

CONCLUSIONES DE LA ABOGADO GENERAL
SRA. VERICA TRSTENJAK
presentadas el 16 de junio de 2011¹

Índice

I. Introducción	I - 8413
II. Marco jurídico	I - 8413
A. Derecho de la Unión	I - 8413
B. Derecho nacional	I - 8415
III. Hechos, procedimiento principal y cuestiones prejudiciales	I - 8415
IV. Procedimiento ante el Tribunal de Justicia	I - 8417
V. Alegaciones esenciales de las partes	I - 8418
VI. Apreciación jurídica	I - 8419
A. Cuestiones esenciales que plantea el asunto	I - 8419
B. Requisitos del Derecho de la Unión sobre la naturaleza y el importe del derecho a vacaciones anuales retribuidas	I - 8420
1. El derecho a vacaciones anuales retribuidas en el ordenamiento de la Unión ..	I - 8420
a) Fundamentos en el Derecho de la Unión	I - 8420
b) Competencia de transposición de los Estados miembros	I - 8421
2. Relación entre la Directiva 2000/79 y las Directivas sobre el tiempo de trabajo, y posibilidad de aplicar los principios de la jurisprudencia	I - 8423

1 — Lengua original: alemán.

3.	Principios jurisprudenciales sobre el derecho a vacaciones anuales retribuidas . . .	I - 8425
	a) Sobre la continuación del pago de la retribución durante las vacaciones . . .	I - 8425
	b) Conclusión: no es admisible atender al mínimo de subsistencia	I - 8430
4.	Competencia de los Estados miembros para el cálculo de la retribución de las vacaciones	I - 8431
5.	Conclusión parcial	I - 8432
C.	Forma de proceder ante estructuras salariales complejas	I - 8432
	1. Consideraciones generales	I - 8432
	2. Exigencias del Derecho de la Unión y competencias que conservan los Estados miembros para regular detalladamente la retribución de las vacaciones	I - 8433
	3. Composición de la retribución de las vacaciones	I - 8436
	a) Elemento material del concepto de «retribución normal»	I - 8436
	i) El concepto de retribución en el Derecho de la Unión	I - 8436
	ii) El salario base como parte esencial de la retribución	I - 8438
	iii) Calificación de los complementos como parte de la retribución	I - 8438
	b) Componente temporal de la «retribución normal»	I - 8441
	c) Principio de no discriminación	I - 8443
	4. Conclusión parcial	I - 8444
VII.	Conclusión	I - 8444

I. Introducción

1. En el presente procedimiento prejudicial con arreglo al artículo 267 TFUE, la Supreme Court del Reino Unido (en lo sucesivo, «órgano jurisdiccional remitente») plantea al Tribunal de Justicia una serie de cuestiones relativas a la interpretación del artículo 7 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,² y de la cláusula 3 del Acuerdo europeo sobre la ordenación del tiempo de trabajo del personal de vuelo en la aviación civil celebrado por la Association of European Airlines (AEA), la European Transport Workers' Federation (ETF), la European Cockpit Association (ECA), la European Regions Airline Association (ERA) y la International Air Carrier Association (IACA) (en lo sucesivo, «Acuerdo europeo»), que se adjunta a la Directiva 2000/79/CE,³ para su aplicación.

2. La petición de decisión prejudicial tiene su origen en un litigio entre la señora Williams, y otros pilotos empleados por la compañía aérea British Airways, y su empleador acerca de la cuestión de cómo se ha de calcular

exactamente la retribución que debe pagarse por los períodos de vacaciones anuales retribuidas. A este respecto, en la búsqueda de una solución plantean ciertas dificultades tanto las disposiciones específicas del sector de la aviación, que tienen en cuenta la necesidad de garantizar la seguridad en el transporte aéreo y, por tanto, deben considerarse imperativas, como la compleja estructura salarial existente en este sector, consistente en diversas primas y complementos. Las cuestiones jurídicas que se someten al Tribunal de Justicia se refieren tanto a las competencias de la Unión y sus Estados miembros como a los requisitos del Derecho de la Unión que deben respetar los interlocutores sociales cuando celebren acuerdos vinculantes en el sentido del artículo 139 CE o del actualmente vigente artículo 155 TFUE en relación con determinados derechos sociales (en este caso, el derecho a vacaciones anuales retribuidas).

II. Marco jurídico

A. Derecho de la Unión⁴

3. El artículo 139 CE, disposición precedente del artículo 155 TFUE, permitía adoptar

2 — DO L 299, p. 9.

3 — Directiva del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa a la aplicación del Acuerdo europeo sobre la ordenación del tiempo de trabajo del personal de vuelo en la aviación civil celebrado por la Association of European Airlines (AEA), la European Transport Workers' Federation (ETF), la European Cockpit Association (ECA), la European Regions Airline Association (ERA) y la International Air Carrier Association (IACA) (DO L 302, p. 57).

4 — De acuerdo con las denominaciones utilizadas en el TUE y en el TFUE, emplearemos aquí la expresión «Derecho de la Unión» como designación conjunta del Derecho comunitario y del Derecho de la Unión. En lo sucesivo, cuando se trate de disposiciones individuales de Derecho primario, se mencionarán las que estén en vigor *ratione temporis*.

directivas con el fin de aplicar los acuerdos celebrados entre los interlocutores sociales:

«1. El diálogo entre interlocutores sociales en el ámbito comunitario podrá conducir, si éstos lo desean, al establecimiento de relaciones convencionales, acuerdos incluidos.

2. La aplicación de los acuerdos celebrados a nivel comunitario se realizará, ya sea según los procedimientos y prácticas propios de los interlocutores sociales y de los Estados miembros, ya sea, en los ámbitos sujetos al artículo 137, y a petición conjunta de las partes firmantes, sobre la base de una decisión del Consejo adoptada a propuesta de la Comisión.

El Consejo decidirá por mayoría cualificada, a no ser que el acuerdo de que se trate contenga una o más disposiciones relativas a alguno de los ámbitos contemplados en el apartado 3 del artículo 137, en cuyo caso decidirá por unanimidad.»

4. La Directiva 2003/88 ocupa, desde el 2 de agosto de 2004, el lugar de la Directiva 93/104/CE, de 23 de noviembre de 1993, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo.⁵ Al igual que la Directiva precedente, su finalidad es establecer ciertas normas mínimas de seguridad

y protección de la salud en la ordenación del tiempo de trabajo. El artículo 7, tomado sin cambios de la norma anterior, tiene el siguiente tenor:

«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.»

5. El artículo 17 de la Directiva 2003/88 dispone que los Estados miembros pueden establecer excepciones a determinadas disposiciones. El artículo 7 no está entre las disposiciones respecto de las cuales la Directiva 2003/88 permite esas excepciones.

6. La Directiva 2000/79 transpone el Acuerdo europeo, cuya cláusula 3 tiene el siguiente tenor:

«1. El personal de vuelo en la aviación civil dispondrá 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.

5 — DO L 307, p. 18.

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.»

9. El artículo 9 del WTR obliga al empresario a garantizar que:

«en un mes,

B. Derecho nacional

7. El Reino Unido adoptó el Working Time Regulations 2004 (Reglamento del tiempo de trabajo para la aviación civil de 2004; en lo sucesivo, «WTR») ⁶ para cumplir con las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 2000/79.

8. El artículo 4 del WTR establece lo siguiente:

«1. El personal de vuelo dispondrá de un período de al menos cuatro semanas de vacaciones anuales retribuidas o del tiempo proporcional correspondiente a cuatro semanas con respecto a períodos de empleo inferiores a un año.

