

VACACIONES NO DISFRUTADAS EN LA LIQUIDACIÓN FINAL DEL CONTRATO DE TRABAJO: CÁLCULO Y REMUNERACIÓN

Isabel Otxoa Crespo

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad del País Vasco

EXTRACTO

La gestión de las vacaciones anuales retribuidas presenta algunos aspectos particulares en los contratos temporales y a la finalización de los indefinidos. Tanto en el cálculo del periodo pendiente como en su retribución se producen algunas inconsistencias en la aplicación de la normativa. En algunos casos se derivan de la oscuridad en la norma, en otros, de inercias muy generalizadas en la actuación de quienes gestionan salarios y cotización a la Seguridad Social. El principio de la obligatoriedad del disfrute de las vacaciones dentro del año natural en el que se generaron necesita adaptarse a la situación especial de los trabajadores temporales en contratos inferiores al año civil. Por otra parte, en la remuneración de las vacaciones no disfrutadas al terminar el contrato de trabajo es frecuente la utilización de una fórmula discriminatoria de los trabajadores que cesan respecto a los que se mantienen en la empresa.

Palabras clave: cálculo del periodo de vacaciones, remuneración de vacaciones y liquidación final de vacaciones.

Fecha de entrada: 20-12-2016 / Fecha de revisión: 03-02-2017 / Fecha de aceptación: 03-02-2017

PENDING VACATION SETTLEMENT AT THE END OF THE CONTRACT: ESTIMATION AND RETRIBUTION

Isabel Otxoa Crespo

ABSTRACT

The management of the paid yearly vacation presents some particular aspects in temporary contracts and at the end of those indefinite. Both in the calculation of the pending period as in its remuneration, some inconsistencies arise in the application of the regulations. In some cases they are derived from darkness in the very norm, in others they are due to generalized inertia in the performance of those who manage salaries and Social security contributions. The principle of the obligation of the enjoyment of the holidays within the calendar year in which they were generated, needs to adjust to the special situation of temporary workers contracted for less than a year. Moreover, in the remuneration of still not enjoyed vacation at the end the contract, a discriminatory formula for workers that cease as opposed to those who continue in the company is frequent used.

Keywords: vacation period calculation, retribution of vacations and vacations' final settlement.

Sumario

1. Introducción. Temporalidad y derecho a vacaciones, algunas cuestiones no atendidas
2. El cálculo de los días de vacaciones pendientes al final del contrato
3. La remuneración de las vacaciones a la luz de la última jurisprudencia
4. El abono de las pagas extras durante las vacaciones
 - 4.1. Naturaleza jurídica de las pagas extras
 - 4.2. El abono de las pagas extras en las vacaciones pendientes de disfrute al final del contrato
5. La intraanualidad del derecho al disfrute de las vacaciones

1. INTRODUCCIÓN. TEMPORALIDAD Y DERECHO A VACACIONES, ALGUNAS CUESTIONES NO ATENDIDAS

Cuestiones que han ocupado el primer plano del debate jurídico sobre las vacaciones, tales como los conceptos que deben integrar su remuneración o el ya resuelto sobre la posibilidad de disfrutarlas después de ciertos periodos de suspensión del contrato de trabajo, se refieren *de facto* a problemáticas propias de los trabajadores estables.

En un mercado laboral en el que ya hace tiempo el empleo nuevo es mayoritariamente de carácter temporal, el ejercicio efectivo y pleno del derecho a las vacaciones anuales remuneradas del [artículo 38 del ET](#) no llega a realizarse en varios aspectos.

El primero de ellos es el disfrute proporcional del periodo en función del tiempo trabajado. Paradójicamente, fue la [Ley 45/2002 de 12 de diciembre](#), la que, en su objetivo de ahorrar gasto en la prestación de desempleo, tendió a igualar la situación entre personal fijo y temporal respecto al tratamiento de las vacaciones. A partir de la norma, el artículo 209.3 de la [LGSS](#) dispuso que la prestación de desempleo comenzaba al término del periodo de las vacaciones no disfrutadas al final del contrato y el artículo 210.4 estableció que la empresa debía cotizar por dicho periodo. Hasta entonces, quienes tenían vacaciones pendientes recibían una compensación económica en la liquidación final, en la que lo relevante era la cantidad económica y los días a que se refería no tenían ninguna trascendencia. El periodo de cotización acreditado en la vida laboral terminaba en la fecha de terminación del contrato, de tal manera que el trabajador temporal veía reducidos los periodos de cotización en relación con los trabajadores que permanecían en la empresa, incluso aunque estos últimos tuviesen pendientes la misma cantidad de días de vacaciones. La reforma tuvo ese aspecto positivo, teniendo en cuenta la enorme cantidad de personas que, al entrar y salir del empleo de manera intermitente, perdían periodos de cotización no desdeñables.

Pero la nueva regulación, en la que los días sí comenzaron a tener importancia, no descendió al detalle de la manera de cálculo de las vacaciones devengadas cuando la relación sale del estándar del trabajo estable, tanto por el momento de ingreso como el de salida de la empresa.

En segundo lugar, el debate jurídico sobre los componentes de la retribución del periodo vacacional deja de lado un aspecto de la problemática del abono de las vacaciones, que afecta masivamente al personal temporal, ya que solo se produce al abonar la compensación de las pendientes al final del contrato. La atención se viene centrando en los conceptos salariales variables, pasado por alto el incumplimiento generalizado de la obligación de abono de una parte de la retribución fija: la parte proporcional de las pagas extraordinarias correspondientes al periodo. No

hay duda de que la cuantía que el trabajador deja de percibir en la liquidación con frecuencia será más alta que algunos pluses que eran el objeto de litigio en conocidas resoluciones judiciales.

Finalmente, el principio de la pérdida de las vacaciones no disfrutadas en el año natural al que corresponden, y la prohibición de su compensación económica, no tienen razón de ser en relaciones laborales inferiores al año civil. La compulsión al ejercicio de las vacaciones anuales en los términos vigentes, con su consecuencia en términos de pérdida de derechos, está fundada en la protección de la seguridad y salud laborales, pero deja de tener sentido en las relaciones inferiores al año completo, por más que traspasen las fronteras del año natural.

2. EL CÁLCULO DE LOS DÍAS DE VACACIONES PENDIENTES AL FINAL DEL CONTRATO

El [artículo 38 del ET](#) establece un periodo mínimo de 30 días naturales de vacaciones anuales retribuidas. En el supuesto de terminación del contrato de trabajo con vacaciones pendientes de disfrute, se abonan en la liquidación final. Es el único caso en el que cabe su compensación económica de acuerdo con el artículo 7.2 de la [Directiva 2003/88/CE del Consejo, de 4 de noviembre de 2003](#), de ordenación del tiempo de trabajo.

Según el artículo 4.1 del [Convenio núm. 132 de la OIT](#), «toda persona cuyo periodo de servicios en cualquier año sea inferior al requerido para tener derecho al total de vacaciones prescrito, tendrá derecho respecto de ese año a vacaciones pagadas proporcionales a la duración de sus servicios en dicho año».

El cálculo de las vacaciones pendientes presenta una primera cuestión, que es la del redondeo de las fracciones que resultan del cálculo de la parte proporcional que corresponde cuando no ha completado el ciclo laboral que genera el derecho a su disfrute completo. El definir exactamente cuántos días de vacaciones son los pendientes tiene consecuencias en materia de Seguridad Social a partir de la reforma de la prestación por desempleo, por el [Real Decreto-Ley 5/2002, de 24 de mayo](#), que pospone la situación legal de desempleo y el nacimiento del derecho a la prestación al transcurso del periodo de vacaciones anuales retribuidas y no disfrutadas al final del contrato. Tiene relación también con la posterior reforma del artículo 109 (hoy 147) de la [LGSS por Ley 53/2002](#), que estableció la obligación de cotizar por las percepciones correspondientes a las vacaciones pendientes, mediante una liquidación complementaria que comprende los días de duración de las mismas.

La TGSS señala en su Circular de 3 de febrero de 2012 sobre Cotización (en el apdo. 1.14), que «si el periodo de vacaciones se extiende a fracción de día, dicha fracción se cotizará como día completo». La Circular no tiene valor normativo alguno y en todo caso hace referencia a la cotización de los salarios que se corresponden con las fracciones y no al cómputo y remuneración de los días de vacaciones pendientes.

A falta de cualquier regulación, la cantidad de días que la empresa señala como pendiente de disfrute y cotización en el certificado para el SEPE suele hacerse depender en la práctica de la fracción de día que resulte de la regla de tres: se realiza un redondeo hacia arriba o hacia abajo según la fracción alcance o no el 50 %.

