

### **Complemento por horas extraordinarias en vacaciones: computan las horas que pudieron haberse trabajado durante su disfrute.**

**Juan Martínez Moya**

*Magistrado de la jurisdicción social. Vocal del Consejo General del Poder Judicial*

**Resumen:** *No puede afectar a la cuantía de la retribución de las vacaciones una disposición normativa convencional o una práctica empresarial que tenga un efecto potencialmente disuasorio y que constituya una desventaja económica en el disfrute de las vacaciones anuales del trabajador. Esa desventaja y efecto disuasorio pueden ser resultado de la regulación y aplicación de un mecanismo de contabilización de las horas trabajadas en virtud del cual el disfrute de unas vacaciones puede suponer una reducción de la retribución del trabajador, al eliminarse de esta el complemento previsto para las horas extraordinarias efectivamente realizadas. En estos casos el concepto de hora trabajada es más amplio que el de hora efectivamente trabajada.*

**Palabras clave:** *Vacaciones. Retribución: Horas extraordinarias. Efecto disuasorio. Desventaja económica. Cálculo de tiempo de trabajo mensual.*

**Abstract:** *Une disposition conventionnelle et toute pratique ou omission d'un employeur ayant un effet potentiellement dissuasif sur la prise du congé annuel par un travailleur est incompatible avec la finalité du droit au congé annuel payé. Cet effet désavantageux et dissuasif peut résulter de l'application d'un mécanisme de compatibilisation des heures travaillées en vertu duquel la prise d'un congé est susceptible d'entraîner une réduction de la rémunération du travailleur, celle-ci étant amputée de la majoration prévue pour les heures supplémentaires effectivement accomplies, est de nature à dissuader le travailleur d'exercer son droit à congé annuel payé durant le mois au cours duquel il a accompli des heures supplémentaires.. Dans ces cas, la notion d'heures travaillées est plus large que celle d'heures effectivement travaillées.*

**Keywords:** *Congé anuel payé. Heures supplémentaires. Effet dissuasif. Désavantage financiere. Calcul du temps de travail sur une base mensuelle.*

---

### **I. Introducción.**

Si hay una jurisprudencia del Tribunal de Justicia (TJUE) relevante y consolidada, tanto en cifras y como en diversidad temática, es la que se refiere al derecho a vacaciones anuales retribuidas. Un punto de apoyo singular para esta sostener afirmación lo encontramos en la especial atención y seguimiento dedicado a esta materia en la crónica del RJL (BOE). Recientemente el director de la RJL comentaba la STJUE de 9 de diciembre de 2021 sobre la (no) incidencia de la IT en la retribución vacacional<sup>[1]</sup>. Pero de manera general esta afirmación tiene su base en la insistencia del TJUE al destacar en sus pronunciamientos la especial importancia que tiene el

derecho a vacaciones anuales retribuidas no solo como principio del Derecho social de la Unión, sino también por estar expresamente consagrado en el artículo 31, apartado 2, de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Ahora, en la sentencia TJUE de 13 de enero de 2022, seleccionada para este comentario, la temática sigue centrada también en el aspecto retributivo de las vacaciones, si bien referida al devengo de un complemento por horas extraordinarias – por importe de 72,3 euros- que el trabajador reclama a su empresa en el litigio principal. Los tribunales alemanes, en instancia y apelación, desestimaron su pretensión. El fundamento del rechazo: la aplicación de la literalidad del sistema de cómputo de horas trabajadas previsto en el convenio colectivo para determinar el devengo del complemento por horas extraordinarias. Queda constatado que el trabajador no había superado el umbral mínimo mensual de “horas realmente trabajadas” debido a la circunstancia de que disfrutó sus vacaciones durante el mes en que realizó las horas extraordinarias pero que de no haber disfrutado las vacaciones durante ese mes podría haber superado el umbral mínimo mensual previsto en el convenio.

El Tribunal Supremo Laboral alemán trata de despejar la duda sobre si resulta o no compatible con la normativa europea que disposiciones de un convenio colectivo relativas al sistema de contabilización de las horas trabajadas puedan afectar, en el caso, a la procedencia o no del devengo de un complemento por horas extraordinarias como componente de la retribución vacacional, hasta el punto de que disuadan a los trabajadores para hacer valer el disfrute vacacional.