2. Las vacaciones de las que dispone el personal de vuelo en virtud de este reglamento:

a) podrán tomarse en varios períodos;

b) no podrán ser sustituidas por una compensación financiera, excepto en caso de conclusión de la relación laboral del miembro del personal de vuelo.»

a) ninguna persona empleada por él trabajará como personal de vuelo durante su tiempo de trabajo, si el tiempo total de vuelo acumulado durante el período de doce meses que termine el último día del mes anterior al mes del que se trata, excede de 900 horas; y

b) ningún miembro del personal de vuelo tendrá un tiempo total anual trabajado de más de 2.000 horas durante el período de doce meses que termine el último día del mes anterior al mes del que se trata».

10. No hay ninguna disposición en el WTR que determine la naturaleza y el importe de la retribución de las vacaciones antes del disfrute de las vacaciones anuales.

III. Hechos, procedimiento principal y cuestiones prejudiciales

11. Los demandantes en el procedimiento principal son pilotos empleados por British Airways plc. Sus condiciones del contrato laboral son negociadas entre British Airways

6 — SI 2004 n° 756.

y el sindicato de los pilotos, British Air Line Pilots Association (también denominado «BALPA»). Esas condiciones se encuentran actualmente plasmadas en un Memorandum of Agreement (Memorandum de acuerdo) (en lo sucesivo, «MOA») de 1 de abril de 2005.

12. Según el MOA, aplicado en conjunción con las reglas para la «planificación mensual» del trabajo acordadas de forma colectiva, la retribución de los pilotos se compone de tres elementos. El primero es el salario base anual fijo. El segundo y el tercero son complementos variables, según el tiempo de vuelo (en lo sucesivo, «complemento por vuelo» o «FPS», retribuido a 10.00 GBP por hora de vuelo planificada) y según el tiempo pasado fuera de la base en la que están destinados (en lo sucesivo, «compensación por tiempo pasado fuera de la base» o «TAFB», retribuido a 2,73 GBP por hora). El FPS tiene la consideración de retribución y está sujeto a impuestos en su totalidad. En las fechas relevantes, el 82 % del TAFB tiene la consideración de pago en concepto de dietas, de manera que sólo el 18 % se considera retribución y está sujeto a impuestos.

13. El tiempo total de vuelo de un piloto dependerá de su ruta y de la planificación de sus vuelos. Una media típica, según los datos aportados por el órgano jurisdiccional remitente, son unos quince días al mes.

14. Con arreglo al MOA, el importe a abonar por vacaciones anuales se basa solamente en el primer elemento de la retribución, es decir, en el salario base anual fijo. Los demandantes en el procedimiento principal alegan, no obstante, que tienen derecho, en virtud del

Derecho europeo y nacional, a la retribución correspondiente a un importe semanal basado en los tres elementos de retribución.

15. Tanto el Employment Tribunal como el Employment Appeal Tribunal han dado la razón a los demandantes. Sin embargo, la Court of Appeal se inclinó por la interpretación de British Airways y estimó el recurso interpuesto por dicha compañía.

16. El Supreme Court es de la opinión de que, aunque la reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia se puede entender en el sentido de que la Directiva 2000/79 obliga al pago de una retribución «normal» o «comparable», la expresión «vacaciones anuales retribuidas», especialmente a la vista de las particulares circunstancias del procedimiento principal, sigue precisando de aclaración. Además, aún persisten dudas no resueltas en relación con el alcance del margen que les queda a las legislaciones y/o prácticas nacionales para determinar «las condiciones de obtención y concesión» [de las vacaciones anuales retribuidas]. La Supreme Court estima que la posición en un caso como el presente no es *acte clair*.

17. Por este motivo, la Supreme Court decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) A los efectos

- a) de los artículos 7 de las Directivas 93/104/CE y 2003/88/CE y

- b) de la cláusula 3 del Acuerdo europeo anexo a la Directiva 2000/79/CE del Consejo: vacacional concreto si hubiese trabajado en vez de estar de vacaciones, o
- (1) ¿se definen o establecen en el Derecho europeo, y en caso afirmativo, en qué medida, los requisitos relativos a la naturaleza y/o al nivel de la retribución que debe pagarse por los períodos de vacaciones anuales retribuidas? y b) la retribución que haya percibido durante algún otro período en el que trabajó y, en caso afirmativo, cuál sería ese período?
- (2) ¿pueden los Estados miembros establecer, y en caso afirmativo en qué medida, la forma de calcular dichas retribuciones? 5) ¿Cómo debe valorarse lo que es una retribución “normal” o “comparable” en circunstancias en las que:
- a) la retribución del trabajador cuando trabaja lleva complementos en la medida en que desempeñe una actividad concreta;
- 2) Concretamente, ¿es suficiente que, con arreglo al Derecho y/o a prácticas nacionales y/o convenios colectivos y/o estipulaciones contractuales negociadas entre empresarios y trabajadores, la retribución pagada permita y estimule al trabajador a tomar y disfrutar, en el sentido más propio de estas palabras, sus vacaciones anuales, evitándose cualquier riesgo razonable que impida al trabajador hacerlo? b) existe un límite anual o de otra índole para determinar en qué medida y durante cuánto tiempo el trabajador puede desempeñar esa actividad y ese límite ya se ha excedido, o casi, en el momento o momentos en que se tomen las vacaciones anuales, de manera que al trabajador, de hecho, no se le habría permitido desempeñar esa actividad si hubiese trabajado en vez de estar de vacaciones?»
- 3) O ¿es necesario que la retribución, a) se corresponda exactamente con la retribución “normal” del trabajador, o b) sea comparable con ella en términos generales?

IV. Procedimiento ante el Tribunal de Justicia

En caso de respuesta afirmativa a la cuestión 3), a) o b):

- 4) ¿Cuál es la medida o comparación relevante:
- a) la retribución que el trabajador habría percibido durante el período
18. La resolución de remisión de 24 de marzo de 2010 se recibió en la Secretaría del Tribunal de Justicia el 2 de abril de 2010.
19. Han presentado alegaciones por escrito las partes del procedimiento principal, el Gobierno danés y la Comisión Europea dentro del plazo establecido por el artículo 23 del Estatuto del Tribunal de Justicia.

20. En la vista celebrada el 14 de abril de 2011 comparecieron y formularon observaciones los representantes de las partes del procedimiento principal, del Gobierno danés y de la Comisión.

V. Alegaciones esenciales de las partes

21. Los *demandantes del procedimiento principal* y la *Comisión* proponen responder a la petición de decisión prejudicial que, conforme a las disposiciones pertinentes del Derecho de la Unión, durante el período en que el trabajador disfruta de sus vacaciones anuales debe seguir percibiendo su retribución normal. Entienden que, aunque los Estados miembros están facultados, al adoptar las medidas prácticas necesarias, para determinar, entre otras cosas, el método de cálculo de las vacaciones anuales retribuidas, este método debe permitir a los trabajadores seguir percibiendo su salario normal mientras duren sus vacaciones anuales.

22. En opinión de los *demandantes en el procedimiento principal*, al calcular la retribución normal se ha de tomar como referencia un período de tiempo representativo, que por lo general será un período anterior al disfrute efectivo de las vacaciones anuales. Sin embargo, entienden que excepcionalmente puede tenerse en cuenta otro período de tiempo, a fin de garantizar que se siga percibiendo la retribución normal. La *Comisión* sostiene que

la «retribución normal» debe reflejar el salario semanal medio en un período de referencia representativo.

23. Los complementos que percibe el trabajador como consecuencia de la realización de una actividad especial y que forman parte de su retribución normal, en opinión de los *demandantes en el procedimiento principal* también han de seguir abonándose durante el período de vacaciones anuales. A este respecto, la *Comisión* señala que en el cálculo de la retribución de las vacaciones se deben tener en cuenta todas las limitaciones generales.

24. La *demandada en el procedimiento principal* propone que se responda a las cuestiones prejudiciales que el Derecho de la Unión no establece ninguna exigencia respecto a la naturaleza y al importe de la retribución que se ha de abonar en el período de vacaciones anuales. Subsidiariamente alega que el Derecho de la Unión sólo exige que el importe de la retribución de las vacaciones se establezca contractualmente. En cualquier caso, afirma que ese importe debe ser lo suficientemente alto como para no disuadir a los trabajadores de ejercer su derecho a vacaciones anuales.

