

Jornada parcial variable y retribución de las vacaciones

Comentario a la [Sentencia del Tribunal Supremo 394/2020, de 22 de mayo](#)

Ignacio González del Rey Rodríguez

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Oviedo*

1. Marco normativo

La determinación de la cuantía y conceptos retributivos correspondientes al periodo de vacaciones anuales es una cuestión frecuentemente debatida en la jurisdicción social española, seguramente por la escueta referencia de nuestro [artículo 38.1 del Estatuto de los Trabajadores](#) (ET) al carácter retribuido de dicho periodo, sin precisión alguna sobre el alcance de esa retribución, en el complejo marco de una estructura salarial de composición plural ([art. 26 ET](#)) y de un derecho a un descanso y una remuneración devengados por un previo periodo anual de prestación de trabajo efectivo ([art. 38.1 ET](#)).

No es más explícita al respecto la normativa comunitaria, cuya [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, alude igualmente, sin más, a las vacaciones anuales retribuidas ([art. 7](#)).

Algo más concreto es, sin embargo, el [Convenio número 132 de la Organización Internacional del Trabajo](#) (OIT), de 1970, relativo a las vacaciones anuales pagadas, cuyo artículo 7.1 dispone como remuneración mínima del periodo vacacional:

[la] 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 la persona interesada independientemente de las vacaciones pagadas), calculada en la forma que determine en cada país la autoridad competente o el organismo apropiado.

Cómo citar: González del Rey Rodríguez, Ignacio. (2020). Jornada parcial variable y retribución de las vacaciones. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 394/2020, de 22 de mayo. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 451, 216-221.

Y, en tal sentido y una vez que ha sido ratificado por España en 1972, suele utilizarse por nuestros órganos jurisdiccionales para completar la referida imprecisión normativa interna.

No obstante, el alcance de lo que deba entenderse por retribución normal o media no es siempre pacífico, particularmente en el caso de cuantías o conceptos salariales irregulares, variables, ocasionales o extraordinarios, y tampoco encuentra en todos los supuestos una adecuada respuesta en la negociación colectiva, como instrumento más idóneo al efecto, aunque dentro de ese marco mínimo legal, que impide la exclusión convencional de cómputo para la retribución vacacional de conceptos salariales ordinarios (Sentencias del Tribunal Supremo –SSTS– [496/2016, de 8 de junio](#); [497/2016, de 8 de junio](#); [159/2018, de 15 de febrero](#); y [995/2018, de 29 de noviembre](#)).

Al respecto, la jurisprudencia ha ido perfilando dicha retribución normal o media en torno a su carácter ordinario o habitual en su percepción por los periodos de trabajo efectivo previos (últimamente y por todas, SSTS [530/2016, de 16 de junio](#); [789/2016, de 29 septiembre](#); [125/2017, de 14 de febrero](#); [660/2017, de 20 de julio](#); [1065/2017, de 21 de diciembre](#); [223/2018, de 28 de febrero](#); [379/2018, de 9 de abril](#); [217/2019, de 14 de marzo](#); [320/2019, de 23 de abril](#); [535/2019, de 4 de julio](#); [871/2019, de 17 de diciembre](#)), o, en el caso del Tribunal de Justicia de la Comunidad o de la Unión Europea, sobre la comparabilidad del salario en periodos de trabajo y de vacaciones (Sentencias de [16 de marzo de 2006, asuntos C-131/04 y C-257/04](#); [15 de septiembre de 2011, asunto C-155/10](#); [22 de mayo de 2014, asunto C-539/12](#); y [13 de diciembre de 2018, asunto C-385/17](#)).