No es habitual que las empresas se atengan al resultado exacto de la operación, pero en un supuesto en el que sí se hizo, incluyendo en el certificado para el SEPE unas vacaciones pendientes de 21,50 días, el asunto llegó a los tribunales, pronunciándose la sala por la imposibilidad de asignar como vacaciones pendientes una fracción de día¹. La afirmación del tribunal no se acompaña de fundamento normativo alguno. Es que con independencia de que el derecho a vacaciones del ET se exprese en días completos, no hay hoy ningún obstáculo legal para que, en el caso de su cálculo proporcional, tal derecho alcance una fracción de día.

La posibilidad del redondeo hacia abajo fue objeto de conflicto colectivo planteado por el personal laboral de la enseñanza pública balear, que tenía reconocido en convenio el disfrute de 22 días laborables o 30 días naturales de vacaciones por cada año completo de servicio. El TSJ de Baleares, en sentencia de 29 de abril de 2014 (ROJ 423), declara contrario a derecho dejar en 18 días lo que por cálculo matemático daba un resultado de 18,3. En su fundamento jurídico segundo, tras constatar la falta de norma aplicable legal o pactada sobre el redondeo, declara que este debe hacerse al número superior y no al inferior dado que «el derecho a disfrutar 22 días de vacaciones o su proporción al tiempo trabajado es derecho necesario mínimo, que no puede reducirse siquiera en una fracción de día, que es lo que acontecería en caso de redondearse los 18,3 días a 18 y no a 19».

Según una fórmula muy habitual de cálculo de los días pendientes, si a 365 días le corresponden 30, a los días transcurridos desde el 1 de enero al 31 de diciembre les corresponderá la parte proporcional. Otra fórmula frecuente es el atribuir 2,5 días por cada mes de trabajo en el año natural. Tanto una como otra son incorrectas, al no resultar de ellas un cálculo ajustado al derecho al disfrute de 30 días dentro de la anualidad.

La primera, si a 365 días de trabajo corresponden 30 de vacaciones, significaría que es preciso trabajar un año completo para tener después derecho a los 30 días. Los 2,5 días por mes trabajado contienen el mismo error: 30 es el resultado de multiplicar esos días por 12 mensualidades, lo que deja en ambos casos el periodo de disfrute fuera del que se ha utilizado para establecer la proporción.

¹ La STSJ de Aragón de 27 de octubre de 2004, ROJ 2748, FJ 1.º, sobre el certificado de empresa «lo que consta es que se consignó en él que las vacaciones no disfrutadas eran 21,50 (días) [...] tampoco es admisible la fracción de día vacacional, pero sean 24, 22 o 21 los días, la cuestión no queda alterada». Aunque se trató de una afirmación sin incidencia en el contenido del fallo, en el que el asunto a debate no era la cantidad de días a reconocer.

La doctrina científica ha planteado lo erróneo de tal relación², pero en vía jurisdiccional casi nunca³ se plantean demandas cuyo objeto sea discutir la fórmula. Cuando en reclamaciones de cantidad el cálculo se plantea correctamente, la doctrina judicial aplica sin objeciones la proporción de un mes por 11 meses o, en su caso, 335 días y 30 de vacaciones⁴.

Pero en sentencias en cuyos hechos probados salta a la vista el error en el cálculo según el cual la referencia de las vacaciones íntegras serían los 365 días de trabajo, normalmente ninguna de las partes impugna la forma de cálculo⁵ y el tribunal se abstiene de entrar en la materia. Excepcionalmente se ha llegado a apuntar el error, sin rectificarlo al no haber sido objeto de reclamación de la parte interesada⁶.

En algunos casos, el tribunal llega a pronunciarse en los fundamentos de derecho expresamente por la fórmula que aplica la relación de proporcionalidad de 365 días trabajados para las vacaciones completas⁷.

Hay convenios colectivos que pactan la fórmula de cálculo de la duración de las vacaciones pendientes a la terminación del contrato, precisamente para corregir y ajustar la que suele ser ha-

² Entre otros, A. V. SEMPERE NAVARRO señalaba ya el error de hacer la correspondencia entre 365 días de trabajo y 30 de vacaciones en «Régimen jurídico de las vacaciones periódicas retribuidas», *RPS*, 1981, núm. 133, pág. 166; ALARCÓN CARACUEL, M. R.: «Contenido del contrato de trabajo», *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Comares, 1998, pág. 472; ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M. E.: *Derecho del Trabajo*, 18.ª ed., págs. 290-291; GARCÍA NINET, J. I.: «Las vacaciones no disfrutadas por extinción de contrato de interinidad, pero pagadas, como situación asimilada al alta a efectos de reconocimiento posterior de Incapacidad Temporal por Accidente Común», *AS*, paraf. 175/2004, pág. 2.

³ La STSJ de Madrid de 7 de octubre de 2015, ROJ 11358, en proceso acumulado de despido y reclamación de cantidades en el que uno de los motivos de debate era la fórmula de liquidación de las vacaciones, se pronuncia en el FJ 2.º por el cálculo de un mes de vacaciones por 11 meses de trabajo.

⁴ SSTSJ de Galicia de 15 de febrero de 2001, ROJ 1222; de Andalucía, de 27 de marzo de 2001, rec. núm. 3264/2000, y del País Vasco de 27 de noviembre de 2001, rec. núm. 1497/2001 y de 5 de octubre de 1999, rec. núm. 1589/1999.

⁵ En la STSJ de Andalucía, de 18 de febrero de 2016, ROJ 1147, en el segundo de los hechos probados aparece el cálculo de una liquidación en la que el salario mensual son 547,50 euros, y como la relación laboral termina el 1 de diciembre, el cálculo de las vacaciones se realiza así: «devengado: (30 días × 18,25 euros diarios = 547,50 euros)/365 días del año × 335 días de vigencia de la relación = 502,50 euros [...]». Con lo cual, el mero hecho de la extinción del contrato reduce el periodo reconocido, que en otro caso hubiese sido de 30 días. El mismo criterio de cálculo aparece en las SSTSJ de Madrid, de 24 de junio de 2013, ROJ 9849; de Andalucía, de 9 de febrero de 2016, ROJ 1207; y de Cataluña de 4 de febrero de 2016, ROJ 783.

⁶ STSJ de Castilla y León/Burgos, de 14 de septiembre de 1998, ROJ 3827. El cálculo no se rectifica, aunque de acuerdo con el FJ 2.º, «conforme a esta regla de cálculo sería necesario un trabajo efectivo los 365 días del año para percibir la retribución anual del convenio; lo que sería incompatible con las vacaciones anuales retribuidas, si bien, conforme al principio de rogación y de acuerdo con el concreto *petitum* del recurrente».

⁷ SSTSJ de la Comunidad Valenciana de 28 de octubre de 2008, ROJ 6690, FJ 1.º, y de Andalucía de 3 de septiembre de 2001, ROJ 11646, FJ 6.º.

bitual, y establecen la proporción de 30 días de vacaciones por 335 días de trabajo⁸, pero la mayoría de los convenios omite el tema.

En los manuales y páginas web sobre confección de nóminas, al realizar supuestos en los que calculan vacaciones pendientes al final del contrato, siguen sin excepción conocida la correspondencia de 30 días por el año natural completo o, en su caso, 2,5 días por mes trabajado⁹. No es caso aparte el Manual Práctico de Cotización editado por la TGSS, que durante años mantuvo un ejemplo en el que seis meses de trabajo daban derecho a 15 días de vacaciones¹⁰. A partir del año 2013, la Guía Cotiza no incorpora casos prácticos.

La fórmula de cálculo que se defiende no parece discutible en manera alguna. La **STJUE de 11 de noviembre de 2015 (C-219/14), caso Greenfield**, declara contraria a la **Directiva 2003/88/CE**, de ordenación del tiempo de trabajo, la utilización de un criterio de cálculo distinto para el cómputo de la indemnización compensatoria de las vacaciones pendientes a la extinción del contrato y para determinar los días a disfrutar en el supuesto de mantenerse la relación laboral¹¹. En nuestro caso, el criterio diferente no aparece regulado y ni siquiera se plantea de manera explícita como

⁸ El artículo 14 del Convenio Colectivo de Ayuda a domicilio de Bizkaia (BOB de 20 de mayo de 2014) dispone: «En el caso de finalización del contrato, a los efectos de liquidación de vacaciones se establece que la fórmula de pago sea:

$$\begin{aligned} & (\text{Días cotizados en el año}-\text{días de vacaciones disfrutados}) \times 30/335 = \\ & = \text{días liquidables}-\text{días de vacaciones disfrutados}. \end{aligned}$$

Establece la misma fórmula de cálculo el artículo 21 del Convenio colectivo de la construcción de Bizkaia (BOB de 28 de enero de 2013); el artículo 12 del Convenio Colectivo de las empresas de piedra y mármol de Bizkaia (BOB de 7 de abril de 2016); el artículo 21 del Convenio Colectivo de los centros de la tercera edad de Bizkaia (BOB de 13 de junio de 2014); el artículo 13 del Convenio Colectivo de la empresa industria textil, de Bergara (expresa la proporción en meses, 11 de trabajo, 1 de vacaciones) (BOG de 26 de noviembre de 1997); el artículo 11 del Convenio Colectivo de Cromoduro Plásticos (BOB de 3 de diciembre de 2004); el artículo 9 del Convenio colectivo para el personal de la flota de Contenemar (BOE de 31 de enero de 1994).