25. En opinión de la *demandada en el procedimiento principal*, basta con que, en virtud de las disposiciones jurídicas, las prácticas y los acuerdos contractuales entre empresarios y trabajadores, la retribución percibida permita al trabajador tomar y disfrutar sus

vacaciones anuales, sin que exista un riesgo razonable de que no lo haga. Por lo tanto, la retribución de las vacaciones no tiene por qué corresponderse exactamente con el salario normal ni ser comparable siquiera con aquél.

26. El *Gobierno danés* propone que se responda a las cuestiones prejudiciales en el sentido de que el Derecho de la Unión [otorga] a los trabajadores el derecho a unas vacaciones anuales retribuidas de al menos cuatro semanas, y al pago de un importe durante ese tiempo que se corresponda con su salario normal, conforme a las condiciones establecidas en la legislación o en las prácticas de los Estados miembros.

27. De ahí se deduce, a su parecer, que la Directiva 2003/88 no se opone a pactos entre las partes del convenio colectivo que establezcan qué complementos se han de considerar parte de la retribución de las vacaciones, siempre que ésta no resulte tan escasa que impida a los trabajadores disfrutar su derecho a unas vacaciones anuales retribuidas.

VI. **Apreciación jurídica**

A. Cuestiones esenciales que plantea el asunto

28. El presente asunto ofrece al Tribunal de Justicia la oportunidad de seguir desarrollando su jurisprudencia sobre el derecho de todo trabajador a vacaciones anuales retribuidas.

Al mismo tiempo, en aras de una aplicación uniforme del Derecho de la Unión, permite extender dicha jurisprudencia a otros ámbitos de actividad para los cuales la Unión ha adoptado normativas más específicas que tienen en cuenta las necesidades del respectivo sector laboral.

29. Las cuestiones, detalladamente formuladas, del órgano jurisdiccional remitente se pueden dividir esencialmente en tres grandes bloques temáticos que, no obstante, en parte se solapan. En primer lugar se plantea la cuestión relativa a la competencia de la Unión o de sus Estados miembros para definir jurídicamente el concepto de vacaciones anuales retribuidas y para establecer el método de cálculo de la retribución de las vacaciones. A continuación se solicita aclaración sobre la proporción cuantitativa que ha de haber entre la retribución de las vacaciones y la retribución normal por el trabajo en virtud del Derecho de la Unión. Por último se pregunta si se han de tener en cuenta también, en el cálculo de la retribución de las vacaciones, los complementos que corresponden al trabajador con arreglo al convenio colectivo por su especial actividad, así como las eventuales limitaciones del tiempo de trabajo acordadas por los interlocutores sociales en el convenio colectivo.

30. Por motivos de estructuración, procede reordenar las cuestiones prejudiciales y ponderarlas en el marco de un examen conjunto de cada uno de los bloques temáticos. En primer lugar me dedicaré a la cuestión de si el

Derecho de la Unión contiene normas sobre la regulación de la naturaleza y el importe del derecho a vacaciones anuales retribuidas, y qué competencias normativas conservan los Estados miembros. A este respecto responderé a la cuestión de cómo se ha de calcular, en general, la retribución de las vacaciones en relación con la retribución normal del trabajo, para ocuparme finalmente de la cuestión de cómo se ha de proceder en un caso como el presente, en que la retribución del trabajo presenta una estructura compleja.

B. Requisitos del Derecho de la Unión sobre la naturaleza y el importe del derecho a vacaciones anuales retribuidas

1. El derecho a vacaciones anuales retribuidas en el ordenamiento de la Unión

a) Fundamentos en el Derecho de la Unión

31. Como ya expuse en mis conclusiones presentadas en el asunto Schultz-Hoff y otros,⁷ la inclusión del derecho de todo trabajador a vacaciones anuales retribuidas en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁸ lo confirma, de manera

cualificada y definitiva, como derecho fundamental. El artículo 31, apartado 2, de la Carta establece que «todo trabajador tiene derecho a la limitación de la duración máxima del trabajo y a períodos de descanso diarios y semanales, así como a un período de vacaciones anuales retribuidas».⁹ Si la Carta al principio tenía a este respecto un carácter básicamente declaratorio, pues había de entenderse como expresión del compromiso de la Unión por respetar los derechos fundamentales, al entrar en vigor el Tratado de Lisboa adquirió rango de Derecho primario en el ordenamiento jurídico de la Unión, en virtud del artículo 6 TUE, apartado 1.¹⁰ Esto tiene como consecuencia que los actos jurídicos adoptados por las instituciones de la Unión en este campo, conforme a la vinculación a los derechos fundamentales que establece el artículo 51, apartado 1, de la Carta, deban medirse, en adelante, atendiendo a dicha disposición. E igualmente vinculados están a partir de ahora los Estados miembros cuando apliquen el Derecho de la Unión.¹¹

32. Para el desarrollo legislativo del derecho a vacaciones anuales retribuidas, el legislador de la Unión se sirve del instrumento jurídico de la directiva. Las principales disposiciones

7 — Conclusiones presentadas el 24 de enero de 2008 en el asunto en que recayó la sentencia de 20 de enero de 2009, Schultz-Hoff y otros (C-350/06 y C-520/06, Rec. p. I-179), punto 38.

8 — DO 2007, C 303, p. 1.

9 — Esta disposición, según las Explicaciones a la Carta (DO 2007, C 303, p. 17), se basa en la Directiva 93/104, en el artículo 2 de la Carta Social Europea de 1961 y en el punto 8 de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, de diciembre de 1989.

10 — Véase la sentencia de 19 de enero de 2010, Küçükdeveci (C-555/07, Rec. p. I-365), apartado 22.

11 — Véase Jarass, H.D.: *Charta der Grundrechte der Europäischen Union — Kommentar*, Múnich 2010, artículo 31, marg. 3, p. 277, y artículo 51, marg. 6, p. 413.

que regulan ese derecho en el ámbito de la Unión y cuya interpretación solicita el órgano jurisdiccional remitente se encuentran en el artículo 7 de la Directiva 2003/88, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, que recogió sin cambios el tenor literal del artículo 7 de la precedente Directiva 93/104 y al que el Tribunal de Justicia atribuye en su jurisprudencia idéntico contenido normativo.¹² Conforme a dicho artículo, 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. Sin embargo, en esta Directiva, al igual que en la Directiva 2000/79, no hay disposiciones expresas sobre el importe de la retribución de las vacaciones.

33. Los respectivos artículos 14 de las Directivas antes mencionadas prevén la posibilidad de que el legislador de la Unión adopte normas más específicas para determinadas ocupaciones o actividades profesionales que, en virtud de un régimen legal de primacía, prevalecen sobre las disposiciones de las Directivas sobre el tiempo de trabajo. Dentro de esa categoría se incluyen, tal como expresamente se desprende de la cláusula 1, apartado 2, del Convenio europeo, la Directiva 2000/79, que a este respecto contiene normas más específicas en relación con la organización del tiempo de trabajo para el personal de vuelo en la aviación civil. La Unión adoptó dicho acto jurídico con el fin de aplicar el Acuerdo europeo y en ejercicio de las competencias normativas que le concede el artículo 139 CE, apartado 2 (artículo 155 TFUE, apartado 2).

Con su incorporación, el Acuerdo europeo pasó a formar parte integrante de la Directiva 2000/79.¹³ Como todas las directivas, esta última también está sometida a la competencia interpretativa del Tribunal de Justicia,¹⁴ de manera que la petición de interpretación del órgano jurisdiccional remitente también es admisible en relación con la cláusula 3 del Acuerdo europeo.

b) Competencia de transposición de los Estados miembros

34. No se someten a la competencia interpretativa del Tribunal de Justicia, sin embargo, las disposiciones nacionales adoptadas por los Estados miembros en transposición de las mencionadas Directivas. El recurso al instrumento de la directiva permite a los Estados miembros configurar legalmente con más detalle el derecho a vacaciones anuales retribuidas en sus respectivos ordenamientos

12 — Véase la sentencia de 10 de septiembre de 2009, Vicente Pereda (C-277/08, Rec. p. I-8405), apartado 18.

