

Retribución de las vacaciones de los trabajadores a tiempo parcial con ampliaciones de jornada.

STS-SOC núm. 394/2020, de 22 de mayo.

Joaquín García Murcia

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Complutense de Madrid

Resumen: *La retribución del tiempo de vacaciones de los trabajadores a tiempo parcial debe incluir el promedio del salario obtenido por ampliación de jornada a lo largo de los once meses anteriores.*

Palabras clave: *Retribución media, trabajo a tiempo parcial, vacaciones.*

Abstract: *The calculation of the wage for the annual leave of part-time workers must include the average salary obtained during the previous eleven months when there has been an increase in working hours.*

Keywords: *Annual leave, average salary, part-time work.*

I. Introducción

La sentencia TS 394/2020, de 22 de mayo^[1], decide sobre el criterio que ha de seguirse para determinar la retribución del período de vacaciones de los trabajadores a tiempo parcial cuando su jornada de trabajo ha experimentado ampliaciones en diversos momentos a lo largo del año en el que se ha ido devengando el derecho a dicho descanso, aunque tal circunstancia no concurriese en la fecha en la que se inicia su disfrute. La cuestión controvertida era, pues, si la retribución de las vacaciones se había de calcular en función de la jornada vigente en el momento de acceder al descanso anual o si, por el contrario, en dicho cálculo se debían tener en cuenta las ampliaciones de jornada realizadas en el correspondiente periodo anual y las mejoras salariales pertinentes. Como puede apreciarse, es un aspecto de especial interés tanto para la comprensión de la problemática general de la retribución de las vacaciones como para dar respuesta al caso particular de los trabajadores a tiempo parcial, que probablemente se encuentren entre los más afectados por una situación de estas características, en tanto que la reducción típica de su jornada de trabajo en comparación con los términos habituales en la relación laboral ordinaria puede propiciar en mayor medida ese tipo de ampliaciones y vicisitudes.

La cuestión fue llevada ante los tribunales a través del proceso de conflicto colectivo, y, como era de esperar, los representantes de los trabajadores sostenían una interpretación favorable a la consideración del tiempo de ampliación de jornada, por resultar así de mayor cuantía el módulo retributivo de referencia, mientras que la parte empleadora solicitaba que se computara en exclusiva la jornada vigente en el momento de disfrute del tiempo vacacional, que daba lugar a una retribución más baja.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Sala Cuarta del Tribunal Supremo.

Número y fecha de la sentencia: sentencia núm. 394/2020, de 22 de mayo.

Número recurso o procedimiento: recurso de casación núm. 172/2018.

ECLI: ES:TS:2020:1455.

Fuente de consulta: CENDOJ.

Ponente: Excmo. Sr. D. Ángel Antonio Blasco Pellicer.

Votos particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

El problema suscitado y abordado en este litigio se ceñía a los criterios de determinación de la retribución de las vacaciones cuando la jornada de trabajo experimenta ampliaciones por necesidades del servicio a lo largo del año de trabajo en el que se han ido devengando. Como es sabido, la retribución de vacaciones debe calcularse en función del trabajo realizado en el periodo anterior y del salario percibido a cuenta del mismo durante ese tiempo de referencia. Pero puede suceder, y muchas veces sucede, que el periodo de trabajo durante el que se devenga el derecho a vacaciones no sea uniforme, sino que sufra alteraciones más o menos pronunciadas en el transcurso de los sucesivos tramos mensuales. Esa circunstancia es justamente la que en esta ocasión concurría, lo que obligaba a determinar cuál de las opciones interpretativas posibles era la más adecuada.

Es un problema que puede presentarse con carácter general en las relaciones de trabajo, pero en este caso se planteaba en relación con trabajadores a tiempo parcial, tal vez lo más expuestos a una situación de ese tipo. La cuestión, obviamente, puede ser afrontada y resuelta a través de convenio colectivo, pero la norma pactada debe respetar de cualquier modo lo que se establezca expresamente en normas de superior rango, o lo que, a juicio del correspondiente intérprete jurisdiccional, se desprenda de las mismas a tales efectos.