⁹ *Formularios y supuestos prácticos de Seguridad Social*, CISS, 2014, págs. 185-192; FERRER LÓPEZ, M. A.: *Cómo confeccionar nóminas y seguros sociales*, 2014, Deusto, págs. 386 y 401; BENAVIDES VICO, A.: *La gestión especializada de nóminas y seguros sociales*, Lex Nova, 2014, págs. 559-560; ÁLVAREZ CORTÉS y otros: *Supuestos básicos de Seguridad Social*, Tecnos, 1998, pág. 96; SANTOS COELLO, R.: «Extinción del contrato de trabajo», *Derecho Laboral, Casos prácticos*, CEF, 2000, pág. 641.

Algunas de las páginas web: www.calculoindemnización.com (acceso 2 de noviembre de 2016); http://www.finiquito.es/calcular_finiquito_despido.html (acceso 2 de noviembre de 2016).

¹⁰ Manuales consultados de los años 2003, 2007, 2008, 2009, 2010, y Guía Cotiza 2012.

¹¹ Resuelve el tribunal que «[...] y artículo 7 de la Directiva 2003/88/CE deben interpretarse en el sentido de que el cálculo de los días de vacaciones anuales retribuidas a los que el trabajador tiene derecho debe efectuarse de acuerdo con los mismos principios tanto si se trata de determinar la indemnización compensatoria por vacaciones anuales retribuidas devengadas y no disfrutadas, en el caso de que se extinga la relación laboral, como de determinar el resultado de los días de vacaciones anuales retribuidas a los que el trabajador tiene derecho, en caso de mantenerse la relación laboral».

un trato especial, se trata de un uso *contra lege* que no se impugna por el contexto desfavorable en el que se produce. Por una parte, afecta principalmente al personal temporal, que tras cada cese quedará a la expectativa de recibir una nueva oferta de trabajo. Por otra parte, se recibe junto a la liquidación de otros conceptos de mayor cuantía, lo que minimiza la importancia de la reducción del periodo reconocido.

En un mercado laboral en el que la contratación por días, semanas y meses es masiva, la seguridad jurídica exigiría la determinación legal de la manera de cálculo del devengo de los periodos de vacaciones cuando no deban disfrutarse íntegramente. La incorrección de la fórmula que incluye el periodo a disfrutar dentro del periodo que genera el derecho (los 365 días de trabajo que generarían 30 descansos), ha demostrado estar tan generalizada que, aunque desde el punto de vista matemático el asunto esté claro, exige una intervención normativa. También debería fijarse cómo tratar los periodos de vacaciones que dan como resultado una fracción de día al realizar el cálculo de la proporción respecto a las vacaciones completas.

3. LA REMUNERACIÓN DE LAS VACACIONES A LA LUZ DE LA ÚLTIMA JURISPRUDENCIA

A partir de las SSTs núms. 496 y 497, de 8 de junio de 2016, ambas del Pleno de la Sala de lo Social, resolviendo conflictos colectivos planteados contra la Asociación de Contact Center Española (ACE) y Telefónica Móviles España, SAU, respectivamente¹², se modificó la jurisprudencia sobre remuneración de las vacaciones. El núcleo del debate en ambos casos había residido en los conceptos que deben integrar su remuneración, en relación con el mandato del artículo 7.1 del [Convenio 132 de la OIT](#), que ordena abonar las vacaciones al menos de acuerdo con la remuneración normal o media de quien las disfruta. En respuesta a la cuestión de si un convenio colectivo puede válidamente limitar los conceptos a abonar en las vacaciones, el Pleno del Tribunal Supremo en la [Sentencia de 8 de junio de 2016](#) (ROJ 2728) anuncia en su fundamento jurídico 13.º una rectificación del criterio hasta entonces vigente. Hasta la fecha, la remuneración de las vacaciones estaba sujeta a la negociación colectiva, con el único límite de los mínimos indisponibles de Derecho necesario¹³, por lo que era posible acordar la supresión de algunos conceptos salariales en la remuneración de las vacaciones, que en la práctica solían referirse a complementos variables.

La rectificación de la doctrina jurisprudencial¹⁴ estriba en que declara como indisponible mediante la negociación colectiva el abono de la cuantía de la remuneración normal o media,

¹² Reitera doctrina la STS de 29 de septiembre de 2016, ROJ 4400.

¹³ Por todas, la [STS de 13 de julio de 2012](#) (rec. núm. 158/2011), afirma la posibilidad de exclusión por convenio colectivo de conceptos salariales ordinarios y habituales.

¹⁴ Sobre la novedad del giro jurisprudencial, GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J. R.: «Retribución de las vacaciones y Tribunal Supremo: el fin del camino», *Revista de Información Laboral* 7/2016, BIB 2016/4159.

concepto que no puede distorsionarse hasta resultar irreconocible. Aun así, el Tribunal Supremo señala que tanto el artículo 7.1 del [Convenio 132 de la OIT](#) como la doctrina del TJUE sobre la [Directiva 2003/88/CE](#) prevén la intervención de la negociación colectiva en la fijación de la cuantía de la remuneración, al señalar el primero que la remuneración normal o media se calculará en la forma que determine en cada país la autoridad competente o el organismo apropiado, y al remitir la segunda a las legislaciones o prácticas nacionales en cuanto a las condiciones de concesión del periodo garantizado de vacaciones.

Distingue los conceptos sobre cuya inclusión no debe dudarse, lo que denomina zona de certeza, y los que estarían en la zona de duda. Los ciertos serían, en su faceta positiva, el salario base y los complementos personales (antigüedad, titulación, idiomas, etc.) y de puesto de trabajo (toxicidad, penosidad, peligrosidad, etc.), y en su faceta negativa lo que llama conceptos retributivos extraordinarios, como los *bonus*, determinados incentivos y las horas extraordinarias. La exclusión de estos complementos se predica sin perjuicio de singulares circunstancias por las que deban integrar el salario ordinario. Llama la atención que no se integren en la zona de certeza los complementos por cantidad de trabajo, los incentivos de producción, comisiones por ventas, etc. que las propias resoluciones del Tribunal Supremo declaran como salario ordinario.

En el área de la zona de duda estarían los complementos atribuibles al concreto trabajo realizado, cuya inclusión dependería de la habitualidad en su percepción, y los ejemplifica con una esporádica nocturnidad, aislada turnicidad, o las horas extras, pero dotadas de cierta reiteración. Es en esa área en la que el tribunal deja espacio a lo que califica como un comprensible margen de discrecionalidad¹⁵ a la negociación colectiva.

Al mencionar la posible inclusión de las horas extraordinarias, si bien las realizadas con cierta reiteración, el tribunal está dando un paso más allá en la interpretación que hasta la fecha venían realizando los tribunales sobre el concepto remuneración normal o media en vacaciones. Para el supuesto de que la negociación colectiva no hubiese establecido otra cosa, y dado que ni el Convenio 132 ni la legislación interna contenían ninguna disposición que concretase el término, los tribunales venían asimilando remuneración normal a remuneración en jornada ordinaria, y excluían del promedio el salario correspondiente a las horas extras.

El ejemplo paradigmático de esta posición han sido las numerosas sentencias del Tribunal Supremo denegando la inclusión en la paga de vacaciones del importe de las «horas de Toma y Deje» del personal de Renfe¹⁶. El propio convenio colectivo no las incluía –aunque tampoco

¹⁵ En el FJ 13.º 2 de la [STS de 8 de junio de 2016](#), ROJ 2728. Crítica por inadecuado el uso del término discrecionalidad y, de manera más amplia, la ambigüedad del contenido de la resolución, MOLINA NAVARRETE, C.: «[Verano y salario variable: El Tribunal Supremo alienta las vacaciones ¿o no tanto?](#)», *RTSS.CEF*, 2016, núm. 400, págs. 5-14.

