

Informaciones Laborales

Diciembre 2014



La retribución del trabajador en periodo de vacaciones. Actualidad de una cuestión mal resuelta.

La pasada semana los titulares de la prensa económica (Expansión, 19 de noviembre) advertían de que la Audiencia Nacional había dictado dos sentencias por las que adaptaba su doctrina sobre el salario durante las vacaciones a un "fallo revolucionario del Tribunal de la UE". Sin duda, nos hallamos ante dos sentencias importantes que merecen que les prestemos atención pero que, en cualquier caso, y este es el primer elemento a tener muy presente, no constituyen jurisprudencia. Las sentencias a las que se refiere la noticia, las sentencias de 21 de junio y de 17 de septiembre de 2014 de la Audiencia Nacional, constituyen la solución a unos conflictos específicos que no prejuzga cuál haya de ser la respuesta de los demás Tribunales ni, menos aún, la definitiva posición que el Tribunal Supremo mantenga al respecto. Una sentencia del Tribunal Supremo que no habrá de tardar en llegar por cuanto ya se ha planteado recurso contra una de aquellas sentencias.

La cuestión debatida en ambas sentencias se refiere a la retribución que deba de percibir el trabajador durante el periodo de vacaciones. Por todos es conocido que el art. 38 del Estatuto de los Trabajadores cuando reconoce el derecho a unas vacaciones retribuidas no especifica cuál haya de ser la retribución en este periodo. Un vacío legal que se ha colmado acudiendo a la normativa internacional. Así, sobre la base del art. 7.1 del Convenio 132 de la OIT sobre vacaciones pagadas, la jurisprudencia ha considerado que el trabajador debe de percibir "por lo menos su remuneración normal o media" entendiéndose como tal el promedio de la totalidad de los emolumentos que corresponden a la jornada ordinaria, incluyendo las retribuciones variables (STS 17 de diciembre de 1996). No obstante, el Tribunal Supremo había admitido que el convenio colectivo pudiese determinar qué conceptos salariales se incluían o no en la retribución de las vacaciones.

Llegados a este punto resulta crucial la **sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea el pasado 22 de mayo (asunto Lock)**. En ella, a la luz del art. 7.1 de la Directiva 2003/88, el Tribunal, tras reafirmar que el derecho a las vacaciones

anuales retribuidas constituye un principio del Derecho social de la Unión de especial importancia, respecto al cual no pueden establecerse excepciones, y reconocer que en la norma europea tampoco se concreta cómo debe de efectuarse esa remuneración, recuerda, no obstante, que ya en otras ocasiones había señalado que la expresión «vacaciones anuales retribuidas» exige que el trabajador deba de percibir la retribución ordinaria por dicho periodo de descanso y “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 periodos de trabajo”. Unos principios que llevan a que el Tribunal considere que en la retribución de las vacaciones se deba de incluir también las comisiones por ventas aunque en dicho periodo no se realicen ventas y que ello, además, no puede suponer para el trabajador “una desventaja financiera diferida” en los meses sucesivos como consecuencia de la no realización de ventas efectivas durante el periodo vacacional. Una exigencia que obedece a la lógica de evitar que el “trabajador pueda ser disuadido de ejercer su derecho a disfrutar vacaciones anuales debido a la desventaja financiera diferida, pero sufrida de manera muy cierta durante el periodo que sigue al de sus vacaciones anuales”.

Ha de tenerse en consideración, y ello, a nuestro juicio, es fundamental, en orden a valorar el carácter disuasorio que, para el ejercicio del derecho a las vacaciones, puede tener la fórmula retributiva empleada, que en el caso de autos el salario a comisión era de una cuantía muy relevante (representaba más del 60% de su retribución) y, como indica el propio TJUE, en el periodo siguiente al de vacaciones anuales la retribución se limitaba al salario base.