En el caso resuelto por la sentencia TS 394/2020, de 22 de mayo, la cuestión fue planteada en sede jurisdiccional mediante demanda de conflicto colectivo promovida por el sindicato CGT frente a la empresa "TRANSCOM WORLDWIDE SPAIN, S.L.U.", a la que se adhirieron las organizaciones sindicales USO, UGT, CC.OO., CSIF y COBAS. Las relaciones de trabajo afectadas por el conflicto se regían por el II Convenio Colectivo de ámbito estatal del Sector de *Contact Center*, antes *Telemarketing*. Por razones funcionales, la demanda fue presentada ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, que la examinó y resolvió en instancia. En su sentencia de 30 de mayo de 2018, desestimatoria de la demanda, se declararon los siguientes hechos probados:

--la empresa calcula la retribución de vacaciones de los trabajadores a tiempo parcial que experimentan ampliación de jornada en determinados periodos del año de distinto modo, dependiendo de que el periodo de vacaciones coincida con periodos de tiempo durante los cuales exista jornada ampliada o de que, en cambio, ese tiempo de descanso corresponda en fechas en las que no se procede a la ampliación de la jornada.

--en el primer caso la retribución de vacaciones se computa con arreglo a la citada ampliación, con el consiguiente aumento de la retribución, mientras que en el segundo la retribución se computa exclusivamente en función de las horas contratadas en el contrato de trabajo, sin consideración de las ampliaciones de jornada que pudieran haberse realizado a lo largo del año.

--a la hora de concertar las ampliaciones de jornada, en alguna ocasión la empresa se ha interesado por las fechas en las que el trabajador en cuestión tenía intención de disfrutar de vacaciones.

Tras la desestimación íntegra de la demanda, el sindicato demandante interpuso recurso de casación ante la Sala de lo Social del TS, al que se adhirió el sindicato CC.OO. En el recurso se solicitaba, por un lado, la revisión de los hechos probados y, por otro, una reconsideración de la decisión de fondo por infracción de normas y jurisprudencia.

A ese respecto, el propio TS consideró oportuno precisar, a partir de la postura adoptada por el Ministerio Fiscal en el asunto, que se trataba de motivos ligados entre sí pero independientes, “de suerte que, aunque no prospere el primero, es posible y, además, necesario examinar este motivo segundo en el que se plantea una cuestión estrictamente jurídica que no está condicionada -como se verá- con la redacción del hecho probado pretendida por la recurrente y que puede ser analizada, sin ninguna dificultad, dejando inalterados los hechos probados de la sentencia”.

También quiso poner de manifiesto el propio TS que la cuestión planteada “se refiere a la incidencia que sobre la retribución de las vacaciones puedan tener las diversas ampliaciones de jornada que puedan efectuarse, a lo largo del año, a los trabajadores a tiempo parcial”, pero no a la que pudieran tener “las posibles horas complementarias, previstas en el artículo 12.5 ET, que se hubieran podido realizar”, cuestión que no se había planteado en el correspondiente proceso de conflicto colectivo.

IV. Posición de las partes

El sindicato recurrente centraba sus alegaciones en dos motivos. Por una parte, “error en la apreciación de la prueba”, con base “en documentos que obran en autos que demuestran la equivocación del juzgador”, y con la pretensión de modificar el relato de hechos probados para que quedara constancia expresa de que “la mayor parte de los trabajadores/as a tiempo parcial ha ampliado la jornada durante la mayoría de períodos del año, y a estos trabajadores, la empresa, retribuye sus períodos de vacaciones sin computar las ampliaciones de jornada realizada durante el año”, sin que se hubiera probado la existencia de trabajadores “a los que se les retribuye las vacaciones computando las jornadas ampliadas”.

Por otra parte, aducía infracción de normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia, referida concretamente al artículo 7.1 del Convenio número 132 de la OIT, a la Directiva 2003/88 sobre ordenación del tiempo de trabajo, a la sentencia TJUE de 22 de julio de 2014, y a la Sentencia TS de 28 de febrero de 2018. Sostenía la organización sindical recurrente, básicamente, que de ese acervo normativo y jurisprudencial cabía extraer el criterio “de que durante las vacaciones el trabajador debe percibir la retribución ordinaria y comparable a los períodos de trabajo”, que en general debe ser la retribución normal o media y que, en este caso, debía incluir la parte correspondiente a los períodos de ampliación de jornada.

El recurso fue impugnado por la representación de la empresa, aunque no constan sus alegaciones. Tampoco las del sindicato CC.OO., adherido a la iniciativa de CGT.