13 — Véanse las sentencias de 15 de abril de 2008, Impact (C-268/06, Rec. p. I-2483), apartado 58; de 23 de abril de 2009, Angelidaki y otros (C-378/07 a C-380/07, Rec. p. I-3071), apartado 195, y de 16 de julio de 2009, Gómez-Limón (C-537/07, Rec. p. I-6525), apartado 34. Egger, J.: «Rechtswirkungen von Rahmenvereinbarungen im Sozialbereich», *Neueste Entwicklungen im Zusammenspiel von Europarecht und nationalem Recht der Mitgliedstaaten* (coord. Waldemar Hummer), Viena 2010, p. 223, señala que a los acuerdos en sí mismos sigue sin corresponderles efecto normativo. Sólo con la Decisión del Consejo se transforma el acuerdo marco de forma inmediata en Derecho derivado de la Unión y se somete a la interpretación por el Tribunal de Justicia.

14 — Véase Rebhahn, R.: *EU-Kommentar* (coord. Jürgen Schwarze), 2ª ed., Baden-Baden 2009, artículo 139 CE, márgs. 4 y 10, pp. 1378 y 1379, quien señala que la aplicación de un acuerdo entre interlocutores sociales mediante una decisión del Consejo da lugar a un acto jurídico de la Unión Europea. La competencia para interpretar la Directiva y el Acuerdo que en ella se recoge corresponde al Tribunal de Justicia.

jurídicos. Esta competencia les es reconocida no sólo por el artículo 249 CE, párrafo tercero (artículo 288 TFUE, párrafo segundo), conforme al cual se deja a las autoridades nacionales la elección de la forma y los medios para alcanzar el resultado obligatorio perseguido, sino también expresamente en cada una de las Directivas.

35. A esto se añade que el legislador de la Unión, que, al ejercer sus competencias legislativas, está sujeto al principio de subsidiariedad, con arreglo al artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2003/88 y a la cláusula 3 del Acuerdo europeo en relación con el undécimo considerando de la Directiva 2000/79¹⁵ se ha limitado a regular aspectos esenciales concretos como la duración mínima de las vacaciones anuales, mientras que, en relación con las condiciones de su obtención y concesión, como ya se ha expuesto, se ha remitido a «las legislaciones y/o prácticas nacionales». Este punto de partida, tal como declaró el Tribunal de Justicia en la sentencia Reino Unido/Consejo,¹⁶ es conforme también con

el encargo de legislar basado en las facultades conferidas por el Tratado, que atribuye en exclusiva al legislador de la Unión la competencia para adoptar disposiciones mínimas que, mediante la armonización, contribuyan a elevar el nivel de protección de la seguridad y la salud de los trabajadores, algo que en primer lugar incumbe a los Estados miembros.

36. A ellos les corresponde, tal como expuso el Tribunal de Justicia en dicha sentencia, un papel decisivo en la consecución de ese derecho, puesto que a ellos incumbe, en cumplimiento de la obligación de transponer el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2003/88, establecer las modalidades de aplicación nacionales necesarias.¹⁷ Esto incluye la posibilidad de establecer, en su normativa interna, los requisitos para el ejercicio y la aplicación del derecho a vacaciones anuales retribuidas, precisando las circunstancias concretas en las que los trabajadores pueden hacer uso del citado derecho, del que disfrutan por la totalidad de los periodos de trabajo cubiertos.¹⁸

37. La remisión a las legislaciones nacionales contenida en el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2003/88 faculta a los Estados miembros, en particular, para definir un marco normativo que regule los aspectos organizativos y procesales para el disfrute de las vacaciones, como son la planificación de los periodos de vacaciones, la eventual obligación del trabajador de notificar por adelantado al empresario el periodo de vacaciones que pretende tomar, la imposición de un periodo mínimo antes de poder disfrutar de las vacaciones, los criterios

15 — El undécimo considerando de la Directiva 2000/79 confirma de la siguiente manera el respeto del principio de subsidiariedad: «Dado el alto grado de integración del sector de la aviación civil y las condiciones de competitividad que en él imperan, los objetivos de la presente Directiva por lo que respecta a la protección de la salud y la seguridad de los trabajadores no pueden ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros y, por consiguiente, se requiere una acción a escala comunitaria. De conformidad con el principio de subsidiariedad consagrado en el artículo 5 del Tratado la presente Directiva no excede de lo necesario para alcanzar dichos objetivos.»

16 — Véase la sentencia de 12 de noviembre de 96, Reino Unido/Consejo (C-84/94, Rec. p. I-5755), apartado 47.

17 — *Ibidem*, apartado 47, y sentencia de 16 de marzo de 2006, Robinson-Steele (C-131/04 y C-257/04, Rec. p. I-2531), apartado 57.

18 — Sentencia de 26 de junio de 2001, BECTU (C-173/99, Rec. p. I-4881), apartado 53.

para el cálculo proporcional del derecho a vacaciones anuales cuando la duración de la relación laboral sea inferior a un año, etc.¹⁹ Pero se trata aquí justamente de medidas destinadas a establecer las condiciones de obtención y concesión del derecho a vacaciones y, como tales, permitidas por la Directiva 2003/88.

que, en su caso, puedan resultar de utilidad para responder a las cuestiones prejudiciales.

38. A este respecto procede señalar que el Tribunal de Justicia ha advertido reiteradamente que los Estados miembros, al ejercer sus competencias de configuración, deben respetar siempre los límites que impone el Derecho de la Unión.²⁰ El Tribunal de Justicia ha perfilado y precisado dichos límites por la vía de la interpretación.²¹ Además, de su jurisprudencia se pueden deducir ciertos elementos útiles de referencia sobre cómo se ha de determinar la retribución de las vacaciones para que no se prive de su función al derecho a vacaciones anuales retribuidas. Por lo tanto, se impone analizar dicha jurisprudencia y extraer de ella los eventuales principios

2. Relación entre la Directiva 2000/79 y las Directivas sobre el tiempo de trabajo, y posibilidad de aplicar los principios de la jurisprudencia

39. Una cuestión que, no obstante, debe aclararse a título preliminar es si los principios desarrollados por el Tribunal de Justicia en su jurisprudencia con ocasión de la interpretación del artículo 7 de las Directivas sobre el tiempo de trabajo (a los que me dedicaré más adelante) se pueden aplicar también a la cláusula 3 del Acuerdo europeo. Esta cuestión es de singular relevancia, habida cuenta de que el Tribunal de Justicia, como ya se ha expuesto, ha contribuido de forma sustancial a la determinación del alcance normativo de ese derecho. La interpretación que ha conocido esta disposición en la jurisprudencia permite también delimitar el alcance de las competencias normativas ejercidas por el legislador de la Unión en cuanto al cálculo de la retribución de las vacaciones. Para anticipar el examen de mi análisis, a mi parecer el tenor literal, el sentido y la finalidad y los antecedentes de estas disposiciones apuntan en sentido afirmativo.

19 — En este sentido, las alegaciones de la Comisión en el asunto BECTU, recogidas por el Abogado General Tizzano en sus conclusiones presentadas el 8 de febrero de 2001 en ese asunto, citado en la nota 18, punto 34.

20 — Véanse las sentencias BECTU, citada en la nota 18, apartado 53, y Schultz-Hoff y otros, citada en la nota 7, apartado 46, en que el Tribunal de Justicia reconoció que incumbe a los Estados miembros establecer, en su normativa interna, los requisitos para el ejercicio y la aplicación del derecho a vacaciones anuales retribuidas, pero dejó claro que dichos Estados no pueden supeditar a ningún tipo de requisito la propia constitución de este derecho, que se deriva directamente de la Directiva 93/104 o de la Directiva 2003/88.