Sobre la base de este pronunciamiento, la **sentencia de la Audiencia Nacional de 21 de julio de 2014** ha considerado contraria al derecho comunitario la práctica de una empresa que substituyó unilateralmente el pago de unos incentivos por objetivos o ventas de la retribución en vacaciones. El tribunal considera que las comisiones por ventas o realización de objetivos deben de figurar en la retribución por vacaciones sin que puedan ser compensadas por unas cantidades abonadas a lo largo del año y las subidas anuales. Advirtiendo de que no resulta posible el fraccionamiento de lo que se ha de percibir por incentivos durante el periodo vacacional en pagos parciales que se suman a la retribución por el trabajo efectuado a lo largo del año.

En relación a como debe de efectuarse la determinación del salario a comisión correspondiente al periodo de vacaciones, el Tribunal de Justicia considera que ello es una cuestión a apreciar por los Tribunales nacionales, que, en todo caso, deberán garantizar que la retribución de las vacaciones sea comparable a la de los periodos de trabajo. El método normal será sobre la base de una media calculada en relación con un periodo de referencia considerado representativo.

Más discutible, incluso desde la propia órbita del derecho comunitario y de la propia sentencia que toma como base, resulta la sentencia de la **Audiencia Nacional de**



17 de septiembre de 2014. En esta última sentencia la Audiencia considera que resulta contraria al derecho comunitario una regulación convencional que excluya de la remuneración de las vacaciones una serie de complementos variables también fijados por el convenio (hora nocturna, hora festiva, hora domingos, fraccionamiento de jornada y plus de jornada partida). De esta forma y dando un paso más allá de lo expresamente señalado por la doctrina europea, la Audiencia Nacional extiende la garantía de las comisiones a cualquier retribución variable y, separándose de la doctrina del Tribunal Supremo, considera irrelevante que sea el convenio el que haya excluido aquellos conceptos de la retribución por vacaciones.

En cualquier caso y como decíamos al iniciar este breve comentario, habremos de estar al pronunciamiento del Tribunal Supremo y al que eventualmente pueda realizar el propio Tribunal europeo. Sobre todo porque éste no ha indicado que todos los elementos retributivos deban de mantenerse durante las vacaciones sino aquellos que son inherentes a la condición personal y profesional del trabajador, debiendo de mantenerse, en este sentido, los complementos relacionados con la posición jerárquica del trabajador, su antigüedad o sus cualificaciones pero pudiendo excluirse “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”. En este sentido, si bien resulta clara la inclusión del salario a comisión, ya no lo es tanto la de cualquier retribución variable, siendo preciso analizar casuísticamente la naturaleza de los diferentes elementos retributivos.

Sea cual sea la solución definitiva, resulta necesario que en el diseño (o rediseño) de la política retributiva global de la empresa se tengan en consideración estos elementos. Al respecto cabe recordar que la empresa constituye, de conformidad con la actual regulación, un espacio en el que resulta posible negociar, ya sea a través de un convenio de empresa o de un acuerdo de inaplicación, aspectos tales como la cuantía del salario base y de los complementos salariales, incluidos los vinculados a la situación y resultados de la empresa y, si se dan causas económicas, técnicas, organizativas o productivas, el “sistema de remuneración y cuantía salarial”.



6 meses para modificar el modelo de nómina o recibo de salarios. Orden ESS/2098/2014, de 6 de noviembre.

El BOE del 11 de noviembre publica la Orden ESS/2098/2014, de 6 de noviembre, por la que se modifica el modelo de recibo individual de salarios incluido en el anexo de la Orden de 27 de diciembre de 1994. El cambio consiste esencialmente en la necesidad de incluir la aportación a la cotización que realiza el empresario y el importe de las horas complementarias. En el actual modelo de nómina únicamente se contenía la base de cotización y el tipo de retención correspondientes a la aportación del trabajador, pero no la aportación del empresario.

La modificación obedece a la necesidad de dar cumplimiento al artículo 104.2 de la Ley General de la Seguridad Social (LA LEY 2305/1994), en su redacción dada por la D.A. 26ª de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de la Seguridad Social, que tuvo efectos de 1 de enero de 2013.

Se establece un periodo de seis meses a contar desde el 12 de noviembre de 2014 para que las empresas adapten sus modelos. [Enlace a la Orden ESS/2098/2014.](#)





Algunos datos de la Estadística de Convenios Colectivos: incrementos salariales del 0,57%, consolidación de los acuerdos de inaplicación convencional y crecimiento de los convenios de empresa.