¹⁶ [SSTS de 16 de diciembre de 2005](#), ROJ 7935; [29 de diciembre de 2005](#), ROJ 7975; [14 de marzo de 2006](#), ROJ 1999, y [25 de abril de 2006](#), ROJ 3092.

las excluía expresamente—, lo que según la doctrina vigente hubiese sido suficiente para dar por bueno el que no se tuviesen en cuenta¹⁷, pero los pronunciamientos entran también en el carácter del complemento salarial en disputa, denegando que constituya salario normal.

Las horas, previstas en el Convenio Colectivo de Renfe en número diferente para cada grupo profesional, formaban parte de los requerimientos del puesto de trabajo y respondían a la necesidad de anticipar o retrasar la salida tras la jornada normal en determinados puestos, con el fin de coordinar con quienes los dejaban o se incorporaban a los mismos. La Audiencia Nacional, en sentencia reciente, recogiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo en resoluciones sobre el complemento en la misma empresa, vuelve a denegar su inclusión en las vacaciones porque la retribución¹⁸ «no se corresponde con la jornada normal, sino que atiende a un exceso en la duración de esta y, por ello, no puede reputarse jornada ordinaria que es la que conforme al artículo siete del Convenio 132 de la OIT ha de tenerse en cuenta para la retribución de las vacaciones».

Pero el artículo 7.1 del [Convenio 132](#), al disponer lo que debe percibirse en vacaciones, utiliza exactamente la expresión «remuneración normal o media», es decir, lo normal es la remuneración y no la jornada. El tránsito de la remuneración normal a la jornada normal y luego a la jornada ordinaria es obra de la doctrina que, a mi entender, no ha fundamentado suficientemente la exclusión de las percepciones correspondientes a las horas que exceden la jornada ordinaria, con más razón cuando sean habituales y formen parte de la remuneración normal.

El módulo para el cálculo del salario de la indemnización de despido incluye las cantidades devengadas por horas extraordinarias, cuando las mismas se realicen de manera habitual¹⁹. La razón de ser del criterio es compensar la real pérdida de ingresos derivada del despido, eliminando una distinción sin fundamento sobre el origen de los devengos salariales. Esto mismo sería aplicable a la remuneración de las vacaciones, dado que el objetivo del artículo 7.1 del [Convenio 132](#) al prescribir el abono de la remuneración normal o media no es el que se entregue al trabajador una cantidad suficiente para que pueda disfrutar de sus vacaciones, sino una cantidad tal que no desincentive el descanso al suponerle una pérdida económica.

Partiendo del principio del abono en vacaciones de la remuneración media en jornada normal, los tribunales han tenido que pronunciarse sobre la integración de conceptos variables que se reciben de manera habitual, lo que no ha presentado especial problema teórico. Los conceptos variables que forman parte de la remuneración habitual entran en el cómputo, de acuerdo a la doctrina comunitaria, según la cual «los inconvenientes intrínsecamente vinculados a la eje-

¹⁷ STS de 26 de enero de 2007, ROJ 748, entre otras muchas, y cita anteriores.

¹⁸ FJ 11.º de la SAN de 10 de noviembre de 2015, ROJ 3931.

¹⁹ VV. AA.: *Memento Práctico Social Francis Lefebvre*, 2015, paráf. 2045. Cita las SSTSJ de Andalucía/Málaga de 8 de mayo de 2014, y de Galicia de 9 de mayo de 2013 y 9 de marzo de 2007. Además, de Cataluña de 15 de marzo de 2011, ROJ 2740, que cita otras.

cución de las tareas que incumben al trabajador según su contrato de trabajo y compensados por un importe pecuniario» deben formar parte del salario de las vacaciones²⁰.

Pero según la doctrina hasta ahora vigente, también deben incluirse en el promedio los devengos que se reciben puntualmente, lo que se ha denominado remuneraciones extraordinarias del trabajo realizado en jornada normal. Para excluir un concepto de la retribución de las vacaciones no basta que sea debido a una circunstancia no habitual en el trabajo realizado, sino que es preciso que el trabajo mismo que se remunera sea también extraordinario²¹. Con base en reiterada jurisprudencia, la [STSJ del País Vasco de 10 de mayo de 2016](#), ROJ 1201, se pronuncia afirmativamente sobre la inclusión en vacaciones de conceptos claramente no habituales si bien devengados en jornada ordinaria.

En ese sentido, la [Sentencia de 8 de junio de 2016](#) del Tribunal Supremo no avanza en lo que debiera considerarse una fórmula de cálculo de la remuneración de las vacaciones (salarios suficientemente representativos del salario medio o normal), sino que con cierta novedad sitúa en lo que llama zona de duda conceptos no habituales dentro de la jornada normal y deja en manos de los tribunales el examen casuístico de cada supuesto, lo que no aporta seguridad jurídica²².

En el caso concreto analizado en la [STS de 8 de junio de 2016](#), ROJ 2728, la cuantía de un *bonus* de devengo anual queda excluido (FJ 14.º) por dos motivos. El primero, que al ser de devengo anual ya retribuía de por sí las vacaciones. Efectivamente, su valoración para abonarlo en vacaciones hubiera constituido reiteración del mismo. Pero el segundo de los motivos resulta dudoso: su carácter variable y subordinado a resultados personales y objetivos de la empresa. En todo caso, la [STS de 8 de junio de 2016](#), ROJ 2714, también del Pleno, declara que las comisiones o incentivos variables, que se abonaban en función del desempeño realizado, forman parte de la remuneración ordinaria (FJ 4.º).

En conclusión, el giro jurisprudencial abre una puerta al cálculo de la remuneración de las vacaciones tomando en cuenta todos los conceptos salariales devengados con cierta habitualidad durante la jornada ordinaria y también fuera de ella; esto último constituye una novedad. Y podría dar cobertura a un paso atrás al cuestionar el cómputo para las vacaciones de los complementos salariales que se perciben puntualmente dentro de la jornada ordinaria.

²⁰ [STJUE de 15 de septiembre de 2011, asunto C-155/10](#). TAPIA HERMIDA, A.: «"Efecto vacaciones". La retribución de las vacaciones anuales cuando la totalidad o parte del salario es a comisión. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de mayo de 2014, asunto C-539/12», *RTSS.CEF*, núm. 379, 2014, págs. 228-233.

²¹ SSTs de 21 de octubre de 1994, ROJ 6759 y ROJ 6773; 26 de julio de 2010, 30 de noviembre de 2015, ROJ 5590 y ROJ 4798; 30 de junio de 2016, ROJ 3244; 9 de septiembre de 2016, ROJ 3244, y 15 de septiembre de 2016, ROJ 4366.

²² GONZÁLEZ GONZÁLEZ, C.: «Retribución de las vacaciones y eficacia directa horizontal del derecho de la Unión Europea», *Aranzadi Doctrinal*, 8/16, BIB 2016\4787, pág. 13.

4. EL ABONO DE LAS PAGAS EXTRAS DURANTE LAS VACACIONES

4.1. NATURALEZA JURÍDICA DE LAS PAGAS EXTRAS

Durante los periodos de trabajo efectivo se generan las pagas extras, y también durante los periodos de descanso remunerado. El disfrute del descanso semanal y los permisos retribuidos del [artículo 37 del ET](#) no tienen ninguna incidencia en la percepción de las pagas; tampoco lo tiene, y es algo indiscutido, el disfrute de las vacaciones mientras la relación laboral está viva.

Como se ha señalado²³, las pagas extras no son gratificaciones sino salario adeudado, y tampoco son extraordinarias teniendo en cuenta que su percepción no es excepcional. En la versión original del [artículo 26 del ET](#), el salario se definía como la contraprestación del trabajo efectivo y de los periodos de descanso computables como de trabajo, sin disposición alguna sobre su estructura. La cuestión venía regulada en el [Decreto de ordenación salarial de 1973](#), que incluía las pagas extraordinarias, calificándolas como un complemento salarial.

Las pagas extraordinarias obligatorias nacen en el periodo de la posguerra española, respondiendo a la necesidad de un incremento generalizado de los salarios. En primer lugar se establece la de Navidad, y poco después la de julio, ambas de una semana de salario²⁴. Tiene interés reseñar que la Orden de 6 de diciembre de 1945, sobre la paga de Navidad, establecía la obligación de la empresa de pagar la parte proporcional de la paga a quienes llevasen prestando servicios menos de un año y que el cálculo debía realizarse prorrateando su importe de acuerdo con el tiempo trabajado, computando completa la fracción de semana o mes, dependiendo del sistema de abono del salario. Para quienes abandonasen la empresa, se establecía el derecho a cobrar la parte proporcional de la paga en la fecha del cese.