## **II. Identificación de la resolución judicial comentada.**

**Tipo de resolución judicial:** Sentencia.

**Órgano judicial:** Tribunal de Justicia Unión Europea (Sala Séptima).

**Fecha y número de resolución:** 13 de enero de 2022, núm. 62020CJ0514

**Tipo y número recurso o procedimiento:** cuestión prejudicial. C-514/20

**ECLI:EU:C:2022:19.**

**Fuente:** Curia.

**Ponente:** Sra. I. Ziemele

**Abogado General:** Sr. J. Richard de la Tour.

## **III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes.**

### **1. El litigio principal.**

*-Partes y objeto de la reclamación:*

En Alemania, un trabajador, empleado a jornada completa por la empresa Koch en condición de trabajador cedido por una empresa de trabajo temporal, presentó una demanda ante los órganos jurisdiccionales alemanes solicitando que se condenara a dicha empresa a pagarle 72,32 euros en concepto de complemento por horas extraordinarias por superar el umbral de 184 horas trabajadas.

Justificaba esta petición alegando en su demanda que el mes agosto de 2017, que tuvo 23 días laborables, había trabajado 121,75 horas durante los primeros 13 días y posteriormente disfrutó, los 10 días restantes, unas vacaciones anuales retribuidas correspondientes a 84,7 horas de trabajo. Consideraba que debían tenerse en cuenta los días de vacaciones anuales retribuidas para determinar el número de horas trabajadas, lo que comportaría superar el volumen de horas trabajadas que excedía del mencionado umbral de 184 horas para devengar el complemento.

- *Itinerario procesal:*

+La demanda fue desestimada en instancia; y asimismo tampoco se acogió el recurso de apelación.

+ Recurso de casación

El trabajador interpuso un recurso de casación ante el Tribunal Supremo de lo Laboral de Alemania.

## **2. El procedimiento prejudicial.**

- *Órgano remitente de la cuestión:* Tribunal Supremo de lo Laboral de Alemania.

- *La duda prejudicial:* La duda que tiene el Tribunal Supremo Alemán se refiere a la compatibilidad del sistema establecido en el Convenio colectivo aplicable (solo pueden computarse las horas trabajadas para determinar si el trabajador ha superado el umbral del contingente horario de la jornada laboral mensual ordinaria) por cuanto de ser así, eliminaría el derecho al complemento por horas extraordinarias en el caso, y se opondría a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia según la cual no se puede disuadir a los trabajadores de hacer valer su derecho al período mínimo de vacaciones anuales retribuidas.

-*Los términos de la cuestión prejudicial:* «¿Se oponen el artículo 31, apartado 2, de la [Carta] y el artículo 7 de la Directiva [2003/88] a una disposición de un convenio colectivo con arreglo a la cual, para determinar si a un trabajador le corresponde un complemento por horas extraordinarias y, en su caso, por cuántas horas, solo se consideran las horas efectivamente trabajadas y no las horas disfrutadas por el trabajador en concepto de vacaciones anuales retribuidas?»

## **IV. Posición de las partes.**

1. *Reclamación del trabajador:* reclama como retribución de sus vacaciones el devengo del complemento por horas extraordinarias al considerar que superó el umbral de 184 horas trabajadas. Considera que en el caso los días de vacaciones anuales retribuidas “suman” para determinar el número de horas trabajadas.

2. *Posición de la empresa:* se opone a la pretensión del trabajador.

3. *Posiciones de los Tribunales nacionales alemanes:*

-*Tribunales de primera instancia y de apelación:* desestiman la reclamación del trabajador

-*Tribunal Supremo Laboral:* plantea la cuestión prejudicial. Y lo hace tras constatar que las disposiciones del Convenio Colectivo marco sobre el trabajo para las empresas de trabajo temporal podrían incitar a los trabajadores a no disfrutar del período mínimo de vacaciones anuales retribuidas, puesto que en el caso de autos, si el trabajador hubiera trabajado durante las horas correspondientes a las vacaciones anuales retribuidas que disfrutó, habría superado en 22,45 horas el contingente horario de trabajo ordinario y habría tenido derecho a un complemento del 25 % por dichas horas. El órgano jurisdiccional remitente alberga dudas en cuanto a la compatibilidad del sistema establecido por el mencionado Convenio Colectivo, en tanto provoca en definitiva una eliminación del derecho al complemento por horas extraordinarias, con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia según la cual no se puede disuadir a los trabajadores de hacer valer su derecho al período mínimo de vacaciones anuales retribuidas.