Además del conjunto normativo referente a las vacaciones anuales retribuidas, aunque seguramente con una menor relevancia práctica en el caso comentado, resulta también pertinente la referencia a la regulación del trabajo a tiempo parcial, y, en particular, al principio de igualdad de derechos de las personas trabajadoras a tiempo parcial respecto de las contratadas a jornada completa comparables, que cuenta, asimismo, con una doble fuente de reconocimiento. Interna, en los artículos [12.4 d\) del ET](#) y [19 del Real Decreto 2317/1993, de 29 de diciembre](#), por el que se desarrollan los contratos en prácticas y de aprendizaje y los contratos a tiempo parcial; este ciertamente en desuso, aunque curiosamente citado por la [sentencia objeto de comentario](#). Y comunitaria, en la cláusula 4 del Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial anexo a la [Directiva 97/81/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997](#). También en el seno de la OIT, en su [Convenio número 175](#), sobre el trabajo a tiempo parcial, de 1994, aún no ratificado por España y, por tanto, no vigente en nuestro ordenamiento.

En fin, aunque no sea objeto específico de análisis y aplicación por parte de la [sentencia comentada](#), merece la pena mencionar la regulación convencional aplicable: el [II Convenio colectivo de ámbito estatal del sector de contact center \(antes telemarketing\)](#), de 2017 (BOE de 12 de julio), por cierto, [de reciente modificación \(BOE de 14 de agosto de 2020\)](#), pues sus reglas sobre distribución irregular de la jornada (art. 23) y sobre horarios y turnos (art. 26) pueden dar alguna pista sobre el presupuesto del problema suscitado, a saber: la ampliación de la jornada parcial y su repercusión sobre la retribución de las vacaciones.

2. Supuesto de hecho y cuestión debatida

La [STS 394/2020, de 22 de mayo](#), resuelve un recurso de casación ordinaria interpuesto frente a la Sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional ([SAN 88/2018, de 30 de mayo](#)), en un proceso de conflicto colectivo instado por varias organizaciones sindicales frente a la empresa Transcom Worldwide Spain, SLU, con el objeto de que declare el «derecho de los trabajadores/as afectados [...] a la retribución de las vacaciones que incluya las ampliaciones de jornada por necesidades del servicio que se realizan durante todo el año», y al abono de las correspondientes diferencias salariales devengadas en el año anterior a la presentación de la papeleta de conciliación previa.

Se cuestiona, al respecto y en relación con las personas trabajadoras a tiempo parcial, la práctica empresarial consistente en retribuir el periodo vacacional conforme al salario base correspondiente a la jornada de trabajo desarrollada en el momento del disfrute de dicho descanso, aun cuando durante la anualidad precedente de devengo de las vacaciones la persona trabajadora haya visto ampliada su jornada, o incluso haya prestado servicios a tiempo completo, con carácter voluntario, aunque de manera ocasional y no habitual.

Seguramente como consecuencia de la modalidad procesal elegida, el conflicto colectivo, con potencial afectación de un grupo genérico de personas trabajadoras no individualizadas ([art. 153.1 Ley reguladora de la jurisdicción social](#)), no consta el número de personas trabajadoras afectadas, y tampoco la cuantía, la distribución, la frecuencia ni la vigencia de las ampliaciones de jornada. Aunque parece deducirse que su duración suele ser inferior a 6 meses al año y que no suelen coincidir con los periodos vacacionales.

No se cuestiona, en fin, la licitud de tales ampliaciones de jornada, voluntarias y previstas en el convenio colectivo aplicable, como se dijo, y también permitidas legalmente, aunque el magistrado ponente parece albergar dudas sobre el particular.

3. Doctrina judicial

La [STS 394/2020, de 22 de mayo](#), estima el recurso de casación interpuesto por las organizaciones sindicales demandantes y recurrentes, frente a la [SAN 88/2018, de 30 de mayo](#), sobre una doble base normativa y argumental. En primer lugar y con carácter principal, en el marco de la regulación de las vacaciones retribuidas ([art. 38 ET](#), [Directiva 2003/88/CE](#) y [Convenio 132 OIT](#)) y de su jurisprudencia precedente sobre lo que debe considerarse como remuneración normal o media. En segundo lugar y como refuerzo, en el marco del principio de igualdad de derechos de las personas trabajadoras a tiempo parcial respecto de las personas trabajadoras a tiempo completo comparables ([art. 19 RD 2317/1993](#) y cláusula 4 Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial anexo a la [Directiva 97/81/CE](#)).