La institución de las pagas extraordinarias se mantiene con posterioridad. El [Decreto 2380/1973, de 17 de agosto](#), sobre ordenación de salario, en su artículo 4 establecía su estructura distinguiendo salario base y sus complementos. Dentro de estos, que estaban regulados en el artículo 5, se incluían, entre otros conceptos, las pagas extraordinarias. Los complementos, clasificados en epígrafes de la A) a la F) como personales, de puesto de trabajo, por calidad y cantidad de trabajo, de vencimiento periódico superior al mes, en especie y de residencia, contenían una lista abierta de pluses a integrar en cada epígrafe. Todos tenían alguna nota que los asociaba a

²³ SEMPERE NAVARRO, A. V.: «El marco jurídico de las "pagas extras"», *AS*, vol. V, 1998, pág. 3.

²⁴ Orden de 19 de diciembre de 1944, disponiendo el abono de una gratificación extraordinaria en las actividades no reglamentadas, equivalente a una semana de salario, a abonar el día 23 de diciembre; Orden de 6 de diciembre de 1945, ordenando extender la paga a todas las actividades, de manera indefinida. La Orden de 15 de julio de 1947 establece la gratificación de 18 de julio, que debía abonarse el día laborable anterior, en la misma cuantía y condiciones de la de Navidad.

una determinada circunstancia: condiciones personales del trabajador, características del puesto o la forma de realizar el trabajo, cantidad o calidad del mismo, lugar de residencia vinculado al empleo, o carácter de la retribución, en el caso del salario en especie.

La excepción era el apartado D), que hablaba –sin justificar su existencia en ninguna circunstancia particular– de complementos de vencimiento periódico superior al mes, mencionando como tales las gratificaciones extraordinarias o la participación en beneficios. La participación en beneficios, aun cuando en su origen era una paga vinculada a los resultados de la empresa, fue convirtiéndose en lo que hoy es: otra paga más de cantidad fija²⁵, que en ocasiones, y probablemente como rastro de su origen, tiene una cuantía diferente a las otras dos.

La [Ley 16/1976, de 8 de abril](#), de Relaciones Laborales, establece en su artículo 29 el derecho a dos gratificaciones extraordinarias al año, en el 18 de julio y en Navidad, incrementando el anterior suelo mínimo de cada paga hasta los 21 días de salario.

La regulación de las pagas se flexibiliza a partir del [ET de 1980](#), al disponer su artículo 31 que son dos al año, una de ellas a abonar con ocasión de las fiestas de Navidad y la otra en el mes que el convenio colectivo disponga, sin establecer una cuantía mínima y permitiendo su prorrateo mensual por acuerdo en convenio colectivo²⁶.

La [Ley 11/1994](#) de reforma del ET derogó el [Decreto 2380/1973](#), sobre ordenación de salario, y dio una nueva redacción al artículo 26 del ET. De acuerdo con su apartado 3, la estructura retributiva debe comprender un salario base, como retribución fijada por unidad de tiempo o de obra y, en su caso, complementos salariales. La norma no parece incluir las pagas extras como parte de los complementos salariales, ya que las pagas son salario abonado por unidad de tiempo y los complementos se abonan en función de circunstancias relativas a las condiciones personales del trabajador, al trabajo realizado o a la situación y resultados de la empresa.

La desaparición de la calificación legal de las pagas extraordinarias como complemento salarial con la derogación del Decreto de ordenación del salario no significó ningún cambio de en su naturaleza, ya que el propio Decreto les daba el tratamiento de salario no sujeto a condición.

En función de lo anterior, se ha defendido la doctrina de la *vis atractiva* del salario base, que determinaría que se le deban asimilar todas las percepciones que no son complementos salariales²⁷. Pero de acuerdo a la jurisprudencia del Tribunal Supremo²⁸, la voluntad del legislador no

²⁵ LLOMPART BENNÀSSAR, M.: El salario: concepto, estructura y cuantía, *La Ley*, 2007, págs. 381-382.

²⁶ SEMPÈRE NAVARRO, A. V.: «Dudas sobre las pagas extras», *AS*, 11/2013, pág. 5.

²⁷ LLOMPART BENNÀSSAR, M.: *El salario...*, *op. cit.*, pág. 380. Pone en duda la asimilación SEMPÈRE NAVARRO, A. V.: «El marco jurídico de las pagas extras», *AS*, vol. V, BIB 1998\428, pág. 2; y «Comentario al artículo 26 del Estatuto de los Trabajadores. Del salario», *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Aranzadi, BIB 2007\2650, pág. 8.

²⁸ STS de 16 de marzo de 1999, ROJ 1827, que cita varias anteriores en el mismo sentido.

ha sido la de asimilar las pagas del artículo 31 al salario base del artículo 26.3; ambas partidas no se confunden, tal y como cabe deducir de la inclusión de cada una en artículos separados del ET.

No obstante, la dinámica del devengo de las pagas extras es la misma que la del salario base. Su cuantía es fija casi siempre, y se establece para cada nivel profesional como garantía mínima en las tablas salariales de los convenios. En ocasiones, la cuantía se establece de acuerdo a un promedio de las retribuciones fijas y algunas de las variables correspondientes a un periodo que el convenio determina. No tienen más particularidad que el hecho de que, produciéndose su devengo día a día, se abonan de manera diferida en fechas estipuladas²⁹ en función del tiempo trabajado en un determinado periodo que fijan los convenios colectivos, y que a falta de mayores especificaciones –cuando son dos– es semestral.

Compatible con el silencio del ET sobre la cuestión de la cuantía mínima de las pagas extraordinarias, el [Real Decreto 170/1990, de 9 de febrero](#), sobre salario mínimo interprofesional para el año 1990, establece por primera vez un salario mínimo en cómputo anual que incluye dos gratificaciones extraordinarias de 30 días cada una. La cuantía anual del salario mínimo se plantea como un valor de referencia, de tal manera que por obra de la compensación de salarios las retribuciones abonadas pueden tener otra estructura en la que, de acuerdo con lo anterior, las pagas extraordinarias no tienen una cuantía legalmente determinada. La mención del salario mínimo anual como una cantidad integrada por 12 mensualidades y 2 gratificaciones extraordinarias de 30 días cada una, reiteramos que como valor de referencia, desapareció en el [Real Decreto 2015/1997, de 26 de diciembre](#), que fijaba el salario mínimo para 1998, aun cuando en todos los años posteriores la cuantía anual del salario mínimo sigue establecida en 14 mensualidades iguales.

El debate sobre el carácter de salario ordinario de las pagas extras apareció con fuerza con ocasión de la cuantificación del salario regulador de la indemnización de despido del artículo 56 del ET de 1980, que en el impropio dejaba en manos de la empresa la opción de la readmisión y establecía una indemnización tasada en 45 días de salario por año de servicio.

En el periodo inicial, el TCT interpretó que el salario regulador de la indemnización, al expresarse en días, no incluía la prorrata de las pagas extras³⁰. Pero la inclusión de la parte proporcional de las pagas extraordinarias en el cálculo del salario regulador de indemnización y

²⁹ Así, de acuerdo al FJ 3.º de la [STSJ de Baleares de 30 de junio de 2005 \(rec. núm. 268/2005\)](#), «El trabajador adquiere derecho a las pagas extras de manera paulatina, y el crédito correspondiente al valor porcentual de las mismas se va incorporando de modo definitivo a su patrimonio, aun cuando el cobro efectivo de la paga no se produzca hasta los meses prefijados».

³⁰ Todas las del año 1981 sobre determinación del salario regulador de la indemnización de 45 días por año de servicio en el despido impropio del artículo 56 del ET entonces vigente. La doctrina cambia en la STCT de 23 de mayo de 1982 y posteriores, que señalan que el concepto de salario diario incluye la prorrata de la paga, porque en caso contrario se produciría un enriquecimiento injusto del empleador.

salarios de tramitación no se discute desde el año 1982³¹, con el cambio de doctrina del TCT, que asume que el salario a que se refiere la norma es el salario real, del que forman parte las pagas. Ello, a pesar de la doctrina jurisprudencial sobre el carácter indemnizatorio de los salarios de tramitación³².

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sido pacífica al respecto: la prorrata de las pagas extraordinarias es parte del salario diario regulador de la indemnización y los salarios de tramitación del despido³³. Lo que se ha discutido son fórmulas de cálculo que han podido resultar dudosas para hallar el salario diario, bien en relación con los días del año (360, 365 o 366)³⁴ o con conceptos concretos cuyo carácter salarial se pone en cuestión³⁵, o incluso la obligación de la empresa de abonar las pagas extras correspondientes a un periodo de salarios de tramitación ya abonado con su prorrata³⁶.