El Ministerio Fiscal emitió informe a favor de la improcedencia del recurso, pero no existen mayores especificaciones sobre su contenido en los antecedentes de la sentencia objeto de comentario.

V. Normativa aplicable al caso

Para la comprensión y resolución del caso son relevantes los siguientes preceptos:

Artículo 12 ET, en tanto que proporciona la definición legal de contrato de trabajo a tiempo parcial, determina las posibilidades de ampliación de las horas de trabajo inicialmente pactadas, establece el régimen de las posibles horas complementarias y

reconoce a las personas trabajadoras a tiempo parcial “los mismos derechos que los trabajadores a tiempo completo”, con la precisión de que “cuando corresponda en atención a su naturaleza, tales derechos serán reconocidos en las disposiciones legales y reglamentarias y en los convenios colectivos de manera proporcional, en función del tiempo trabajado, debiendo garantizarse en todo caso la ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, entre mujeres y hombres”.

Artículo 38 ET, en tanto reconoce el derecho a vacaciones anuales retribuidas, que no es sustituible por compensación económica y que se regirá en principio según lo pactado en convenio colectivo o contrato individual, con sujeción en todo caso a sus indicaciones de carácter imperativo.

Artículo 19 del RD 2317/1993, según el cual “los trabajadores a tiempo parcial tendrán los mismos derechos que los trabajadores a tiempo completo, salvo las peculiaridades que, en función del tiempo trabajado, estén establecidas por ley o puedan determinarse por la negociación colectiva”.

Artículo 7 del Convenio número 132 de la OIT de 1970, en el que se dispone que “toda persona que tome vacaciones de conformidad con las disposiciones del presente Convenio percibirá, por el período entero de esas vacaciones, por lo menos su remuneración normal o media (incluido el equivalente en efectivo de cualquier parte de esa remuneración que se pague en especie, salvo si se trata de prestaciones permanentes de que disfruta el interesado independientemente de las vacaciones pagadas), calculada en la forma que determine en cada país la autoridad competente o el organismo apropiado”, con la precisión de que “el monto debido en virtud del párrafo 1 deberá ser pagado a la persona empleada interesada antes de sus vacaciones, a menos que se haya previsto de otro modo en un acuerdo que vincule al empleador y a dicha persona”.

Artículo 4.1 del Acuerdo Marco sobre el Trabajo a Tiempo Parcial incorporado a la Directiva 97/81/CE, de 15 de diciembre, en el que se dispone que “no podrá tratarse a los trabajadores a tiempo parcial de una manera menos favorable que a los trabajadores a tiempo completo comparables por el simple motivo de que trabajen a tiempo parcial, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas”.

VI. Doctrina básica

La doctrina básica de la sentencia TS 394/2020 puede condensarse de la siguiente manera:

Primero: la retribución que tiene garantizada el trabajador para su período vacacional es la ordinaria o habitual, “que en estos casos es la resultante de promediar la que hubiere recibido a lo largo de los once meses correspondientes a la anualidad de devengo vacacional retribuido”.

Segundo: de ese modo, “en dicha retribución deben tenerse en cuenta las ampliaciones de jornada que se realizan a lo largo del año aunque no subsistan en la fecha del disfrute de las vacaciones”.

Tercero: tal conclusión viene avalada tanto por el ordenamiento de la Unión Europea como por el ordenamiento interno, en tanto que el artículo 4.1 del Acuerdo Marco sobre el Trabajo a tiempo parcial incorporado a la Directiva 97/81/CE dispone que “no podrá tratarse a los trabajadores a tiempo parcial de una manera menos favorable que a los trabajadores a tiempo completo comparables por el simple motivo de que trabajen a tiempo parcial, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas”, y que el artículo 19 del RD 2317/1993 ratifica esa regla al decir que “los trabajadores a tiempo parcial tendrán los mismos derechos que los trabajadores a tiempo completo, salvo las peculiaridades que, en función del tiempo trabajado, estén establecidas por ley o puedan determinarse por la negociación colectiva”.

Cuarto: difícilmente podría cumplirse ese principio de igualdad y no discriminación entre trabajadores a tiempo completo y trabajadores a tiempo parcial si se admitiera

“que la retribución de las vacaciones de estos últimos estuviese condicionada por la jornada que realicen en el momento del disfrute de las vacaciones, mientras que al personal a tiempo completo les garantizamos la retribución ordinaria o habitual percibida a lo largo del año, según hemos reiterado en las sentencias de esta Sala ya mencionadas”.