4. *Posición del Abogado General:* fue oído en el procedimiento. El asunto se juzgó sin conclusiones. <sup>[2]</sup>

## V. Normativa aplicable al caso.

### **Derecho de la Unión**

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: artículo 31.2.

Directiva 2003/88 relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo:

-Considerandos: «(4) La mejora de la seguridad, de la higiene y de la salud de los trabajadores en el trabajo representa un objetivo que no puede subordinarse a consideraciones de carácter puramente económico. (5) Todos los trabajadores deben tener períodos de descanso adecuados. [...]»

-Artículo 7 «Vacaciones anuales»: «1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que todos los trabajadores dispongan de un período de al menos cuatro semanas de vacaciones anuales retribuidas, de conformidad con las condiciones de obtención y concesión establecidas en las legislaciones y/o prácticas nacionales. 2. El período mínimo de vacaciones anuales retribuidas no podrá ser sustituido por una compensación financiera, excepto en caso de conclusión de la relación laboral.»

### **Derecho alemán**

-Convenio colectivo marco sobre el trabajo para empresas de trabajo temporal: punto 3.1, relativo a la «Jornada laboral»:

«3.1.1. La jornada laboral individual ordinaria mensual de los trabajadores a tiempo completo es de 151,67 horas. [...] 3.1.2. La jornada laboral individual ordinaria de cada mes dependerá del número de días laborables. La jornada laboral mensual será: [...] - de 161 horas en los meses con 23 días laborables [...]»

El punto 4.1.2: «Se pagarán complementos por horas extraordinarias por las horas trabajadas que excedan de: [...] - 184 horas en los meses con 23 días laborables.

El complemento por horas extraordinarias es del 25 %. [...]»

## VI. Doctrina básica.

\*Es incompatible con la finalidad del derecho a vacaciones anuales retribuidas conforme a lo previsto en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, art. 31.2. y art. 7 de la Directiva 2003/88, toda práctica u omisión de un empresario y normativa convencional que tenga un efecto potencialmente disuasorio y que constituya una desventaja económica en el disfrute de las vacaciones anuales por un trabajador.

\* Un mecanismo de contabilización de las horas trabajadas, que toma como referencia en la unidad mensual, en virtud del cual el disfrute de unas vacaciones puede suponer una reducción de la retribución del trabajador, al eliminarse de esta el complemento previsto para las horas extraordinarias efectivamente realizadas, puede disuadir al trabajador de ejercer su derecho a vacaciones anuales retribuidas durante el mes en el que haya realizado horas extraordinarias, extremo que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente en el litigio principal.

\* A diferencia de la doctrina contenida en el caso *Hein*, *sentencia de 13 de diciembre de 2018*,<sup>[3]</sup> ( apartado 47), en el que el TJUE abordó la cuestión de la necesidad de tener en cuenta las horas extraordinarias realizadas por un trabajador para calcular la retribución ordinaria debida en concepto de las vacaciones anuales retribuidas y asimismo examinó los requisitos para el cómputo de esas horas extraordinarias a efectos de determinar la retribución ordinaria, con el fin de que el trabajador disfrute, durante dichas vacaciones, de condiciones económicas comparables a las que disfruta en el ejercicio de su trabajo; en el presente caso, la cuestión versa sobre el umbral de activación del pago de un complemento por las

horas extraordinarias efectivamente trabajadas por el trabajador en un período mensual determinado.

\*En consecuencia, en el presente caso si la aplicación de ese mecanismo provoca efectos disuasorios y desventajas económicas en el derecho a las vacaciones del trabajador, el concepto de hora trabajada no se asimila al de hora efectivamente trabajada, sino que se pueden computar las horas que pudieron haberse trabajado durante su disfrute.