21 — Véase, sobre la influencia de la jurisprudencia en la interpretación de la Directiva sobre el tiempo de trabajo, Nowak, T.: «The Working Time Directive and The European Court of Justice», *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 15 (2008), n.º 4, p. 447.

40. En primer lugar, procede declarar que, a pesar de basarse en diferentes fundamentos del Tratado, el sentido y finalidad tanto de las Directivas sobre el tiempo de trabajo como de la Directiva 2000/79 consiste en configurar el

tiempo de trabajo estableciendo determinados límites por el bien de la seguridad y de la salud de los trabajadores. Así se desprende, por ejemplo, del undécimo considerando de la Directiva 2000/79 y del undécimo considerando de la Directiva 2003/88. Además, el tenor literal de la cláusula 3 es casi idéntico al del artículo 7 de las Directivas sobre el tiempo de trabajo. Si las partes firmantes del Acuerdo europeo hubiesen querido atribuir a la cláusula 3 un significado diferente, seguramente habrían escogido una terminología distinta a la de dichas Directivas.

41. De los antecedentes del Acuerdo europeo²² se extrae, por otro lado, que el significado de la expresión «vacaciones anuales retribuidas» de la cláusula 3 pretendía ser equivalente al de la Directiva 93/104. La propuesta inicial de la Comisión de una Directiva sobre el tiempo de trabajo preveía que su ámbito de aplicación se extendiera a todos los sectores de la economía y a todas las áreas de actividad. Sin embargo, el Consejo decidió extraer de ese ámbito de aplicación determinadas áreas de actividad, pero no porque considerase que la salud y la seguridad estuviesen

en ellos suficientemente protegidas, sino porque era consciente de que los trabajadores empleados en dichos campos de actividad generalmente deben trabajar muy lejos de sus hogares, y por eso estimó necesario adoptar disposiciones más específicas. En su «Libro blanco sobre los sectores y las actividades excluidos del ámbito de aplicación de la directiva relativa a la ordenación del tiempo de trabajo», la Comisión propuso, entre otras cosas, partir de un principio diferente según el cual se habrían de adoptar disposiciones propias para cada campo de actividad en relación con el tiempo de trabajo y de descanso de los trabajadores móviles.²³ Tras evaluar las reacciones de los interlocutores sociales, la Comisión decidió proponer ese planteamiento, que finalmente acabó cristalizando en la legislación de la Unión.²⁴ Conforme a dicho planteamiento diferenciado, el Acuerdo europeo habría de aplicarse exclusivamente al personal móvil de la aviación civil, y habría de recoger en su cláusula 3, sin modificaciones, el derecho a vacaciones anuales retribuidas contemplado en el artículo 7 de la Directiva 93/104. Por último, de la propuesta de directiva de la Comisión²⁵ se desprende que el Acuerdo europeo relativo al personal de vuelo en la aviación civil iba dirigido, entre otros fines, a concretar el derecho a vacaciones anuales retribuidas consagrado en el apartado 8 de la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores. Los antecedentes de la Directiva 2000/79 demuestran, por lo tanto, que la intención del legislador de la Unión era extender a los trabajadores móviles de la aviación civil las disposiciones ya vigentes relativas a ese derecho, sin modificar su contenido esencial.

23 — *Ibidem*, apartado 74.

24 — Véase Barnard, C.: *EC Employment Law*, 2ª ed., Oxford 2002, p. 403.

25 — Propuesta de Directiva del Consejo relativa a la aplicación del Acuerdo europeo sobre la ordenación del tiempo de trabajo del personal de vuelo en la aviación civil celebrado por la Association of European Airlines (AEA), la European Transport Workers' Federation (ETF), la European Cockpit Association (ECA), la European Regions Airline Association (ERA) y la International Air Carrier Association (IACA), COM(2000) 382 final.

22 — Véase el Libro blanco sobre los sectores y las actividades excluidos del ámbito de aplicación de la directiva relativa a la ordenación del tiempo de trabajo, COM(97) 334 final, apartados 11 a 13.

42. Los antecedentes de la Directiva 2003/88 confirman asimismo que las disposiciones que regulan el derecho a vacaciones anuales retribuidas estaban destinadas a aplicarse también a los trabajadores móviles, incluidos los de la aviación civil. En efecto, la Directiva 93/104 fue posteriormente modificada por la Directiva 2000/34, derogándose las excepciones que hasta ese momento existían respecto al planteamiento diferenciado para el sector del transporte (salvo las relativas al personal de mar). A raíz de ahí, las disposiciones relativas a las vacaciones anuales se *extendieron* a los trabajadores móviles de los sectores y áreas de actividad excluidos, tal como se desprende inequívocamente del noveno considerando de la Directiva 2000/34.²⁶ En cambio, las disposiciones relativas al tiempo de trabajo y de descanso simplemente fueron objeto de *adaptación*,²⁷ según el décimo considerando. Además, el artículo 2 de la Directiva 2000/79 deja claro que la aplicación de la presente Directiva no constituirá en ningún caso un motivo suficiente para justificar una reducción del nivel general de protección de los trabajadores en los ámbitos cubiertos por la presente Directiva. En otras palabras, dicha disposición prohíbe a los Estados miembros conformarse con un nivel de protección inferior al alcanzado por la Directiva 93/104 en su

versión modificada por la Directiva 2000/34. Esto es precisamente lo que afirma el decimosexto considerando de la Directiva 2000/79.²⁸

43. De todo ello se deduce que nada se opone a aplicar a la cláusula 3 del Acuerdo europeo los principios desarrollados por el Tribunal de Justicia hasta ahora en su jurisprudencia con ocasión de la interpretación del artículo 7 de las Directivas sobre el tiempo de trabajo.

3. Principios jurisprudenciales sobre el derecho a vacaciones anuales retribuidas

a) Sobre la continuación del pago de la retribución durante las vacaciones

44. El significado del derecho a vacaciones anuales retribuidas está reconocido desde hace mucho tiempo en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Conforme a jurisprudencia asentada, debe considerarse un principio del Derecho social comunitario de especial relevancia, respecto al cual no pueden establecerse excepciones y cuya aplicación por

26 — El noveno considerando de la Directiva 2000/34 tiene el siguiente tenor: «Las disposiciones vigentes relativas a las vacaciones anuales y a la evaluación de la salud por lo que respecta al trabajo nocturno y al trabajo por turnos deben extenderse para incluir a los trabajadores móviles de los sectores y actividades excluidos.» En este sentido, Rofes i Pujol, M.L.: «Comentario de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», *Cuadernos Europeos de Deusto*, 2009, n.º 41, p. 165.

27 — El décimo considerando de la Directiva 2000/34 tiene el siguiente tenor: «Las disposiciones vigentes relativas al tiempo de trabajo y de descanso deben adaptarse en el caso de los trabajadores móviles de los sectores y actividades excluidos.»

28 — El decimosexto considerando de la Directiva 2000/79 tiene el siguiente tenor: «La aplicación de la presente Directiva no debería justificar ningún tipo de regresión en relación con la situación ya existente en cada uno de los Estados miembros.»

parte de las autoridades nacionales competentes únicamente puede efectuarse respetando los límites establecidos expresamente por la propia Directiva 93/104 o por su sucesora, la Directiva 2003/88.²⁹ Con la consagración legal del derecho a vacaciones legales retribuidas en el plano del Derecho derivado, el legislador de la Unión quiso garantizar que los trabajadores de todos los Estados miembros dispusieran de un tiempo efectivo de descanso «en aras de una protección eficaz de su seguridad y su salud».³⁰ La finalidad del derecho a vacaciones anuales retribuidas consiste en permitir que los trabajadores descanse y dispongan de un período de ocio y esparcimiento.³¹

45. En lo que respecta al derecho específico del trabajador al pago de la retribución de las vacaciones, relevante para los fines del presente procedimiento prejudicial, como ya se ha expuesto, procede declarar que ni las Directivas sobre el tiempo de trabajo ni la Directiva 2000/79 contienen disposiciones que establezcan expresamente el importe de la retribución que se ha de pagar durante las vacaciones ni el método para determinarla. No obstante, un análisis de la jurisprudencia del

Tribunal de Justicia ofrece importantes referencias acerca de qué exigencias del Derecho de la Unión debe satisfacer dicha retribución.