Quinto: la retribución ordinaria del trabajador a tiempo parcial que a lo largo del año celebra novaciones contractuales que amplían su jornada temporalmente es precisamente la que resulta de promediar lo percibido a lo largo del año.

VII. Parte dispositiva

El recorrido argumental de la sentencia TS 394/2020 puede distribuirse en dos grandes apartados, concordantes con los dos motivos de casación aducidos por el sindicato recurrente.

El primero de esos apartados se refiere a la petición de revisión fáctica, y a tal efecto el TS recuerda “la doctrina de la Sala” (recogida, entre muchas otras, en sus sentencias de 11 de febrero de 2014, 8 de noviembre de 2016 y 17 de enero de 2017), según la cual para que en casación pueda prosperar una alegación sobre error de hecho es preciso que concurren cuatro elementos: que la equivocación del juzgador se desprenda de forma directa de un elemento de la prueba documental obrante en las actuaciones que tenga formalmente el carácter de documento y la eficacia probatoria propia de este medio de prueba; que se señale por la parte recurrente el punto específico del contenido de cada documento que pone de relieve el error alegado mediante un análisis que muestre la correspondencia entre la declaración contenida en el documento y la rectificación que se propone; que el error se desprenda de forma clara, directa e inequívoca del documento sin necesidad de deducciones, conjeturas o suposiciones; que el error sea trascendente en orden a alterar el sentido del fallo de la resolución recurrida, y que la modificación o adición que se pretenda no comporte valoraciones jurídicas ni calificaciones jurídicas predeterminantes del fallo, con la conclusión de que el recurrente no puede buscar ni una nueva valoración total de las pruebas practicadas, ni una valoración distinta de una determinada prueba ya valorada por el juzgador de instancia, ni una revisión de hechos “que se funde en la alegación, sin más, de la inexistencia de prueba que respalde el relato judicial, sobre todo cuando consta que en el acto del juicio se practicó suficiente prueba para avalar la conclusión plasmada en la sentencia”.

En el apartado de fondo, la sentencia TS 394/2020 recuerda los reiterados pronunciamientos de ese órgano jurisdiccional en materia de retribución de las vacaciones (muchos de ellos concentrados en los últimos años), de los que puede extraerse una doctrina susceptible de resumen en unos cuantos puntos:

--durante las vacaciones el trabajador debe percibir la "retribución ordinaria" y "comparable a los períodos de trabajo", noción equiparable a la "remuneración normal o media" que según el Convenio OIT número 132 puede ser calculada en la forma que se disponga mediante la negociación colectiva.

--la primacía que ha de reconocerse a “la doctrina comunitaria” elaborada en torno a la Directiva 2003/88/CE y al propio Convenio OIT se opone “a la rotundidad de nuestra clásica afirmación acerca de la absoluta libertad de los negociadores colectivos para fijar el importe de la retribución en vacaciones”, aun cuando se respeten los mínimos de derecho necesario en cómputo anual, de modo que “toda regulación pactada” debe someterse a una interpretación que sin desconocer el protagonismo de la negociación colectiva “se presente lo más ajustada posible” a esas fuentes internacionales.

--aunque la fijación de esa retribución "normal o media" por parte de la negociación colectiva admita “un comprensible grado de discrecionalidad”, entre otras razones por la vaguedad de la expresión utilizada por el artículo 7.1 del Convenio número 132 de la OIT (“calculada en la forma...”), no cabe distorsionar tal concepto “hasta el punto de hacerlo irreconocible”.

--la referencia a retribución "normal o media" encierra un concepto jurídico indeterminado que como tal ofrece un "núcleo" o "zona de certeza" y un "halo" o "zona de duda".

--el núcleo "parece debe integrarse" por los conceptos que constituyen la retribución "ordinaria" del trabajador tomados de manera individualizada, como por ejemplo, el salario base y los conceptos debidos a "condiciones personales" del trabajador (antigüedad, titulación, idiomas, etc.) y a circunstancias de la "actividad empresarial" (toxicidad, penosidad, peligrosidad, etc.), mientras que se excluyen del mismo en términos generales los conceptos retributivos extraordinarios (bonus, determinados incentivos, paga de horas extraordinarias, etc.).