## VII. Parte dispositiva.

\**Principal*: El artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, a la luz del artículo 31, apartado 2, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una disposición de un convenio colectivo en virtud de la cual, para determinar si se alcanza el umbral de horas trabajadas que da derecho a un complemento por horas extraordinarias, no se computan como horas de trabajo realizadas las horas correspondientes al período de vacaciones anuales retribuidas disfrutado por el trabajador.

\**Accesorio* (costas): los gastos efectuados por quienes, no siendo partes del litigio principal, han presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia no pueden ser objeto de reembolso.

## VIII. Pasajes decisivos.

40 Por tanto, un mecanismo de contabilización de las horas trabajadas, como el controvertido en el litigio principal, en virtud del cual el disfrute de unas vacaciones puede suponer una reducción de la retribución del trabajador, al eliminarse de esta el complemento previsto para las horas extraordinarias efectivamente realizadas, puede disuadir al trabajador de ejercer su derecho a vacaciones anuales retribuidas durante el mes en el que haya realizado horas extraordinarias, extremo que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente en el litigio principal.

41 Pues bien, como se ha recordado en el apartado 32 de la presente sentencia, toda práctica u omisión de un empresario que tenga un efecto potencialmente disuasorio sobre el disfrute de las vacaciones anuales por un trabajador es incompatible con la finalidad del derecho a vacaciones anuales retribuidas.

42 Esta afirmación no queda desvirtuada por la circunstancia, señalada por el órgano jurisdiccional remitente, de que la adquisición del derecho al complemento por horas extraordinarias esté vinculada, en virtud del punto 4.1.2. del MTV, a las horas efectivamente «trabajadas». En efecto, sin perjuicio de las comprobaciones que corresponde efectuar al respecto a dicho órgano jurisdiccional, pese a que consta que el demandante en el litigio principal realizó horas extraordinarias a las que debía aplicarse un complemento del 25 %, el derecho al complemento por horas extraordinarias quedó neutralizado por la circunstancia de que la unidad de referencia para fijar el umbral del volumen horario tenido en cuenta para tal complemento se define mensualmente y de que el demandante ejerció su derecho a vacaciones anuales retribuidas durante el mes en el que realizó las horas extraordinarias.

43 Por otra parte, en el asunto que dio lugar a la *sentencia de 13 de diciembre de 2018, Hein (C-385/17, EU:C:2018:1018)*, apartado 47, como apunta el órgano jurisdiccional remitente, el Tribunal de Justicia abordó la cuestión de la necesidad de tener en cuenta las horas extraordinarias realizadas por un trabajador para calcular la retribución ordinaria debida en concepto de las vacaciones anuales retribuidas previstas en el *artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2003/88* y, consecuentemente, examinó los requisitos para el cómputo de esas horas extraordinarias a efectos de determinar la retribución ordinaria, con el fin de que el trabajador disfrute, durante dichas vacaciones, de condiciones económicas comparables a las que disfruta en el ejercicio de su trabajo.

44 Ahora bien, esta cuestión debe distinguirse de la relativa al umbral de activación del pago de un complemento por las horas extraordinarias efectivamente trabajadas por el trabajador en un período mensual determinado, como la controvertida en el presente asunto, de modo que los requisitos establecidos por el Tribunal de Justicia en el apartado 47 de la citada sentencia en relación con la retribución ordinaria en concepto de vacaciones anuales retribuidas no son pertinentes en el caso de autos.

45 Por consiguiente, un mecanismo de contabilización de las horas trabajadas como el controvertido en el litigio principal no es compatible con el derecho a vacaciones anuales retribuidas previsto en el *artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2003/88*.