46. En primer lugar, procede referirse a la sentencia Robinson-Steele, en que el Tribunal de Justicia señaló que las Directivas sobre el tiempo de trabajo consideran que el derecho a vacaciones anuales y el derecho a percibir una retribución en concepto de vacaciones constituyen «dos vertientes de un único derecho».³² De esta declaración se puede extraer una primera e importante conclusión jurídica: dado que ambos derechos, en opinión del Tribunal de Justicia, se deben considerar indisolublemente unidos, al incorporar el Derecho de la Unión al Derecho nacional no están permitidas las excepciones al derecho a percibir la retribución en concepto de vacaciones, mientras no lo prevean expresamente las Directivas sobre el tiempo de trabajo. A este respecto, conviene recordar que el artículo 7 de la Directiva 2003/88 no figura entre las disposiciones en relación con las cuales dicha Directiva permite expresamente que se establezcan excepciones. En vista de que no está permitido establecer excepciones a esta disposición en detrimento del trabajador ni por vía legislativa ni convencional, ha de estimarse en principio la opinión del Gobierno danés³³ en el sentido de que el derecho, contemplado en el Derecho de la Unión, a percibir una retribución en concepto de

29 — Véanse las sentencias BECTU, citada en la nota 18, apartado 43; de 18 de marzo de 2004, Merino Gómez (C-342/01, Rec. p. I-2605), apartado 29, y Robinson-Steele y otros, citada en la nota 17, apartado 48; sobre la Directiva 2003/88, véanse las sentencias Schultz-Hoff y otros, citada en la nota 7, apartado 22; Vicente Pereda, citada en la nota 12, apartado 18, y de 22 de abril de 2010, Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols (C-486/08, Rec. p. I-3527), apartado 28.

30 — Véanse las sentencias BECTU, citada en la nota 18, apartado 44; Merino Gómez, citada en la nota 29, apartado 30; Schultz-Hoff y otros, citada en la nota 7, apartado 23, y Vicente Pereda, citada en la nota 12, apartado 21.

31 — Véanse las sentencias Schultz-Hoff y otros, citada en la nota 7, apartado 25, y Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols, citada en la nota 29, apartado 30.

32 — Sentencia Robinson-Steele y otros, citada en la nota 17, apartado 58.

33 — Véase el apartado 16 de las alegaciones escritas del Gobierno danés.

vacaciones tiene carácter vinculante.³⁴ Por otro lado, debe señalarse que, según la jurisprudencia, este principio de Derecho social de la Unión que reviste una especial importancia tampoco puede ser interpretado de manera restrictiva.³⁵

47. A juicio del Tribunal de Justicia, la obligación de retribuir las vacaciones 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 períodos de trabajo». Las restantes declaraciones del Tribunal de Justicia respecto al importe de la retribución de las vacaciones son, a mi parecer, suficientemente claras, pues en el apartado 50 de la sentencia Robinson-Steele afirmó expresamente que la expresión «vacaciones anuales» que figura en el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/104 significa que «mientras duren las vacaciones anuales en el sentido de la Directiva, debe mantenerse la retribución». Las dudas jurídicas que pueda suscitar la interpretación de esta frase se despejan, por otro lado, con la

aclaración que le sigue («en otras palabras»), según la cual «el trabajador debe percibir la retribución ordinaria por dicho período de descanso». Esto se ha de entender en el sentido de que la retribución por las vacaciones ha de corresponderse exactamente, en cuanto a su importe, con la retribución normal por el trabajo.

48. Aunque hay que dar la razón al órgano jurisdiccional remitente cuando dice que el objeto del litigio en el asunto Robinson-Steele era diferente del que nos ocupa, pues en aquel asunto se trataba esencialmente de la compatibilidad del Derecho de la Unión con una determinada práctica consistente en que la retribución de las vacaciones anuales mínimas era objeto de pagos parciales fraccionados durante el período anual de trabajo correspondiente, que se sumaban a la retribución por el trabajo efectuado y no de pago por un período determinado en que el trabajador hubiera disfrutado efectivamente de las vacaciones, no obstante, las consideraciones en que el Tribunal de Justicia, en el apartado 50 de dicha sentencia, basó su resolución están expresadas de forma general y no se refieren en modo alguno solamente a las circunstancias especiales subyacentes a aquel asunto. Por el contrario, pretenden ser de validez general y, en consecuencia, se han de tener en cuenta también al responder a las cuestiones aquí planteadas. La validez general de esas consideraciones lo demuestra el hecho de que el Tribunal de Justicia recurriese también a ellas, en el apartado 58 de la sentencia Schultz-Hoff y otros, en un contexto diferente, concretamente al ocuparse de la cuestión de cómo se ha de calcular la retribución prevista en el artículo 7, apartado 2, de la Directiva 2003/88, a la que tiene derecho un trabajador que, por razones ajenas a su voluntad, no haya estado en condiciones de ejercitar su derecho a vacaciones anuales retribuidas antes de que finalizara la relación laboral. Allí

34 — La interpretación del artículo 12 del Convenio n° 132 de la OIT permite llegar también a esta conclusión. Conforme a dicha disposición, los acuerdos por los que se renuncie al derecho a las vacaciones anuales pagadas prescritas como mínimo en el párrafo 3 del artículo 3 del presente Convenio o por los que se renuncie a tales vacaciones a cambio de indemnización o de otro modo serán nulos y sin efectos o prohibidos, según sea apropiado a las condiciones nacionales. De forma similar, Blanpain, R.: «The Holidays With Pay Convention of the ILO (N° 132): a Commentary», *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, vol. 16/4, 2000, p. 364.

35 — Sentencia Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols, citada en la nota 29, apartado 29.

corroboró el Tribunal de Justicia su interpretación conforme a la cual «mientras duren las vacaciones anuales [...], debe mantenerse la retribución» y «el trabajador debe percibir la retribución ordinaria».

49. Por otro lado, tanto la interpretación sistemática como la gramatical ofrecen argumentos a favor de esta postura. Para ello es preciso confrontar la Directiva 2003/88 o la Directiva 2000/79 con otros actos jurídicos de la Unión cuyas disposiciones prevén una forma modificada de retribución durante las vacaciones. La Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia,³⁶ para proteger a las trabajadoras embarazadas frente a cualquier riesgo para su seguridad o su salud, así como cualquier repercusión sobre el embarazo o la lactancia dispone, junto a una

adaptación de las condiciones de trabajo y un cambio de puesto de trabajo, la dispensa de trabajo para la trabajadora, y establece en su artículo 11, número 1, que «deberán garantizarse los derechos inherentes al contrato de trabajo, incluido el mantenimiento de una remuneración y/o el beneficio de una prestación adecuada de las trabajadoras [...], con arreglo a las legislaciones y/o a las prácticas nacionales». Esta disposición presenta una particularidad a la que el Tribunal de Justicia se refirió con acierto en sus sentencias de 1 de julio de 2010, Parviainen³⁷ y Gassmayr.³⁸ En ellas llamó la atención sobre el hecho de que la citada disposición de la Directiva, en la mayoría de las versiones lingüísticas existentes en la fecha de su adopción, prevé únicamente el mantenimiento de «una» remuneración y no de «la» remuneración.³⁹ De la redacción de dicha disposición y de otros elementos de referencia, el Tribunal de Justicia extrajo la conclusión de que una trabajadora embarazada no tiene derecho, en virtud del artículo 11, punto 1, de la Directiva, a raíz de su traslado provisional a un puesto de trabajo distinto del que ocupaba antes de su embarazo, conforme al artículo 5, apartado 2, de la Directiva 92/85, a la remuneración media que percibía antes de dicho traslado.⁴⁰ Pero en relación con el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2003/88 o con la cláusula 3 del Acuerdo europeo no se da una situación jurídica comparable. El tenor de dichas disposiciones es inequívoco, dado que en todas las versiones lingüísticas se dice simplemente que las vacaciones anuales deben ser «retribuidas»,⁴¹ lo que apunta en el sentido de una continuidad en el pago de la retribución «normal» del trabajo conforme a la jurisprudencia.

