. El art. 38.3 ET prescribe lo siguiente:

- Cuando el período de vacaciones fijado en el calendario de vacaciones de la empresa al que se refiere el párrafo anterior coincida en el tiempo con una incapacidad temporal derivada del embarazo, el parto o la lactancia natural o con el período de suspensión del contrato de trabajo previsto en el artículo 48.4 y 48.bis de esta Ley, se tendrá derecho a disfrutar las vacaciones en fecha distinta a la de la incapacidad temporal o a la del disfrute del permiso que por aplicación de dicho precepto le correspondiera, al finalizar el período de suspensión, aunque haya terminado el año natural a que correspondan.
- En el supuesto de que el período de vacaciones coincida con una incapacidad temporal por contingencias distintas a las señaladas en el párrafo anterior que imposibilite al trabajador disfrutarlas, total o parcialmente, durante el año natural a que corresponden, el trabajador podrá hacerlo una vez finalice su incapacidad y siempre que no hayan transcurrido más de dieciocho meses a partir del final del año en que se hayan originado.

## 3. El caso de *Conley King*

Pese al tiempo transcurrido, la sentencia resolviendo este conocido caso debe considerarse emblemática y retenerse siempre. *Conley King* es un ciudadano inglés, de edad madura, contratado como comisionista por un fabricante de puertas y ventanas. Durante más de doce años (hasta su jubilación) se comporta como autónomo y la empresa rechaza abonarle cantidad alguna por periodos no trabajados. Es decir, en cuanto autónomo, si no desarrolla actividad tampoco puede facturar). Al extinguirse su vinculación, el Sr. King reclama el equivalente a las vacaciones que la mercantil le ha impedido disfrutar como tal descanso remunerado.

**La doctrina de Luxemburgo.-** La STJUE de 29 de noviembre de 2017 (C-214/16), con base en la Directiva 2003/88/CE (tiempo de trabajo) ha sentado varios criterios relevantes: 1º) El trabajador tiene derecho a la compensación económica por las

vacaciones no disfrutadas. 2º) El Derecho de la UE se opone a que el trabajador deba tomar vacaciones antes de saber si tiene derecho a que sean remuneradas. 3º) Cuando el empleador ha impedido el disfrute de vacación remunerada ha de afrontar las consecuencias de ello. 4º) La incertidumbre sobre su remuneración impide que se disfruten verdaderas vacaciones. 5º) En el caso de posposición del descanso por enfermedad es razonable que haya un periodo relativamente inmediato y posterior dentro del cuales deban disfrutarse, pero el caso es diverso cuando el problema surge a causa de la conducta empresarial. 6º) Es indiferente que el trabajador haya presentado solicitudes anuales reclamando su derecho. 7º) Lo contrario avalaría un enriquecimiento sin causa y a favor de la empresa incumplidora.

El Tribunal defiende la relevancia de las vacaciones (auténtico principio de Derecho Social Comunitario) hasta el extremo de prescindir de la prescripción o de su carácter intraanual. La potencia de esta doctrina es incuestionable y la duda sobre qué otras instituciones seguirán ese camino inevitable.

#### *4. Compendio de la jurisprudencia comunitaria sobre remuneración*

En numerosas ocasiones el Tribunal de Luxemburgo se ha ocupado de determinar el modo en que han de remunerarse las vacaciones; en esencia, el resultado es el siguiente:

- Aunque el tenor del *artículo 7 de la Directiva 2003/88* no da ninguna indicación explícita por lo que se refiere a la retribución a la que el trabajador tiene derecho durante sus vacaciones anuales, el Tribunal de Justicia ya ha tenido ocasión de precisar que la expresión «vacaciones anuales retribuidas» que figura en el *artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2003/88* significa que, mientras duren las «vacaciones anuales» en el sentido de esta Directiva, debe mantenerse la retribución y, en otras palabras, que el trabajador debe percibir la retribución ordinaria por dicho período de descanso.
- En efecto, la Directiva 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. La obligación de retribuir las vacaciones tiene como objetivo colocar al trabajador, durante las citadas vacaciones, en una situación que, desde el punto de vista del salario, sea comparable a los períodos de trabajo.
- Sobre el método de cálculo de la retribución, [el TJUE] añade: "en principio la retribución de las vacaciones debe calcularse de manera que corresponda a la retribución normal del trabajador...".
- Ahora bien, 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.
- En el marco de un análisis específico, en el sentido de la jurisprudencia citada, se ha estimado que los inconvenientes intrínsecamente vinculados a la ejecución de las tareas que incumben al trabajador según su contrato de trabajo y compensados por un importe pecuniario incluido en el cálculo de la retribución global del trabajador deben necesariamente formar parte del importe al que tiene derecho el trabajador durante sus vacaciones anuales.
- 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.
- 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.