## **IX. Comentario.**

*1.- El esfuerzo analítico del Tribunal Supremo de lo Laboral alemán: el elemento finalista del derecho a las vacaciones anuales retribuidas desplaza a la literalidad del mecanismo de devengo del complemento retributivo por horas extraordinarias previsto en la norma convencional.*

La claridad del art.7 de la Dir. 2003/88, de 4 de noviembre, y su configuración como precepto no sujeto a excepciones, sin embargo, no ha dejado de generar dudas de ajuste a dichas reglas mínimas por parte de las legislaciones y prácticas nacionales. Estamos ante un precepto que suscita el planteamiento de numerosas cuestiones prejudiciales por parte de los tribunales nacionales, lo que ha permitido abrir un espacio donde muchos conflictos se deciden en sede jurisdiccional dando lugar a una jurisprudencia cuantitativa y cualitativamente relevante<sup>[4]</sup>.

El aspecto de la retribución de las vacaciones es un tema además de recurrente, muy casuístico en su descripción, principalmente porque en la normativa aplicable incide acusadamente las disposiciones convencionales.

Como se puede advertir en la sentencia objeto de este comentario los perfiles fácticos del caso aparentemente dibujan una situación muy singular o específica: trabajador que disfruta sus vacaciones durante el mes de agosto, habiendo trabajado un número de horas ese mes que de no haber empezado a disfrutar sus vacaciones dicho mes le hubieran permitido “trabajar efectivamente” un número de horas suficientes para devengar el complemento por horas extraordinarias previsto en el convenio colectivo.

Una aplicación mecánica de la disposición convencional sin tener en cuenta parámetros finalistas del derecho a las vacaciones a una solución desestimatoria, sin más. Se trataría de una interpretación gramatical y literal de los términos del convenio colectivo despojada de todo canon interpretativo de garantías del derecho que conduciría, sin mayores razonamientos, sino por el puro criterio de subsunción a entender que solo pueden computarse las horas trabajadas para determinar si el trabajador ha superado el umbral del contingente horario de la jornada laboral mensual ordinaria, puesto que - como se indica en la sentencia- los términos «horas trabajadas» remiten al concepto de horas realmente trabajadas, excluyendo los períodos de vacaciones. Así se decidió el litigio principal, en instancia y en apelación.

El enfoque de la cuestión cambia cuando el asunto llega a casación. La lucidez del Tribunal Supremo Laboral alemán está en ver más allá de esa aplicación mecánica de los parámetros del devengo de un complemento retributivo.

*2. Los argumentos en contra y a favor que maneja el Tribunal Supremo Laboral alemán para plantear la cuestión prejudicial.*

Para ello, el Tribunal Supremo laboral alemán confronta dos bloques argumentales:

(a) Los que abonarían la aplicación del mecanismo previsto en el Convenio Colectivo desde un punto de vista finalista; y

(b) Los que llevarían a una solución contraria y que se reflejan en la doctrina jurisprudencial del propio TJUE – cita como precedentes dos sentencias [22 de mayo de 2014, *Lock*<sup>[5]</sup> y 13 de diciembre de 2018, *Hein*]<sup>[6]</sup>- enderezada a evitar que una norma tenga el efecto disuasorio en el trabajador para hacer valer su derecho al periodo mínimo de vacaciones anuales retribuidas.

\*Los argumentos que descartarían la duda prejudicial por comportar el ajuste al ordenamiento jurídico de las previsiones del convenio, se refieren al objetivo del complemento por horas extraordinarias. Éste compensa una carga de trabajo especial que no se produce durante el disfrute de vacaciones anuales retribuidas, de modo que el complemento tiene por objeto recompensar al trabajador cuyo trabajo rebasa sus obligaciones contractuales. De ser así – extrae una primera conclusión- “el citado complemento es un derecho que se adquiere por el trabajo, sin que puedan tomarse en consideración los períodos de vacaciones”. El Tribunal Supremo alemán no se detiene aquí: precisa que los complementos por horas extraordinarias podrían también incitar a los empresarios a no interferir en el tiempo de ocio de los trabajadores, ya que tal injerencia provoca un sobre coste del 25 % del salario por hora contractualmente definido.

\*Los argumentos que fundamentan la duda prejudicial:

(1) El *efecto disuasorio*.- Nos estamos refiriendo al potencial *efecto disuasorio* para que los trabajadores hagan valer su derecho a las vacaciones retribuidas. El órgano judicial requirente advierte que, si el trabajador hubiera trabajado durante las horas correspondientes a las vacaciones anuales retribuidas que disfrutó, habría superado en 22,45 horas el contingente horario de trabajo ordinario y habría tenido derecho a un complemento del 25 % por dichas horas.