En el primer marco normativo y jurisprudencial, y con cita de anteriores sentencias de la sala (SSTS de 8 de junio de 2016, recs. [207/2015](#) y [112/2015](#); [16 de junio de 2016, rec. 146/2015](#); 30 de junio de 2016, rec. 47/2015; 15 de septiembre de 2016, rec. 258/2015; 29 de septiembre de 2016, rec. 233/2015; 14 de febrero de 2017, rec. 45/2016; 21 de marzo de 2017, rec. 80/2016; [28 de febrero de 2018, rec. 16/2017](#); y 9 de abril de 2018, rec. 73/2017), la [STS 394/2020](#) resume su doctrina sobre la delimitación de los conceptos y cuantías salariales que deben considerarse como remuneración normal o media y, por tanto, incluirse en la retribución del periodo vacacional conforme al artículo 7.1 del [Convenio 132 de la OIT](#).

Recuerda, al efecto, que existe un núcleo o zona de certeza, con una parte positiva, en la que se encuentran los conceptos que integran la retribución ordinaria y que deben incluirse en la remuneración de las vacaciones: salario base, complementos personales (antigüedad, titulación, idiomas, etc.) y complementos por circunstancias de la actividad empresarial (toxicidad, penosidad, peligrosidad, etc.); y una parte negativa, en la que se encuentran los conceptos retributivos extraordinarios y que pueden excluirse del salario vacacional: bonus, incentivos, horas extraordinarias, etc. Y un halo o zona de duda, cuya consideración como retribución ordinaria o extraordinaria depende de las circunstancias concurrentes, en particular, de su regularidad o habitualidad, y es susceptible de una mayor discrecionalidad a efectos de su posible exclusión convencional de la remuneración de las vacaciones, como puede ocurrir en el caso de los complementos relativos del trabajo realizado («esporádica nocturnidad; aislada turnicidad; las mismas horas extraordinarias, pero dotadas de una cierta reiteración [...]»).

En este contexto, la sala incluye la retribución variable por ampliación de la jornada, cuestionada, en la zona de certeza positiva, como retribución ordinaria, pese a su carácter ocasional o no habitual, matizando que esta característica, concretada, en principio, en el umbral de 6 meses («la mayoría de mensualidades de año de cuyo disfrute vacacional se trate») y cuya carga probatoria corresponde a la empresa, entra en juego en la zona de duda de los complementos relativos del trabajo realizado, lo que no es el caso, al tratarse más bien de salario base por tiempo.

Respecto del segundo marco normativo y argumentación complementaria, la [STS 394/2020](#) considera igualmente que la determinación del salario de las vacaciones conforme al correspondiente en el momento de su disfrute, con exclusión de cómputo de la retribución incrementada durante los precedentes periodos de ampliación de la jornada, es contraria al principio de igualdad de derechos de las personas trabajadoras a tiempo parcial respecto de las personas trabajadoras a tiempo completo comparables, toda vez que a estas se les reconoce, durante dicho descanso anual, la retribución ordinaria o habitual percibida a lo largo del año, y esa diferencia de trato conlleva un resultado peyorativo para aquellas. Se supone que cuando el disfrute de las vacaciones de las personas trabajadoras a tiempo parcial coincide con un periodo de jornada parcial pactada u originaria y no con uno de incremento o novación, y, también, que las personas trabajadoras a tiempo completo no sufren alteraciones de jornada y retribución a lo largo del año.

En cuanto a la concreción de la estimación del recurso y del reconocimiento del derecho de las personas trabajadoras afectadas por el conflicto a que en la retribución de sus vacaciones se tengan en cuenta las ampliaciones de jornada que se realicen a lo largo del año, aunque no se mantengan en la fecha del disfrute vacacional, partiendo también de su doctrina precedente en relación con otras retribuciones variables (STS de 21 de diciembre de 2017, rec. 276/2016), la sala dispone «que se promedie el salario percibido en los 11 meses correspondientes a la anualidad de cada periodo vacacional retribuido».