### *5. Jurisprudencia unificada*

En concordancia con la cuestión examinada, vale la pena recordar algunos criterios por la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, la mayoría de las veces queriendo atenerse a los dictados de los criterios del TJUE.

A) Tienen derecho al disfrute en un periodo posterior al establecido los trabajadores en situación de IT, aun cuando se trate de días adicionales de vacaciones que superan el mínimo legal y cuya fecha de disfrute se fija en Navidad<sup>[10]</sup>. Estos criterios han hallado plasmación en el artículo 38 ET, redactado por la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, precisamente para adecuar la legislación española a esa interpretación del Derecho comunitario.

B) Tiene derecho a disfrutar las vacaciones atrasadas el trabajador que es readmitido tras despido declarado improcedente, puesto que la readmisión produce todos sus efectos, haciendo equivalente el tiempo de tramitación del proceso al de prestación de servicios<sup>[11]</sup>.

C) La retribución de las vacaciones debe incluir el plus de eficiencia personal, por formar parte de la retribución ordinaria o media según el pacto de empresa que lo establece<sup>[12]</sup>. En otras palabras, que este debe percibir la retribución ordinaria durante dicho período de descanso y ocio<sup>[13]</sup>. En los términos de la STS 1065/2017, de 21 de diciembre de 2017 (RJ 2017, 6211), se trata de garantizar la “indemnidad retributiva” durante el período de vacaciones.

D) El cómputo del plazo de la acción para reclamar la compensación económica de las vacaciones no disfrutadas en años sucesivos, como consecuencia de enfermedad o accidente que imposibilita temporalmente para trabajar, se inicia en la fecha de extinción del contrato de trabajo, pues hasta ese momento el trabajador no tiene derecho, en su caso, a sustituir el disfrute efectivo de las vacaciones por una compensación en metálico<sup>[14]</sup>.

### *6. Condicionantes a la negociación colectiva.*

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

## X. Apunte final

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 la finalidad de efectivo descanso que persigue la figura de vacaciones retribuidas. En este sentido, las SSTS 223/2018 y 532/2018 han precisado lo siguiente:

Si la de la retribución vacacional solamente han de excluirse los complementos «ocasionales», es claro que aquellos que aun estando en la «zona de duda», sin embargo resultan habituales en la empresa, en tanto que se corresponden con una actividad ordinaria en ella, como consecuencia de ello han de figurar en el Convenio Colectivo como pluses computables en la paga de vacaciones, pero de todas formas el derecho a su cómputo no puede por ello atribuirse a todos los trabajadores, sino que cada trabajador individualizado solamente tiene derecho a que se le compute su «promedio» en vacaciones respecto de tal plus si lo ha percibido con cierta habitualidad –no cuando ha sido meramente ocasional su devengo–, porque sólo en tal supuesto se trataría de una retribución «ordinaria» –término contrapuesto a «ocasional» o «esporádica»–. Y es aquí precisamente donde –como señalamos constantemente– juega un papel decisivo la negociación colectiva, que bien pudiera determinar la línea divisoria entre la ocasionalidad y la habitualidad, y que a falta de regulación colectiva ha de situarse en el percibo del plus en la mayoría de las mensualidades del año de cuyo disfrute vacacional se trate”.

Esas mismas sentencias fijan un criterio objetivo para dotar de seguridad jurídica a lo que deba entenderse por retribución normal, habitual y ordinaria al establecer que no puede reconocerse un derecho automático al cómputo de un determinado complemento en favor de todo trabajador que en alguna ocasión hubiera percibido el complemento en cuestión, *“sino que tan sólo tiene derecho a percibir su «promedio» quienes hubiesen sido retribuidos habitualmente con él, lo que –a falta de especificación convencional– hemos de entender que sólo tiene lugar cuando se hubiese percibido en seis o más meses de entre los once anteriores”*<sup>[15]</sup>.