(2) La *desventaja económica*.- La similitud del caso planteado con la *sentencia de 22 de mayo de 2014, Lock (C-539/12)*, pues en ambos casos “la desventaja económica” no afecta a la remuneración de las vacaciones retribuidas propiamente dicha, sino que se produce durante un período anterior o posterior a las vacaciones.

(3) La *excepcionalidad y la imprevisibilidad* de la realización de las horas extraordinarias.- No obstante considera que si se aplica la doctrina de contenida de en la *sentencia de 13 de diciembre de 2018, Hein (C-385/17)* sería lógico que los días de vacaciones no se computasen al determinar el volumen horario que da derecho a percibir un complemento por horas extraordinarias, puesto que con aquella doctrina cuando las obligaciones derivadas del contrato de trabajo exijan que el trabajador realice horas extraordinarias que tengan en gran medida carácter previsible y habitual y cuya retribución constituya un importante elemento de la retribución total, la retribución percibida por estas horas extraordinarias debería incluirse en la retribución adeudada durante el período de vacaciones; y, en el presente caso las horas extraordinarias parecen tener un carácter excepcional e imprevisible.

3.- *Los criterios interpretativos utilizados por el TJUE: finalista; interdicción de toda desventaja económica y disuasoria; análisis dinámico del mecanismo de cómputo.*

Según la jurisprudencia del TJUE: (a) El derecho a vacaciones anuales, reconocido en el *artículo 7 de la Directiva 2003/88*, tiene una doble finalidad, que consiste en permitir que el trabajador descanse de la ejecución de las tareas que le incumben según su contrato de trabajo, por una parte, y que disponga de un período de ocio y esparcimiento, por otra<sup>[7]</sup>. (b) La expresión «vacaciones anuales retribuidas» que figura en el artículo 7, párrafo 1, de la Directiva 2003/88 significa que, durante las vacaciones anuales en el sentido de esta Directiva, debe mantenerse la retribución. En otras palabras, que el trabajador debe percibir la retribución ordinaria para dicho período de descanso<sup>[8]</sup>. De este modo, deben mantenerse, en su caso, los complementos relacionados con su calidad de superior jerárquico, con su antigüedad y con sus cualificaciones profesionales, etc. (c) Los incentivos para renunciar al tiempo de descanso o para lograr que los trabajadores renuncien a él son incompatibles con los objetivos del derecho a vacaciones anuales retribuidas, que están vinculados, en

particular, a la necesidad de garantizar al trabajador el derecho a un descanso efectivo, en aras de la protección eficaz de su salud y seguridad. Así, toda práctica u omisión de un empresario que tenga un efecto potencialmente disuasorio sobre el disfrute efectivo de las vacaciones anuales por un trabajador es igualmente incompatible con la finalidad del derecho a vacaciones anuales retribuidas<sup>[9]</sup>.

Y esto es, según razona la STJUE, lo que sucede en el caso.

El TJUE descende al detalle de la situación cuando señala que “el demandante en el litigio principal trabajó 121,75 horas durante los primeros 13 días laborables del mes de agosto de 2017 y, posteriormente, disfrutó de vacaciones anuales durante los 10 días laborables restantes de ese mes. Pues bien, si hubiera trabajado durante estos últimos 10 días, habría realizado 84,7 horas de trabajo, además de las 121,75 horas, de modo que, sin perjuicio de las comprobaciones que corresponde efectuar al órgano jurisdiccional remitente, el volumen de horas trabajadas durante dicho mes habría sido de 206,45 y habría superado en 22,45 horas el umbral del número de horas trabajadas que da derecho a un complemento por horas extraordinarias”.

No obstante, el TJUE también tiene en cuenta que la “unidad de referencia para fijar el umbral del volumen horario” tomada en consideración para un complemento por horas extraordinarias se define mensualmente, por lo que, de ser así, no que no se alcanzaría el umbral mínimo para su devengo.