37 — (C-471/08, Rec. p. I-6533).

38 — (C-194/08, Rec. p. I-6281).

39 — Sentencia Parviainen, citada en la nota 37, apartado 50, y sentencia Gassmayr, citada en la nota 38, apartado 61.

40 — Sentencia Parviainen, citada en la nota 37, apartado 62.

41 — Véanse, por ejemplo, las versiones alemana («bezahl»), francesa («payé»), danesa («med løn»), española («retribuidas»), portuguesa («remuneradas»), eslovena («plačanegas»), italiana («retribuite»), sueca («betald») y neerlandesa («betaald»).

36 — DO L 348, p. 1.

50. Un argumento más a favor de la interpretación aquí defendida se extrae, por último, de los principios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), que se deben tener en cuenta, conforme al sexto considerando de la Directiva 2003/88, por lo que respecta a la distribución del tiempo de trabajo. En el marco de la OIT, como órgano especializado de las Naciones Unidas, el derecho a vacaciones anuales retribuidas ha sido objeto hasta ahora de dos acuerdos multilaterales, de los cuales el Convenio 132, que entró en vigor el 30 de junio de 1973,⁴² modificó el hasta entonces vigente Convenio 52.⁴³ Contienen normas vinculantes para los Estados partes en lo relativo al cumplimiento de este derecho social fundamental dentro de sus ordenamientos jurídicos nacionales. El Convenio 132, cuya relevancia para la interpretación de la Directiva 2003/88 ha confirmado expresamente el Tribunal de Justicia por última vez

en su sentencia Schultz-Hoff y otros,⁴⁴ dice en su artículo 7, apartado 1, 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*».

51. A la luz de las consideraciones precedentes, la presunción del órgano jurisdiccional remitente expresada en el apartado 29 de la resolución de remisión, según la cual el Tribunal de Justicia, al utilizar la palabra «comparable» en su sentencia Schultz-Hoff y otros,⁴⁵ (referida a la situación en que, durante las vacaciones, ha de colocar al trabajador la obligación de retribuir las citadas vacaciones) podría haber querido decir algo distinto, en ciertas circunstancias incluso la posibilidad de que fueran admisibles deducciones de la retribución ordinaria, se basa sin duda en una comprensión errónea de la

42 — Convenio 132, relativo a las vacaciones anuales pagadas (revisado en 1970), adoptado por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo el 24 de junio de 1970 y que entró en vigor el 30 de junio de 1973.

43 — Convenio 52, relativo a las vacaciones anuales pagadas, adoptado por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo el 24 de junio de 1936 y que entró en vigor el 22 de septiembre de 1939. Este Convenio recibió una nueva redacción en el Convenio 132, pero sigue estando abierto a la ratificación.

44 — Citada en la nota 7, apartado 38. Véase el debate en la doctrina sobre el significado que les corresponde a los convenios de la OIT en el ordenamiento jurídico de la Unión. Korda, M. y Pennings, F.: «The legal character of international social security standards», *European Journal of Social Security*, vol. 10 (2008), n.º 2, p. 132, en cuya opinión la Unión Europea carece de competencias para establecer normas jurídicamente vinculantes de la seguridad social. Por este motivo, entiende que los convenios firmados en el marco de la OIT y del Consejo Europeo son de importancia capital para el desarrollo de normas internacionales en materia de seguridad social. Bercusson, B.: «The European Court of Justice, Labour Law and ILO Standards», *50 Jahre EU — 50 Jahre Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zum Arbeits- und Sozialrecht*, Baden-Baden 2008, pp. 58 y 59, aboga por un papel activo del Tribunal de Justicia en la constitucionalización del modelo social europeo, que en la interpretación del Derecho primario y derivado de la Unión debe tener en cuenta los principios de la OIT. Murray, J.: «The Working Time Directive and Future Prospects for ILO Rules on Working Time», *Transnational Labour Regulation — The ILO and EC compared*, p. 175, considera que entre la Directiva sobre el tiempo de trabajo y el Derecho de la OIT existe una gran convergencia en lo que respecta al objeto y a la finalidad de la legislación.

45 — Citada en la nota 7, apartado 60.

jurisprudencia. Además, los argumentos del Tribunal de Justicia en dicha sentencia se corresponden al pie de la letra con mi exposición en el asunto *Stringer* y otros,⁴⁶ según la cual la compensación que perciba el trabajador ha de ser «equivalente» a su salario habitual. Con independencia de los diferentes términos utilizados, en definitiva se trata de lo mismo, es decir, de garantizar, mediante la interpretación teleológica del artículo 7, apartado 1, de las Directivas sobre el tiempo de trabajo, que los objetivos de las Directivas no se frustren por una transposición inadecuada. En particular, se ha de asegurar que el trabajador no sufra ningún perjuicio por tomar la decisión de ejercer su derecho a vacaciones anuales. Entre esos perjuicios figuran precisamente, en primer lugar, las posibles pérdidas económicas que podrían hacerle desistir, en función de su situación concreta.

52. Por todo ello, se ha de declarar que el Derecho de la Unión, en la interpretación del Tribunal de Justicia, contiene preceptos suficientemente claros acerca de cómo calcular la retribución de las vacaciones, conforme a los cuales dicha retribución en todo caso se ha de corresponder con el importe de la retribución por el trabajo.

b) Conclusión: no es admisible atender al mínimo de subsistencia

53. Con el mantenimiento de la retribución por el trabajo durante las vacaciones anuales se pretende, en definitiva, proteger efectivamente la función de descanso de ese derecho. La interpretación del artículo 7, apartado 1, de las Directivas sobre el tiempo de trabajo, orientada por el sentido y la finalidad de dichas Directivas, tal como la ha realizado el Tribunal de Justicia en su jurisprudencia, prohíbe en todo caso efectuar un cálculo de la retribución de las vacaciones atendiendo al mínimo de subsistencia. Sería incompatible con esa jurisprudencia si, como propone la demandada en el procedimiento principal,⁴⁷ se tomara como referencia para el cálculo de la retribución de las vacaciones únicamente un importe que fuera el mínimo indispensable para no impedir al trabajador el ejercicio de su derecho a vacaciones anuales retribuidas. En efecto, por un lado dicha medida no constituiría un «mantenimiento de la retribución por el trabajo» durante las vacaciones anuales, sino que la interpretación propuesta significaría reescribir las exigencias que el Tribunal de Justicia impone a una retribución de las vacaciones conforme a las Directivas, y concretamente en perjuicio del trabajador. Por otro lado, tal interpretación daría lugar a una situación jurídica del trabajador que no satisfaría ni las exigencias de una armonización mínima en toda la Unión ni el principio de seguridad jurídica.

46 — Véanse mis conclusiones en los asuntos C-350/06 y C-520/06, citadas en la nota 7, punto 38.

47 — Véanse los apartados 41, 43 y 76 de las alegaciones escritas de la demandada en el procedimiento principal.