--el llamado "halo", por su parte, "pudiera estar integrado" por complementos relativos al concreto "trabajo realizado" en un momento dado (esporádica nocturnidad, aislada turnicidad, horas extraordinarias dotadas de una cierta reiteración, etc.), cuya calificación como retribución ordinaria o extraordinaria dependerá de las circunstancias concurrentes en cada caso, a la vista sobre todo del dato de la habitualidad en su ejecución.

--este espacio más abierto o difuso es precisamente "el punto en el que puede operar una cierta discrecionalidad de la negociación colectiva".

--frente a la afirmación del demandante de la regularidad o habitualidad en las percepciones mensuales alegadas, aunque sus cuantías fueran variables, corresponde a la empresa "la carga de la prueba de desmontar ese punto de partida de la reclamación" y acreditar que se trata de percepciones excepcionales, al ser la que tiene "disponibilidad y facilidad probatoria" al respecto conforme a las previsiones del artículo 217 LEC.

--cuando se trata de salario de cuantía variable en función de la duración de la jornada de trabajo a tiempo parcial, la exigencia de que el trabajador perciba en vacaciones la retribución ordinaria y comparable a los períodos de trabajo se traduce en el derecho a devengar para el período vacacional "la media que hubiera percibido el trabajador durante los once meses de la anualidad correspondiente a cada período vacacional retribuido".

--a ello no se opone el hecho de que a falta de negociación colectiva la línea divisoria entre la ocasionalidad y la habitualidad haya de situarse en el percibo del plus en la mayoría de mensualidades del año de cuyo disfrute vacacional se trate, puesto que ello es predicable de los complementos pertenecientes a la denominada "zona de duda", por depender de las circunstancias concurrentes.

Con base en dicha doctrina, la sentencia TS 394/2020 estima el recurso y declara el derecho de los trabajadores afectados "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 subsistan en la fecha del disfrute vacacional, de forma que se promedie el salario percibido en los once meses correspondientes a la anualidad de cada período vacacional retribuido".

VIII. Pasajes decisivos

Expongamos el tenor literal de algunos pasajes determinantes del fallo, tanto en relación con el motivo de revisión de hechos probados como en el referente a la infracción de normas y jurisprudencia.

Sobre el primer motivo: "...para que pueda prosperar un error de hecho en casación es preciso que: 1º) la equivocación del juzgador se desprenda de forma directa de un elemento de la prueba documental obrante en las actuaciones que tenga formalmente el carácter de documento y la eficacia probatoria propia de este medio de prueba, 2º) se señale por la parte recurrente el punto específico del contenido de cada documento que pone de relieve el error alegado, razonando así la pertinencia del motivo, mediante un análisis que muestre la correspondencia entre la declaración

contenida en el documento y la rectificación que se propone, 3º) el error debe desprenderse de forma clara, directa e inequívoca del documento, sin necesidad de deducciones, conjeturas o suposiciones, 4º) el error debe ser trascendente en orden a alterar el sentido del fallo de la resolución recurrida, 5º) Bajo esta delimitación conceptual fáctica no pueden incluirse normas de derecho o su exégesis”.

Sobre el motivo de fondo: “...tanto la doctrina comunitaria, obligadamente interpretativa de nuestra legislación, como el propio Convenio 138 OIT, que forma parte de la normativa nacional ex artículo 96.1 CE, y ostenta en ella la primacía antes indicada, no sólo se oponen a la rotundidad de nuestra clásica afirmación acerca de la absoluta libertad de los negociadores colectivos para fijar el importe de la retribución en vacaciones [aún con respeto, en cómputo anual, de los mínimos de derecho necesario], sino que -sobre todo nos obligan a buscar una interpretación de toda regulación pactada que, sin desconocer ese protagonismo de la "negociación colectiva" a la que se remite directamente el ET e indirectamente consiente el Convenio 138 OIT, de todas formas se presente lo más ajustada posible tanto a la doctrina comunitaria que glosa la expresada Directiva 2003/88/CE cuanto a la referencia expresa que el art. 7.1 del citado Convenio 138 OIT hace a la "remuneración normal o media”.