4.2. EL ABONO DE LAS PAGAS EXTRAS EN LAS VACACIONES PENDIENTES DE DISFRUTE AL FINAL DEL CONTRATO

Las cantidades abonadas durante el periodo de vacaciones tienen naturaleza jurídica salarial, según ha declarado reiteradamente el Tribunal Supremo³⁷. En el debate sobre los conceptos que deben ser incluidos en la remuneración de las vacaciones, las gratificaciones extraordinarias no han aparecido salvo en algún caso excepcional. La STSJ de La Rioja de 3 de noviembre de 2014 (ROJ 473) resuelve afirmativamente sobre la inclusión de la parte proporcional de las pagas extraordinarias en la liquidación de vacaciones no disfrutadas, dando como razón, entre otras, que no cabe dar al empleador la opción de abonar o no la paga en función de la fecha en la que decide rescindir la relación laboral.

Por obra de una larga tradición en las pautas para el cálculo de la liquidación final a la terminación del contrato de trabajo, la parte proporcional de la paga o pagas pendientes se calcula

³¹ La doctrina cambia a partir de la STCT de 23 de mayo de 1982 y posteriores, que admiten la inclusión de la prorrata de las pagas extras en el cálculo de la indemnización de despido.

³² SSTS de 14 de julio de 1998, del Pleno, y, entre otras muchas, la de 4 de julio de 2007.

³³ SSTS de 12 de mayo de 2005, ROJ 303; [26 de enero de 2006](#), ROJ 2047; [25 de septiembre de 2008](#), ROJ 5526, entre otras.

³⁴ SSTS de [24 de enero de 2011](#), ROJ 317 y [9 de mayo de 2011](#), ROJ 3325.

³⁵ [STS de 3 de junio de 2008 \(rec. núm. 2532/2006\)](#), sobre la inclusión de las *stock options* en el salario regulador de la indemnización de despido.

³⁶ STS de 1 de abril de 1996 (rec. núm. 2249/1995).

³⁷ [STS de 11 de noviembre de 2013](#), ROJ 6609. Los pronunciamientos se han referido a la interpretación del inciso 2.º del artículo 42.2 del ET.

tomando como fecha final de devengo la del último día de vigencia del contrato. En otro apartado, se calculan los días de vacaciones no disfrutados, abonándolos sin tener en cuenta que también en ese periodo la parte proporcional de las pagas extras pendientes forma parte de la remuneración exigible.

Tal como señala el [artículo 31 del ET](#), se puede acordar el abono de las pagas prorrateadas en 12 mensualidades, lo que lógicamente incluye el periodo de vacaciones que se produce en el transcurso de esos 12 meses, y también el periodo de vacaciones que se liquida al terminar el contrato. De hecho, cuando el sistema de abono de las pagas es la prorrata mensual, la exclusión de la paga en la liquidación final de vacaciones nunca se produce. Salvo alguna excepción localizada³⁸, los convenios colectivos no se pronuncian sobre el abono de la parte proporcional de las pagas extras correspondiente al periodo de vacaciones, lo que indica que no es una cuestión conflictiva.

La remuneración de las vacaciones no disfrutadas al final del contrato de trabajo debe calcularse de la misma forma en la que se calcularían de disfrutarse durante el contrato. La [STJUE de 20 de enero de 2009 \(C-350/06 y C-520/06\)](#), sobre la compensación económica de las vacaciones, dice en su apartado 61 que «deberá calcularse de tal modo que el referido trabajador ocupe una situación comparable a aquella en la que se habría encontrado si hubiera ejercitado el mencionado derecho durante su relación laboral. De ello se sigue que la retribución ordinaria del trabajador, que es la que debe mantenerse durante el periodo de descanso correspondiente a las vacaciones anuales retribuidas, resulta asimismo determinante para el cálculo de la compensación económica en concepto de vacaciones anuales retribuidas no disfrutadas al finalizar la relación laboral».

Respecto a los trabajadores con contrato temporal, la exclusión de la parte proporcional de las pagas infringiría la [Directiva 1999/70/CE, de 28 de junio de 1999](#), relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP, sobre el trabajo de duración determinada, al hacer de peor derecho a las personas con contrato de duración determinada que en relaciones inferiores al año natural no acostumbran a disfrutar las vacaciones sino que las cobran en la liquidación final.

Los manuales de enseñanza de realización de nóminas y cotización a la Seguridad Social, en sus ejemplos de liquidación, excluyen de manera casi unánime la parte proporcional de las pagas en el abono de las vacaciones no disfrutadas en la liquidación final. En la mayoría de los casos, la retribución de las vacaciones pendientes excluye la parte proporcional de las pagas extras del periodo, tanto para su abono como para la cotización³⁹. En algún supuesto,

³⁸ Convenio colectivo de la industria siderometalúrgica de Gipuzkoa para 2010-2011 (BOG de 27 de enero de 2011). El artículo 25 del Convenio colectivo reconoce dos pagas extraordinarias anuales a toda la plantilla, pero el artículo 10 las excluye en la fórmula de pago de las vacaciones de quienes trabajan a destajo.

³⁹ LÓPEZ Y LÓPEZ, I.: *Práctica de salarios y cotizaciones*, CEF, 2003, págs. 479 y ss.; MORUECO GÓMEZ, R.: *Guía laboral: nóminas, contratos y Seguridad Social*, RA-MA, 2010, págs. 88-89, FERRER LÓPEZ, M. A.: *Cómo confeccionar nóminas y Seguros Sociales*, 2014, Deusto, págs. 386-7.

aun no abonando las pagas en las vacaciones no disfrutadas, se propone que la base de cotización complementaria las incluya⁴⁰.

En las páginas web consultadas que explican el cálculo de las liquidaciones⁴¹, cuando hay vacaciones pendientes de disfrute al final del contrato, las pagas extras se calculan solamente hasta la fecha del cese, y las vacaciones se abonan y cotizan sin prorrata de pagas⁴².

Parece claro que la manera correcta de abonar los días de vacaciones pendientes cuando el contrato de trabajo ha terminado es incluir en la remuneración del periodo la parte proporcional de las pagas extraordinarias, como parte que son del salario ordinario.

5. LA INTRAANUALIDAD DEL DERECHO AL DISFRUTE DE LAS VACACIONES

El artículo 4.1 del [Convenio 132 de la OIT](#) establece que «toda persona cuyo periodo de servicios en cualquier año sea inferior al requerido para tener derecho al total de vacaciones tendrá derecho respecto a ese año a vacaciones pagadas proporcionales a la duración de sus servicios en ese año». Ante la falta de definición explícita del significado de la anualidad, la doctrina judicial entiende que el convenio se está refiriendo tácitamente al año natural⁴³, aunque el artículo 4.2 continúa diciendo que la expresión año significa año civil o cualquier otro periodo de la misma duración, determinado en cada país por la autoridad competente o el organismo apropiado.

Por su parte, la [Directiva 93/104/CEE](#), de ordenación de determinados aspectos del tiempo de trabajo, en su artículo 7 consagra el derecho a un mínimo de cuatro semanas de vacaciones anuales, sin mencionar tampoco el carácter natural o civil de la anualidad. El artículo 38.1 del ET, en todas sus versiones, ha hablado, sin más, de vacaciones anuales⁴⁴.

⁴⁰ CORTÉS SEISDEDOS, J.: *Manual práctico de nóminas y seguros sociales*, Lex Nova, 2005, págs. 311 y ss., durante las vacaciones no abona pagas pero sí las calcula al cotizar. Por el contrario, en el ejemplo de pág. 319 abona las pagas hasta el final de las vacaciones.

⁴¹ <http://rednominas.es/G21.aspx>; <http://e-nominas.blogspot.com.es/2012/09/como-calculas-un-finiquito.html>; <http://www.citapreviainem.es/finiquito-pagas-extraordinarias/>, página que a pesar de su nombre no es del INEM; <http://www.miasesorlaboral.es/calculas-finiquito-de-forma-sencilla/>; <http://www.cuestioneslaborales.es/calculas-finiquito/#ejemplo>; y otros más (acceso el 18 de octubre de 2016).

⁴² Para la cuestión de la cotización, OTXOA CRESPO, I.: «[La base de cotización de las vacaciones no disfrutadas al final del contrato de trabajo](#)», *RTSS.CEF*, núms. 377-378, 2014, págs. 217-226.

⁴³ Entre otras muchas, [STS de 17 de septiembre de 2002 \(rec. núm. 4255/2001\)](#).