4. Trascendencia del pronunciamiento

Como constata la [SAN de 30 de mayo de 2018](#), casada y anulada por la [STS 394/2020, de 22 de mayo](#):

[...] la peculiaridad del presente caso reside en el hecho de que no se trata de determinar si un determinado concepto retributivo debe ser o no incluido en la retribución de vacaciones, como ha sucedido en múltiples casos anteriores resueltos tanto por esta sala, como por el Tribunal Supremo, sino en determinar cuál es módulo temporal que ha de determinar la retribución normal que conforme a la doctrina expuesta ha de integrar la retribución de vacaciones.

Pese al acierto en el diagnóstico, la AN yerra en el tratamiento, asimilando las ocasionales ampliaciones de jornada (y retribución) a las horas extraordinarias, y desestimando su consideración a efectos de la retribución de las vacaciones.

Por su parte, el TS desenfoca el diagnóstico, enmarcando el caso en su reiterada doctrina sobre la determinación de los conceptos retributivos que deben incluirse en el salario vacacional, en atención a su carácter ordinario o habitual, pero acierta en el tratamiento, declarando la inclusión de los incrementos retributivos por aumento de jornada, de forma anualmente promediada, en la remuneración de las vacaciones.

A este respecto, seguramente la aportación explícita más original y relevante de la [STS 394/2020](#) sea la matización sobre el alcance de la nota de la habitualidad del concepto retributivo de que se trate, a efectos de su cómputo en la remuneración vacacional. En el sentido de proyectarse solo sobre los conceptos salariales dudosos, como indicio de su eventual carácter ordinario, y no sobre los que reúnen propiamente esta condición, con independencia de su habitualidad.

Con un poco más de ambición quizá pudiera replantearse la cuestión desde la perspectiva del devengo anual del derecho a las vacaciones en sus dos dimensiones, indiscutido en relación con su vertiente de descanso o liberación de la obligación de trabajo, pero incuestionado respecto de su vertiente retributiva, como posiblemente se deduce de la [Sentencia](#)

del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de abril de 2010 (asunto C-486/08), en un supuesto inverso, de devengo del derecho a vacaciones con un contrato a jornada completa y disfrute con una jornada parcial.

Y un prorrateo de la retribución global correspondiente al periodo de devengo de las vacaciones, como se resuelve en el caso en relación con los incrementos retributivos por aumento de jornada, podría cerrar los largos, reiterados y casuísticos debates sobre el alcance de la retribución correspondiente a las vacaciones. Poniendo el foco sobre la más simple remuneración «media», mejor que sobre la más compleja remuneración «normal»; ambas compatibles con el [Convenio 132 de la OIT](#).

Por lo demás y pese a que el caso se plantea en relación con la ampliación de la jornada y la retribución de las personas trabajadoras a tiempo parcial, la solución de la [STS 394/2020](#) es susceptible de extenderse a otros supuestos análogos, como las horas complementarias, también propias de esta modalidad contractual ([art. 12.5 ET](#)), o, con carácter general, la distribución irregular (más bien variable) de la jornada ([art. 34.2 ET](#)).

Aunque ciertamente las posibilidades de alteración de la jornada se incrementan en el trabajo a tiempo parcial. No solo por las referidas horas complementarias, de mayor alcance potencial modificador del tiempo de trabajo que las horas extraordinarias, además, sino a través de otras vías modificativas. Incluso involuntarias para la persona trabajadora ([art. 41 ET](#)), cuyo consentimiento solo se exige legalmente para la novación contractual ([art. 12.4 e\) ET](#)), pero no para el cambio de jornada sin cambio de modalidad de contrato. Lo que, por lo demás, se debería proyectar igualmente sobre otros diferentes derechos de devengo temporal amplio, como, paradigmáticamente, las pagas extraordinarias o las indemnizaciones por extinción del contrato.