De nuevo sobre el motivo de fondo: “...aunque la fijación de esa retribución ["normal o media"] por parte de la negociación colectiva admita un comprensible grado de discrecionalidad, pues a ello indudablemente alude la expresión "calculada en la forma..." que el citado art. 7.1 del Convenio 132 utiliza, de todas las maneras la misma no puede alcanzar la distorsión del concepto -"normal o media"- hasta el punto de hacerlo irreconocible, puesto que se trata concepto jurídico indeterminado y como tal ofrece: 1).- Lo que se ha denominado "núcleo" -zona de certeza-, que parece debe integrarse, en su faceta "positiva" por los conceptos que integran la retribución "ordinaria" del trabajador individualizado, como por ejemplo, el salario base, los conceptos -complementos- debidos a "condiciones personales" del trabajador [antigüedad, titulación, idiomas...] y a circunstancias de la "actividad empresarial" [toxicidad; penosidad; peligrosidad...], que siempre son percibidos por los trabajadores individualmente considerados; y en su faceta "negativa", por términos generales, los conceptos retributivos extraordinarios [con carácter general y sin perjuicio de su excepción en singulares circunstancias, los bonus; determinados incentivos; horas extraordinarias...]. 2).- El llamado "halo" -zona de duda-, que bien pudiera estar integrado por complementos atribuibles a circunstancias relativas al concreto "trabajo realizado" [esporádica nocturnidad; aislada turnicidad; las mismas horas extraordinarias, pero dotadas de una cierta reiteración ...], y cuya calificación -como retribución ordinaria o extraordinaria- dependerá de las circunstancias concurrentes [particularmente la habitualidad en su ejecución], y que es precisamente el punto en el que puede operar una cierta discrecionalidad de la negociación colectiva". D.- Frente a la afirmación demandante de la regularidad o habitualidad en las percepciones mensuales, aunque sus cuantías fueran variables, es a la empresa a la que corresponde la carga de la prueba de desmontar ese punto de partida de la reclamación y de que trata de percepciones excepcionales, al ser ella que dispone de "disponibilidad y facilidad probatoria" al respecto, conforme a las previsiones que en orden a la carga de la prueba dispone el 217 LEC”.

Una vez más sobre el motivo de fondo: “...el trabajador debe percibir en vacaciones la retribución ordinaria y comparable a los períodos de trabajo, lo cual debe ser interpretado cuando, como en el presente caso, se trata de salario en cuantía variable - en función de la duración de la jornada del contrato a tiempo parcial debido a las aludidas ampliaciones- como derecho a devengar, para el período vacacional la media que hubiera percibido el trabajador durante los once meses de la anualidad correspondiente a cada período vacacional retribuido, tal como sentó la STS de 21 de diciembre de 2017 (Rec. 275/2016). 3.- A la afirmación anterior no se opone el que hayamos dicho que, a falta de negociación colectiva, la línea divisoria entre la ocasionalidad y la habitualidad ha de situarse en el percibo del plus en la mayoría de mensualidades del año de cuyo disfrute vacacional se trate; puesto que ello es

predicable de los complementos ubicables en lo que hemos denominado "zona de duda" -los atribuibles a circunstancias relativas al concreto "trabajo realizado" por un trabajador-, su calificación como "ordinaria o extraordinaria" a los efectos de su posible cómputo en la retribución de vacaciones, dijimos expresamente que "dependerá de las circunstancias concurrentes [particularmente la habitualidad en su ejecución], y que es precisamente el punto en el que puede operar una cierta discrecionalidad de la negociación colectiva" (STS de 28 de febrero de 2018, Rec. 16/17)".

IX. Comentario

La sentencia objeto de comentario ofrece una doble dimensión. Por un lado, aplica y refuerza la doctrina que sobre retribución en tiempo de vacaciones ha elaborado la propia Sala de lo Social del TS en los últimos años, en los que los litigios sobre el particular han sido especialmente abundantes. Por otro lado, aporta un indiscutible ánimo de precisar, aclarar y avalar los términos de esa doctrina, especialmente en algunos de sus flancos. La identificación de dos círculos en el ámbito de proyección de la noción de retribución "normal o media" procedente del Convenio número 132 de la OIT es probablemente el punto más llamativo dentro de esa operación. La interesante distinción entre un "núcleo" o "zona de certeza", en el que se integran los conceptos salariales ordinarios o habituales, y un "halo" o "zona de duda", en el que se comprenden las partidas retributivas dependientes del trabajo realizado en cada ocasión, con la consiguiente variabilidad en su percepción y en su cómputo, se sitúa en efecto en esa línea de actuación y razonamiento, con sus luces y sus posibles reparos. Puede servir desde luego para completar el acervo de criterios interpretativos aptos para dar solución a controversias como la que en este caso se planteaba, aunque seguramente alberga también alguna zona de incertidumbre.