Sentado lo anterior, teniendo en cuenta que, en principio la retribución por vacaciones debe calcularse de manera que corresponda a la retribución normal del trabajador, y que “cuando la retribución percibida por el trabajador está compuesta por varios elementos, la determinación de esta retribución ordinaria, y, por tanto, del importe al que dicho trabajador tiene derecho durante sus vacaciones anuales, necesita un análisis específico” (STJUE *Williams y otros –C 2011/588-*), queda por determinar lo procedente para cada caso.

---

## Referencias:

1. ^ *La retribución en función de resultados, como es la percibida por comisiones, no puede considerarse como extraordinaria y ha de computarse a estos efectos (STS 17 diciembre 1996 [RJ 1996, 9717]), porque un complemento remuneratorio no pierde su carácter normal para convertirse en excepcional por el hecho de ser de cuantía variable (STS 30 mayo 2000 [RJ 2000, 5975]).*
2. ^ *STJCE de 20 enero 2009 [TJCE 2009, 7]*
3. ^ *SSTS 30 abril 1996 [RJ 1996, 3627] y 13 febrero 1997 [RJ 1997, 1267]*
4. ^ *STS de 12 junio 2012 (RJ 2012, 8122).*

5. ^ *La figura de la incapacidad temporal en régimen de parcialidad no es querida por el Derecho español; sin embargo, parece evidente que para muchos casos resulta tan lógica como interesante, incluyendo la progresividad en la prestación laboral hasta la recuperación total.*
6. ^ *Añade que tras finalizar el período de 52 semanas mencionado en dicho apartado, el funcionario tendrá derecho a seguir percibiendo su retribución íntegra por el número de horas trabajadas o que hubiera trabajado de habersele ofrecido tal trabajo.*
7. ^ *La duración vacacional está (tácitamente) referida al supuesto de trabajador que permanezca vinculado con la empresa durante todo el año natural, debiendo realizarse los ajustes proporcionales precisos en otro caso. Pero se entiende que socava el contenido esencial del derecho la norma que supedita el nacimiento del derecho a que se haya mantenido una vinculación con el mismo empleador de determinada duración mínima (STJCE 26 junio 2001, Bectu).*
8. ^ *La STJCE de 20 enero 2009 [TJCE 2009, 7] señala que “ningún Estado miembro puede supeditar el derecho a vacaciones anuales retribuidas [...] al requisito de haber trabajado efectivamente durante el período de devengo de las vacaciones anuales establecido en el Estado de que se trate”.*
9. ^ *La STJUE de 22 noviembre 2011, C-214/10, caso KHS, considera acorde al Derecho comunitario la regulación que limitan, en virtud de un período de aplazamiento de quince meses a cuyo término se extingue el derecho a las vacaciones anuales retribuidas, la acumulación de derechos a las vacaciones de un trabajador que se encuentre en situación de incapacidad laboral durante varios períodos consecutivos de devengo de vacaciones.*
10. ^ **STS de 4 julio 2018** (RJ 2018, 3834)(Ponente, Sra. Arastey Sahún).
11. ^ **STS de 27 mayo 2019** (RJ 2019, 2247)(Ponente, Sr. Gullón Rodríguez).
12. ^ **STS de 23 julio 2020** (PROV\2020\343165) (Ponente, Sr. García-Perrote Escartín).
13. ^ **[13]** SSTJUE, Gran Sala, de 6 de noviembre de 2018 (TJCE 2018, 246), C-569/16 y 570/16, y C-684/16; también STJUE, Gran Sala, 6 de noviembre de 2018 (TJCE 2018, 251), C-619/16 y las SSTJUE 22 de mayo de 2014 (TJCE 2014, 191), C-539/12, 12 de junio de 2014 (TJCE 2014, 200), C-118/13, 11 de noviembre de 2015 (TJCE 2015, 444), C-219/14, y 13 de diciembre de 2018 (TJCE 2018, 298), C-385/17).
14. ^ **SSTS de 28 mayo 2013** (RJ 2013, 5351)(Ponente, Sr. Salinas Molina); **20 mayo 2014** (RJ 2014, 3627) y **14 marzo 2019** (RJ 2019, 1648)(Ponente, Sra. Virolés Piñol).
15. ^ *Se descarta, de esta forma, que pueda incluirse en la retribución de vacaciones el promedio de todos los complementos que pudiere haber percibido el trabajador de forma aislada y puramente episódica en un momento determinado de la anualidad, para concluir que tan solo debe computarse el promedio de aquellos que se han devengado al menos durante seis meses en los once anteriores, en tanto que ese período referencial marca la línea divisoria entre lo que puede calificarse razonablemente como habitual en contraposición a lo ocasional.*