⁴⁴ La [STSJ de Galicia, de 28 de julio de 2008 \(rec. núm. 2685/2008\)](#), en su FJ 4.º dice: «Los trabajadores deben disfrutar de las vacaciones anuales dentro del año natural de su devengo, que es justamente lo que viene establecido de manera imperativa por el art. 38.1 ET, que es precisamente el precepto de la normativa laboral que sienta unos mínimos de derecho necesario sobre el derecho a vacaciones anuales».

La interpretación favorable al año natural se apoya en la dificultad organizativa que resultaría para la empresa aplicar el criterio de la anualidad civil, dado que el periodo de referencia sería diferente para cada persona de la plantilla, ya se tomase en cuenta como fecha inicial la del ingreso o la de las últimas vacaciones disfrutadas⁴⁵.

La doctrina del año natural no se plantea como una materia de derecho necesario absoluto⁴⁶: es la interpretación subsidiaria para el supuesto de que el convenio colectivo no disponga cualquier otra manera de cómputo. Los tribunales aceptan que un convenio colectivo establezca la anualidad con otra referencia⁴⁷, lo que suele tener relación con los ritmos de trabajo o la actividad de la empresa. Así, el año va del 1 de agosto al 31 de julio⁴⁸; o el periodo anual es diferente para la plantilla a tiempo completo y la discontinua, y para esta última es interanual⁴⁹. A falta de convenio aplicable, también tendría eficacia el acuerdo individual que estableciese cualquier periodo que no superase la correlación de fechas que permiten el descanso de 30 días dentro de un año civil, en su caso.

Pero, como regla general, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha declarado la obligación de disfrute de las vacaciones dentro del periodo anual desde el 1 de enero al 31 de diciembre, sin perjuicio de que, si el periodo de prestación de servicios en el año fuera inferior al exigido para tener derecho al total de los días de vacaciones, el trabajador tendría derecho a disfrutar en dicho año de la parte proporcional de días correspondiente. La [STS de 17 de septiembre de 2002 \(rec. núm. 4255/2001\)](#), dictada en unificación de doctrina, al declarar que para disfrutar las vacaciones no era preciso trabajar antes todo el periodo que daría derecho a tenerlas íntegras, insistió y reforzó argumentalmente la jurisprudencia preexistente sobre el obligado disfrute dentro de cada año natural.

La interpretación mayoritaria sobre el término anualidad⁵⁰ se vio también reforzada en la reforma del ET por la [Ley Orgánica 3/2007](#), para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, que

⁴⁵ SEMPERE NAVARRO, A. V. y CHARRO BAENA, P.: *Las vacaciones laborales*, Aranzadi 2003, pág. 65. GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *El derecho al disfrute efectivo de las vacaciones*, Tecnos, 2014, pág. 101.

⁴⁶ GARCÍA ORTEGA, J.: «Nacimiento, duración y disfrute del derecho a vacaciones», *Tribuna Social*, n.º 38, 1994, pág. 9.

⁴⁷ STSJ de Canarias de 4 de junio de 2010 (rec. núm. 657/2008).

⁴⁸ Convenio Colectivo para las empresas Tubacex Tubos Inoxidables, SA y Acería de Álava, SA (BOTH de 11 de agosto de 2014), artículo 2.8; XIX Convenio colectivo Seat, SA (BOE de 28 de septiembre de 2016). Artículo 87: «Las vacaciones de verano se generarán del 1 de agosto al 31 de julio y las de Navidad del 1 de enero al 31 de diciembre».

⁴⁹ Convenio colectivo de limpieza de edificios y locales de Álava (BOTH de 16 de julio de 2014). Artículo 10: El periodo anual generador del derecho va del 1 de septiembre al 30 de junio.

⁵⁰ FERNÁNDEZ DE SANTACRUZ, C.: «Los plazos para la reclamación del derecho a vacaciones», *RRL*, 1989, tomo 2, págs. 200-201.

añadió un segundo párrafo al artículo 38.3, reconociendo el derecho al disfrute de las vacaciones una vez finalizada la suspensión del contrato durante ciertos periodos de incapacidad temporal «aunque haya terminado el año natural al que correspondan».

Consecuencia del no ejercicio del derecho a las vacaciones dentro del año natural es su pérdida⁵¹. El principio tiene su excepción en los supuestos de imposibilidad de disfrute de las vacaciones recogidos en el [artículo 38.3 del ET](#) que se refieren a los periodos de suspensión del contrato de trabajo por embarazo, parto, lactancia natural y permisos de maternidad, adopción y paternidad, así como la incapacidad temporal derivada de cualquier causa. En los primeros casos, se disfrutarán una vez terminado el periodo de suspensión del contrato y en el caso de la incapacidad temporal después de la suspensión, siempre que no hayan transcurrido más de 18 meses desde que finalizó el año en el que se originaron. En todos los supuestos, si el disfrute no fuese posible por causas ajenas a la voluntad de las partes, podrán compensarse económicamente⁵².

También se ha realizado una interpretación flexibilizadora del obligado descanso intraanual en el caso de un contrato temporal que había tenido prórrogas, en el que el trabajador no tenía manera de saber si su duración iba a acabar traspasando el umbral del año natural. Aun así, el tribunal tiene en cuenta que se habían solicitado las vacaciones dentro del año natural, aunque de manera tardía⁵³.

La doctrina de la pérdida de las vacaciones no disfrutadas dentro de cada año natural, tanto por no ser acumulables a las del año siguiente como por la prohibición de su compensación económica, respondería a la necesidad de garantizar el descanso del trabajador⁵⁴, al que se estaría empujando a tomar las vacaciones dado que de no hacerlo no tendría compensación de ninguna clase. La doctrina científica se muestra de acuerdo con la teoría de la pérdida irremisible del derecho que la jurisprudencia ha mantenido desde antiguo⁵⁵. La posición tiene importantes excep-

⁵¹ SSTs de [30 de abril de 1996](#), ROJ 2613; 25 de febrero de 2003, ROJ 1245, «... si el trabajador no hace uso de la vacación dentro del año natural, no solo pierde el derecho a disfrutarla en la anualidad siguiente, sino que tampoco le resulta posible percibir una remuneración dineraria a cambio de la falta de disfrute». Es la doctrina que siguen los tribunales inferiores: SSTSJ de la [Comunidad Valenciana de 8 de noviembre de 2004 \(rec. núm. 1202/2004\)](#); de [Cataluña de 9 de marzo de 2005 \(rec. núm. 2226/2004\)](#) y de Andalucía de 9 de enero de 2014 (rec. núm. 2136/2013).

⁵² La incapacidad temporal que impide el disfrute de las vacaciones en dos años naturales genera el derecho a la percepción de la compensación económica por parte de los herederos del trabajador finalmente fallecido, STSJ de Madrid de 26 de junio de 2015 (rec. núm. 352/2015).

⁵³ STSJ de Asturias de 22 de octubre de 1999.

⁵⁴ TAPIA HERMIDA, A.: «Acumulación de periodos de disfrute de vacaciones vs. acumulación de compensaciones por vacaciones. Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de mayo de 2012, asunto C-337/10, Georg Neidel y Stadt Frankfurt am Main», *RTSS.CEF*, núm. 352, págs. 217 y ss.

⁵⁵ ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M. E.: *Derecho del Trabajo*, 18.ª ed., 2000, pág. 293. En nota al pie n.º 71, citan sentencias del Tribunal Supremo de 5 de mayo 1969 y 20 de abril de 1971.

ciones⁵⁶, que entienden que el derecho a reclamarlas no prescribiría hasta transcurrido un año a partir de que pudieron disfrutarse, de acuerdo con el [artículo 59.2 del ET](#)⁵⁷.

El principio de la pérdida del derecho como mecanismo para garantizar el descanso del trabajador no se sostiene en los contratos de duración determinada de menos de 12 meses; lejos de garantizar nada, trae como consecuencia la pérdida de días de vacaciones en contratos temporales en los que de ninguna manera la persona trabajadora osaría reclamar el ejercicio de su derecho antes de fin del año natural de ingreso⁵⁸. Se aplica también a la liquidación final del contrato de trabajo, cuando el disfrute ya no es una opción y por tanto la pérdida del derecho a cobrar por las no disfrutadas se transforma simplemente en beneficio para la empresa.

Se produce así un enriquecimiento injusto de la parte empleadora, que al abonar la liquidación tiene en su mano pagar las vacaciones correspondientes a esos meses del año natural anterior, o no hacerlo con base en la doctrina de la exigencia al trabajador del ejercicio a tiempo de su derecho. Por otra parte, en bastantes casos la cobertura de la necesidad temporal por la que se contrató hará imposible el disfrute de días libres.