La respuesta que aporta la sentencia TS 394/2020 tiene por supuesto validez general, pero sobre todo parece destinada a tratar de colocar en una posición más convincente y estable la tradicional disputa acerca de la relación entre norma pactada y norma internacional en la regulación de las vacaciones y, particularmente, en la determinación de la correspondiente retribución. Frente a la potencia reguladora atribuida en otros momentos a la norma pactada en esta materia, la sentencia objeto de comentario intenta dejar claro que el espacio de juego de la negociación colectiva está en realidad bastante limitado, por la virtualidad reconocida, a fin de cuentas, a la técnica de promediar la retribución habitualmente percibida a lo largo de los sucesivos meses de trabajo a través de los que se va devengando el derecho al descanso anual. El promedio de retribución anual parece convertirse así en un dato prácticamente inexpugnable, de modo que las competencias de precisión, especificación o modulación de la negociación colectiva quedan relegadas al campo de lo extraordinario o no habitual.

Es evidente, por lo demás, que la sentencia TS 394/2020 no sólo vale para determinar la retribución de vacaciones de los trabajadores a tiempo parcial, aunque dé respuesta a una controversia surgida en el seno de esta modalidad de trabajo y aunque se enfrente a una circunstancia (ampliación en términos variables o no uniformes de la jornada de trabajo) que puede aparecer principalmente en esos supuestos. Sus esfuerzos de diferenciación entre retribuciones habituales (computables en todo caso) y retribuciones extraordinarias (computables o no en función de las características de cada concepto o complemento) tiene desde luego aplicación e interés general.

X. Apunte final

Las vacaciones se han revelado como un habitual escenario de las disputas entre las partes contendientes en la relación laboral y, como no podía ser de otro modo, de la intervención de los tribunales de lo social. Dos grandes temas han aflorado en los últimos tiempos en todo este terreno: el alcance real del derecho al descanso anual, más allá de las vicisitudes sufridas por el trabajador (o a pesar de dichas vicisitudes), y el cálculo de la retribución justa (en términos legales) en los supuestos en los que el salario del trabajador se compone de partidas diversas y no siempre previsibles o

garantizadas. La sentencia TS 394/2020 reafirma la doctrina existente sobre este segundo aspecto y avanza en su precisión y grado de contundencia.

En todo caso, y al margen de esa particular problemática, la sentencia TS 394/2020 alberga un punto de discusión que no llegó a entrar en el debate procesal, por no estar presente en el objeto del conflicto, pero que no deja de ser relevante para la cabal configuración y comprensión del régimen del trabajo a tiempo parcial. ¿Cabe la ampliación de la jornada del trabajador a tiempo parcial más allá de la posibilidad legal de añadir horas complementarias? De modo razonable, el TS se afana por dejar claro que son dos vertientes distintas, y que en el caso controvertido se había procedido a una mera ampliación de jornada, no reconducible a “las posibles horas complementarias” previstas en el artículo 12.5 ET. A diferencia de lo que dispone este precepto legal, las mencionadas ampliaciones se basan, según entiende el TS, en “novaciones modificativas del contrato, de carácter temporal...que suscriben ambas partes a requerimiento de la empresa y que permiten incrementar el número de horas al día, a la semana, al mes o al año, que constituyen el objeto del contrato a tiempo parcial, durante un determinado período de tiempo, a lo largo del año”. Los antecedentes del caso no parecen revelar ninguna inquietud de los interesados acerca de tales ampliaciones, pero no es casualidad que el TS se cuide de precisar que tenía que abordar el objeto del proceso, centrado en esas horas adicionales de trabajo, “con independencia de su legalidad”. ¿Se ajusta la experiencia real del trabajo a tiempo parcial, y particularmente esa clase de prácticas, a los moldes legalmente establecidos?

Referencias:

1. [^] *Proyecto de investigación DER2016-80327-P.*