Los datos aún provisionales de la Estadística de Convenios Colectivos remitida por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social arrojan que la subida salarial media pactada en los convenios colectivos registrados hasta octubre se situó en el 0,57%, apenas una centésima más que el 0,56% de septiembre, mientras que las inaplicaciones de convenio ascendieron a 1.825, frente a 1.703 un mes antes, y afectaron a 58.305 trabajadores. El 96,5% de estas inaplicaciones se ha producido con acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores durante el periodo de consultas.

El 76,6% de los trabajadores afectados por las inaplicaciones se concentra en el sector servicios, mientras que el 43,5% de los trabajadores afectados están en empresas de 250 trabajadores o más, si bien la mayoría de las empresas que presentan inaplicaciones, el 84,1%, tienen plantillas entre 1 y 49 trabajadores. En el 91,7% de los casos se han producido 'descuelgues' de la cuantía salarial pactada en convenio.

En términos acumulados desde marzo de 2012, se han producido un total de 5.085 inaplicaciones de convenios que afectan a un total de 247.207 trabajadores.

De los convenios registrados, 1.091 fueron firmados en 2014, con efectos sobre 1,46 millones de trabajadores, de los cuales 363 quedaron suscritos por nuevas unidades de negociación, con lo que representan ya más del 33% de los convenios de nueva firma. Si se toman únicamente los convenios colectivos de empresa, el porcentaje alcanza el 39,4%.



Excedencia voluntaria, reingreso y plazo para solicitarlo. STS de 29 de septiembre de 2014 (Rec. 901/2013)

La excedencia voluntaria constituye un derecho del trabajador regulado en el art. 46.2 del TRLET por el que se reconoce a los trabajadores con una antigüedad de al menos un año en la empresa (y que no hayan disfrutado de otra excedencia en los 4 años anteriores) la posibilidad de solicitar la suspensión de su contrato de trabajo por un periodo no inferior a cuatro meses y no superior a cinco años. El trabajador que desee solicitar su reincorporación lo debe de hacer formalmente antes de que finalice el periodo, pudiendo el convenio establecer un plazo de preaviso razonable (STS 18 de septiembre de 2002). En esta reciente sentencia el Tribunal Supremo establece cuál es su doctrina en relación a aquellos supuestos en los que se produce un incumplimiento de este plazo por el trabajador, distinguiendo dos supuestos:

- a) Si el convenio se limita a fijar un plazo pero sin prever efecto alguno para el incumplimiento, considera que no puede entenderse que la omisión del preaviso determine la pérdida del derecho al reingreso.
- b) Por el contrario, si el convenio dispone que el incumplimiento del plazo comporta el cese definitivo, admite la validez de dichas cláusulas a pesar de reconocer que "pudiera haberse pactado una consecuencia menos enérgica".

La obtención de financiación pública no supone la desaparición de la causa económica que justificó el despido colectivo. STS de 18 de julio de 2014, Rec. 288/2013, asunto Novacaixagalicia Banco, S.A.

La sentencia confirma la dictada por la Audiencia Nacional que consideró procedente el despido de 1.850 trabajadores tras apreciar la existencia de causa económica justificativa de la extinción de los contratos. El Tribunal Supremo, tras confirmar que la entidad y el grupo en que se integra habían sufrido pérdidas millonarias y desmesuradamente crecientes en los dos últimos ejercicios, presentando ratios de eficiencia alejados de la media del sector e importantes valores negativos de rentabilidad bruta desde 2011, añade que "a nada de esto obsta que, una vez recibidas las significativas ayudas públicas, la entidad se encuentre en una situación más saneada; ése era, justamente, el objetivo, cuya consecución en absoluto desmiente las dificultades económicas que dieron lugar a todo este proceso". Conviene tener presente que el despido fue acordado durante el periodo de consultas, siendo impugnado por dos sindicatos no firmantes.

La información contenida en este Boletín constituye una síntesis que no puede ser aplicada sin un asesoramiento legal previo.

Quedamos a su disposición para cualquier comentario o aclaración sobre la información contenida en este documento en: newsletter@antras.net