En relación con el disfrute efectivo de las vacaciones, en contratos de breve duración se admite su compensación en metálico⁵⁹. Supone aceptar que la empresa tiene la posibilidad legal de denegar el disfrute efectivo en los contratos temporales de menos de un año⁶⁰, caso en el que con frecuencia la remuneración de las vacaciones se abona prorrateada con el salario mensual. Pero en los supuestos en los que no hay prorrateo, la situación es de total inseguridad jurídica para la parte trabajadora a la que podría imputarse la obligación de haber reclamado a tiempo el disfrute de las correspondientes al año natural anterior al del cese, so pena de perderlas.

⁵⁶ SAGARDOY BENGOETXEA, J. A. y otros, en *Prontuario de Derecho del Trabajo*, 4.ª ed., Civitas, pág. 336: «Por supuesto, si las vacaciones no se disfrutaron por el trabajador, y el empresario lo consiente, se debe el salario».

⁵⁷ ALARCÓN CARACUEL, M. R., «Art. 38», en VV. AA., dir. Monereo Pérez, J. L., *Comentario al Estatuto de los Trabajadores*, Comares 1998, pág. 472; SEMPERE NAVARRO, A. V. y CHARRO BAENA, P.: «El disfrute de las vacaciones laborales es transferible a un año posterior al que se devengó, pero no compensable económicamente», *AS*, BIB 2006\699, pág. 5-6, son críticos con la rigidez de la imposible compensación a la terminación del contrato; NORES TORRES, L. E.: «Art. 38. Vacaciones anuales», en VV. AA., dir. Cruz Villalón, J. y tres más, *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, 2.ª ed., Lex Nova, pág. 405.

⁵⁸ J. I. GARCÍA NINET defiende la necesidad del disfrute intraanual de las vacaciones, aunque del cálculo proporcional se concreten en unos pocos días, en «Las vacaciones no disfrutadas...», *op. cit.*, en cita pie de página 8, mencionando otros autores que comparten la posición.

⁵⁹ DE LA PUEBLA PINILLA, A.: «Vacaciones anuales», en VV. AA., dir. De la Villa Gil, L. E., *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, 2011, pág. 659-670.

⁶⁰ La STS de 5 de noviembre de 2002, ROJ 7323, declara acorde a derecho que el periodo de vacaciones quede fuera del tiempo de duración de un contrato de obra, compensando su falta de disfrute efectivo en el salario mensual. La [STS de 30 de abril de 1994](#), ROJ 3093, declara ajustado a derecho el sistema de pago del salario mensual con prorrateo de la remuneración de vacaciones en contratos de entre 6 y 8 meses.

Algunos convenios colectivos, muy pocos, establecen normas que equilibran la posición de las partes al regular de manera específica el efecto de las incorporaciones a lo largo del año, garantizando que la pérdida de días de vacaciones no se produzca. El año de referencia para el disfrute de las vacaciones comienza a computarse a la fecha de ingreso en la empresa⁶¹; las personas que hayan ingresado en el segundo semestre del año disfrutarán sus vacaciones en el año siguiente, o –en su caso– la liquidación final del contrato tendrá en cuenta los días pendientes del año anterior y los del año en curso⁶²; en el caso de entrada en la empresa en el cuarto trimestre del año, al término del contrato se compensa por los días no disfrutados en el año natural de ingreso⁶³.

En no pocos convenios de empresa, apartándose del principio de la obligación de disfrute de las vacaciones dentro del año natural en el que se generaron, se pacta la posibilidad de disfrutar de un periodo de las vacaciones en el año siguiente. Dependiendo del convenio, el periodo puede ser breve o alcanzar a todas las vacaciones, y el momento de disfrute puede diferirse a los primeros días o incluso primer trimestre del año posterior. Hay que señalar que la flexibilidad no se aplica solamente a periodos que exceden el mínimo de derecho necesario de los 30 días del ET, único supuesto en que cabría calificar la materia como de derecho dispositivo, caso de mantenerse rígidamente el principio de la obligatoriedad del disfrute de las vacaciones dentro del año natural.

A modo de ejemplo, Renfe dispone que las vacaciones se podrán disfrutar en enero del año siguiente, acuerdo que ha sido declarado ajustado a derecho⁶⁴. Repsol Petróleo, con 22 días laborales de vacaciones, admite la acumulación de 11 días de vacaciones pendientes generadas en años anteriores y no pone límite a la fecha de disfrute. Vodafone España, con 25 días laborales, permite su disfrute hasta el 31 de marzo del año siguiente o hasta el último día laborable de la semana de Pascua, de ser posterior. En BSH Electrodomésticos España, con 22 días laborales, se

⁶¹ Convenio colectivo del balonmano profesional, artículo 12 (BOE de 17 de octubre de 2014); Convenio colectivo de sector para las empresas concesionarias del servicio de limpieza de Osakidetza (BOPV de 17 de junio de 2015), artículo 25.2: «Para los que no alcancen el año de servicio la duración vacacional será proporcional al tiempo de servicio transcurrido desde la fecha de su ingreso o reingreso hasta la finalización de su contrato».

⁶² Convenio colectivo de la construcción de Bizkaia, artículo 21 (BOB de 28 de noviembre de 2013).

⁶³ Convenio colectivo Aiala Vidrio, SAU (BOTH de 7 de noviembre de 2014)». Artículo 27 c): «[...] En el caso del personal de nueva incorporación, en el año de ingreso podrá disfrutar solo la parte proporcional de sus vacaciones, correspondiente al periodo transcurrido entre la fecha de su incorporación y el día 30 de septiembre de ese año (siempre que la incorporación fuera anterior), [...] a partir de ese momento, el disfrute de vacaciones será por años naturales, tomándose nota en el expediente individual de las vacaciones disfrutadas el primer año, a efectos de liquidar o descontar la parte pendiente o disfrutada en exceso, según el caso, en el momento de finalizar la relación laboral. Lo anterior no es aplicable a los supuestos de contratos de duración determinada, que no disfrutarán vacaciones hasta su finalización, salvo que su duración sea superior a doce meses».

⁶⁴ STSJ de Castilla y León de 10 de octubre de 2005 (rec. núm. 1509/2005). El tribunal admite la posibilidad de posponer un periodo breve para el inicio del año anterior, mediando acuerdo.

pueden disfrutar hasta el 31 de enero del año siguiente, mediando acuerdo. Game Stores Iberia, con 31 días naturales, permite el disfrute de las vacaciones del año anterior hasta el 30 de abril del siguiente⁶⁵.

El perfil del trabajador objeto de posible penalización por no disfrutar las vacaciones a su debido tiempo es el eventual con un contrato que comienza a mediados del año natural y termina en el posterior, en sectores y empresas cuyo convenio colectivo no ampara modalidades especiales de disfrute del periodo vacacional.

La pérdida de las vacaciones generadas y no disfrutadas finalizado el año natural, como forma de estimular al trabajador al ejercicio del derecho *in natura*, constituye una quiebra en la función tuitiva del Derecho del Trabajo, que necesitaría ser especialmente intensa en el caso de los trabajadores temporales. Es el único supuesto de derecho laboral mínimo cuya garantía de ejercicio efectivo se imputa al trabajador, que según la doctrina dominante no contaría con el plazo general de un año del [artículo 59 del ET](#) para reclamar su derecho partir de la fecha en la que fue exigible.

La obligación de disfrute de las vacaciones generadas dentro del año natural y la imposibilidad de su compensación económica en el caso contrario no tienen sentido cuando el contrato es inferior al año civil. En el supuesto de que no se hayan disfrutado dentro del año natural en el que comenzó el contrato, la finalidad de la norma –el descanso del trabajador durante al menos un mes en el contexto de una prestación de servicios durante una anualidad– no queda defraudada y debería ser posible exigir su abono en la liquidación final.

En relaciones laborales de mayor duración, las vacaciones no disfrutadas en el año natural de ingreso –a no ser que se hayan disfrutado posteriormente– deberían constituir un crédito del trabajador a realizar en la liquidación final mediante su compensación económica.

⁶⁵ X convenio colectivo Repsol Petróleo, SA (BOE de 11 de junio de 2015), artículo 35; Convenio colectivo Vodafone España (BOE de 7 de octubre de 2016), artículo 10; Convenio colectivo de BSH Electrodomésticos España, SA (Servicio BSH al cliente, Zona 3) (BOE de 24 de septiembre de 2016), artículo 28 E); Convenio colectivo Game Stores Iberia, SL (BOE de 16 de noviembre de 2016), artículo 35.3.