Y es aquí cuando el TJUE pone el foco de atención y análisis en el mecanismo de contabilización de las horas trabajadas, para concluir “que un mecanismo de contabilización de las horas trabajadas, como el controvertido en el litigio principal, en virtud del cual el disfrute de unas vacaciones puede suponer una reducción de la retribución del trabajador, al eliminarse de esta el complemento previsto para las horas extraordinarias efectivamente realizadas, puede disuadir al trabajador de ejercer su derecho a vacaciones anuales retribuidas durante el mes en el que haya realizado horas extraordinarias (...)”

4.- *Precisiones y matizaciones con relación a la sentencia de 13 de diciembre, Hein<sup>[10]</sup>: su doctrina no es pertinente en el presente caso*

Para apuntalar esta doctrina y matizarla con otros precedentes puntualiza varias cosas:

(a) Las circunstancias concretas en que se produjo el disfrute de vacaciones, a saber: el trabajador ejerció su derecho a vacaciones anuales retribuidas durante el mes en el que realizó las horas extraordinarias, y el complemento reclamado quedó neutralizado porque la unidad de referencia para fijar el umbral se definía mensualmente, y el trabajador inició sus vacaciones a principio de ese mes.

(b) Lo que se resolvió en el caso *Hein* no es del todo coincidente con el supuesto analizado, de ahí que, con rotundidad, el TJUE dice que su doctrina no es pertinente al presente, con lo cual despeja la duda del Tribunal Supremo Laboral alemán que veía en dicha doctrina un motivo para la no inclusión del cómputo de las horas (no) efectivamente trabajadas en el cómputo de devengo del complemento por horas extraordinarias. En la sentencia *Hein* abordó la cuestión de la necesidad de tener en cuenta las horas extraordinarias realizadas por un trabajador para calcular la retribución ordinaria debida en concepto de las vacaciones anuales retribuidas previstas en el *artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2003/88* y, consecuentemente, examinó los requisitos para el cómputo de esas horas extraordinarias a efectos de determinar la retribución ordinaria, con el fin de que el trabajador disfrute, durante dichas vacaciones, de condiciones económicas comparables a las que disfruta en el ejercicio de su trabajo. En cambio, esta cuestión debe distinguirse de la relativa al umbral de activación del pago de un complemento por las horas extraordinarias efectivamente trabajadas por el trabajador en un período mensual determinado, como la controvertida en el presente asunto.

## X. Apunte final.

Tres reflexiones para cerrar el comentario.

La *primera*, con referencia al *impacto de esta doctrina del TJUE en los criterios interpretativos de los tribunales laborales nacionales*, y, en particular en nuestra jurisprudencia nacional. EL TJUE modula – por no utilizar la expresión, limita- el margen de la autonomía colectiva en esta materia. Lo hemos podido constatar en el planteamiento de la cuestión por el Tribunal Supremo laboral alemán, cuando aludía a resultados interpretativos favorables, de no injerencia empresarial, y otros disuasorios, en la compatibilidad con la normativa UE y doctrina del TJUE de la disposición convencional aplicable. En este sentido, a los criterios de reiteración y previsibilidad, y cálculos promediados para la inclusión de horas extraordinarias en la retribución de vacaciones (entre otras, SSTs – Social- núm.. 379/2018 de 9 abril<sup>[11]</sup>, núm. 741/2020 de 8 septiembre<sup>[12]</sup> y núm. 170/2020 de 25 febrero<sup>[13]</sup>) cabrá introducir otros parámetros de valoración como el de la unidad de referencia de cálculo (en el caso, mensual), si se dan en la norma y con las circunstancias que se definan. Deberán estar presentes en el razonamiento de los tribunales nacionales nuevos mecanismo de alerta interpretativa o de cánones reforzados en la argumentación a saber: el criterio de la desventaja económica en el ejercicio del derecho a las vacaciones anuales retributivas junto con el de interdicción de toda disposición que aun cuando se formule de manera neutra conlleve un efecto potencialmente disuasorio para el ejercicio de dicho derecho.

La *segunda*, la atenta lectura de esta sentencia, aparentemente poco novedosa jurídicamente, sin embargo sugiere alguna observación *sobre aspectos metodológicos y referidos al alcance de la interpretación de la norma por los Tribunales*. El criterio finalista o de resultado de una norma, en el juicio de compatibilidad con la normativa de la UE, ensancha su campo de acción desde un punto de vista metodológico. Se da entrada a una metodología interpretativa por parte de los Tribunales más amplia, menos sujeta a patrones clásicos que, en el caso examinado, probablemente no se habría producido si no hubiera sido por el análisis tan preciso realizado por el Tribunal Supremo Laboral alemán. Podía no haberse planteado esa cuestión prejudicial y haber resuelto – es una hipótesis - aplicando la norma convencional por tratarse de un criterio aparentemente neutro como es el del mecanismo de la unidad de referencia mensual como umbral de activación del pago del complemento por horas extraordinarias. Pero el esfuerzo argumentativo y analítico en el planteamiento de la cuestión prejudicial – y de manera más culminada en la sentencia dictada-, en realidad, pone de manifiesto el valor del resultado y finalidad a la que responde el derecho a que un mecanismo de contabilización de horas trabajadas no puede disuadir ni perjudicar la retribución en vacaciones del trabajador.

La *tercera* reflexión tiene que ver con la cada vez mayor presencia y afirmación del valor normativo de la *Carta de Derechos Fundamentales* como texto en el ordenamiento jurídico de la UE codificador de derechos fundamentales. Ello a veces plantea no pocos problemas en los criterios sobre el control judicial de la ley (compatibilidad, conformidad, proporcionalidad, y también análisis de prioridades si el derecho fundamental no está recogido en el texto constitucional nacional) en los Estados miembros de la UE, y en particular en la interpretación del juez nacional. En el caso, la Carta se aplica como fuente inspiradora u orientadora de la Directiva, “interpretación de la Directiva a la luz del art. 31.2 de la Carta” (27)”; expresión que cobra todo su sentido en la doctrina del TJUE puesto que actúa de palanca para activar una metodología interpretativa para los jueces que ha conducido, en el presente litigio, a un resultado interpretativo armónico con la conformación del régimen jurídico del derecho a las vacaciones no solo como principio del Derecho social de la Unión, sino también como derecho fundamental por estar expresamente consagrado en el artículo 31, apartado 2, de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

## Referencias:

1. ^ SEMPERE NAVARRO, A.V, “La IT previa no debe afectar a la retribución vacacional”, STJUE de 9 de diciembre de 2021, EU:C:2021:987, RJL 1/2022 [https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/anuarios\\_derecho/](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/)
2. ^ Cuando se estime que el asunto no suscita ninguna cuestión jurídica nueva, el Tribunal de Justicia puede decidir, tras oír al Abogado General, que se juzgue sin conclusiones.
3. ^ C-385/17 , EU:C:2018:1018
4. ^ MARTÍNEZ MOYA, Juan. Las Vacaciones, Capítulo 34, en la obra colectiva *Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de justicia*. 2ª edición revisada y puesta al día, 22 de marzo 2019. Francis Lefebvre. Dir. Casas Baamonde, M.E y Gil Alburquerque, R. Coordinadores: García-Perrote Escartín, Ig.; Gómez García-Bernal, A. y Sempere Navarro, A. V.
5. ^ C-539/12 , EU:C:2014:351
6. ^ C-385/17 , EU:C:2018:1018
7. ^ Sentencia de 25 de junio de 2020, Varhoven kasatsionen sad na Republika Bulgaria e Iccrea Banca SpA, C-762/18 y C-37/19 , EU:C:2020:504 , apartado 57 y jurisprudencia citada
8. ^ TJUE 20-1-09, Schultz-Hoff y otros C-350-06 y C-520/06, apartado 58, cit..
9. ^ Sentencia de 6 de noviembre de 2018, Kreuziger, C-619/16 , EU:C:2018:872 , apartado 49 y jurisprudencia citada
10. ^ C-385/17 , EU:C:2018:1018
11. ^ ECLI:ES:TS:2018:1587
12. ^ ECLI:ES:TS:2020:2981
13. ^ ECLI:ES:TS:2020:911