54. Una armonización mínima como la que persigue el Acuerdo europeo, conforme al artículo 2, apartado 1, de la Directiva 2000/79 para el sector de la aviación, no significa que la actuación de la Unión se limite al mínimo denominador común. Por lo tanto, no se trata en absoluto de una armonización mínima. Con ella no se pretende establecer en la Unión el nivel de protección más bajo vigente en un Estado miembro, sino formular la protección básica imprescindible para la correspondiente política de la Unión.⁴⁸ Cualquier otra cosa sería incompatible con los objetivos propuestos en el artículo 136 CE de «mejorar las condiciones de vida y de trabajo» a fin de «conseguir su equiparación por la vía del progreso» y «una protección social adecuada». Una disposición que establece pautas mínimas en relación con la seguridad y la salud de los trabajadores debe estar redactada de forma objetiva y clara, para garantizar su objetiva y uniforme aplicación en todo el territorio de la Unión. Cualquier criterio relativo a la «sostenibilidad económica» de las vacaciones anuales, como en definitiva sugiere la demandada en el procedimiento principal, no sería factible, habida cuenta de que su aplicación (como acertadamente señala la demandante en el procedimiento principal)⁴⁹ dependería de la situación particular, especialmente de las cargas económicas que tuviese cada trabajador individual. La aplicación de tan

impreciso criterio, a fin de cuentas, socavaría el derecho a vacaciones anuales.

4. Competencia de los Estados miembros para el cálculo de la retribución de las vacaciones

55. La determinación del método de cálculo de la retribución de las vacaciones, a falta de disposición en otro sentido en las Directivas sobre el tiempo de trabajo o en la Directiva 2000/79, recae en el ámbito de competencias de los Estados miembros, a quienes, como ya se ha expuesto, incumbe la obligación de establecer las modalidades de aplicación nacionales necesarias. A una conclusión similar llegó el Tribunal de Justicia en su sentencia Schultz-Hoff y otros⁵⁰ en relación con la cuestión, tampoco regulada en el Derecho de la Unión, de cómo ha de calcularse la compensación financiera que, con arreglo al artículo 7, apartado 2, de la Directiva 2003/88, sustituye al período o períodos mínimos de vacaciones anuales retribuidas en caso de conclusión de la relación laboral. A este respecto son de aplicación las «legislaciones y/o prácticas nacionales», a las que se remiten las Directivas. A tal efecto, los Estados miembros deben velar por que las modalidades nacionales de aplicación respeten los límites que se derivan del propio Derecho de la Unión, incluidos los

48 — Véase Leible/Streinzi: *EU/EGV*, Múnich 2003, artículo 95, marg. 44, p. 1248.

49 — Véase el apartado 74 de las alegaciones escritas de la demandante en el procedimiento principal.

50 — Citada en la nota 7, apartados 57 a 62.

principios jurisprudenciales, de los que ya me he ocupado en estas conclusiones.

C. Forma de proceder ante estructuras salariales complejas

5. Conclusión parcial

56. A mi entender, con mi detallada argumentación tanto sobre el alcance de las competencias normativas ejercidas por el legislador de la Unión y de las que conservan los Estados miembros, como sobre las exigencias del Derecho de la Unión que se pueden deducir de las Directivas sobre el tiempo de trabajo, de la Directiva 2000/79 y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, se ha respondido ya a la primera cuestión prejudicial del órgano jurisdiccional remitente, cuya genérica redacción responde a que tiene por objeto aspectos fundamentales del derecho a percibir la retribución de las vacaciones.

57. A las cuestiones segunda y tercera, formuladas con algo más de concreción, debe responderse que la retribución de las vacaciones se debe calcular de tal manera que coincida con la retribución «normal» del trabajador por su trabajo. En cualquier caso, no satisface las exigencias del Derecho de la Unión una compensación financiera si su importe es el estrictamente necesario para que no exista un riesgo razonable de que el trabajador renuncie a tomar sus vacaciones anuales.

1. Consideraciones generales

58. El principio conforme al cual la retribución de las vacaciones ha de calcularse de tal manera que coincida con la retribución «normal» del trabajador por su trabajo sin duda precisa de una adaptación a aquellas situaciones en que el importe de la retribución por el trabajo no es constante, sino que está condicionada por factores que las partes del convenio colectivo consideran relevantes y que pueden variar de un período a otro. Dichos factores pueden referirse bien a la situación profesional del trabajador dentro de la empresa, o bien a determinadas funciones que desempeña. A esta última categoría pertenecen los complementos en forma de retribución especial y dietas.

59. Las cuestiones prejudiciales cuarta y quinta van dirigidas, en último término, a que el Tribunal de Justicia se pronuncie acerca de qué se ha de entender por «retribución normal» durante el período de vacaciones en una situación como la del procedimiento principal. A este respecto procede señalar que este concepto tiene un elemento temporal y otro material, y ambas cuestiones prejudiciales hacen referencia a esos elementos. Con la cuarta cuestión se solicita aclaración acerca de si se ha de considerar como período relevante el período efectivo, es decir, aquel durante el cual el trabajador se encuentra de vacaciones,

o bien un período diferente. Con la quinta cuestión, el órgano jurisdiccional remitente desea saber si el trabajador tendría derecho a percibir un complemento sólo en la medida en que hubiese desempeñado una actividad especial. En caso de respuesta afirmativa, el órgano jurisdiccional remitente quiere saber si, en su caso, al calcular la retribución de las vacaciones deben tenerse en cuenta también límites máximos para el alcance o la extensión temporal de dichas actividades.

2. Exigencias del Derecho de la Unión y competencias que conservan los Estados miembros para regular detalladamente la retribución de las vacaciones

60. No deja de oponerse a una valoración definitiva de qué se debe entender por «retribución normal» en el sentido de la jurisprudencia la concisión de la normativa de la Unión en esta materia, que necesariamente traza los límites para cualquier interpretación por el Tribunal de Justicia.

61. El Gobierno danés, para fundamentar la ausencia de una competencia normativa

de la Unión y, por ende, de la facultad interpretativa del Tribunal de Justicia, se remite al artículo 137 CE, apartado 5, con arreglo al cual dicho artículo expresamente no se ha de aplicar a la «retribución del trabajo». Sin embargo, yo no aprecio aquí ningún impedimento real, pues, como ha aclarado de forma reiterada el Tribunal de Justicia en su jurisprudencia,⁵¹ se ha de considerar que esta disposición del Tratado debe ser objeto de una interpretación estricta, para no afectar indebidamente al alcance de los mencionados apartados 1 a 4 ni desvirtuar los objetivos perseguidos por el artículo 136 CE. Por lo tanto, dicha disposición del tratado no ha de interpretarse de forma que su ámbito de aplicación se extienda a todas las cuestiones relacionadas con la retribución del trabajo en cualquier contexto. Antes bien, tal como aclaró el Tribunal de Justicia en la sentencia *Impact*, remitiéndose a la sentencia *Del Cerro Alonso*,⁵² dicha excepción debe interpretarse en el sentido de que se refiere a las medidas que, como las que uniforman todo o parte de los elementos constitutivos de los salarios y/o de su nivel en los Estados miembros o las que establecen un salario mínimo comunitario, suponen una injerencia directa del Derecho comunitario en la determinación de las retribuciones en la Comunidad.⁵³ En consecuencia, la determinación del nivel de los distintos elementos constitutivos de la retribución de un trabajador no es competencia del legislador comunitario y sigue correspondiendo indudablemente a las autoridades competentes de los distintos Estados miembros, pero no es menos cierto que, en el ejercicio de su competencia en los ámbitos no incluidos en la de la Comunidad, estas autoridades deben respetar el Derecho comunitario.⁵⁴

51 — Véase la sentencia *Impact*, citada en la nota 13, apartado [122].

52 — Sentencia de 13 de septiembre de 2007 (C-307/05, Rec. p. I-7109).

53 — Sentencia *Impact*, citada en la nota 13, apartado 124.

54 — *Ibidem*, apartado 129.

62. Sin embargo, esto nada dice acerca de si el legislador de la Unión está facultado para regular el importe de la retribución de las vacaciones en el caso de una estructura salarial compleja. La Abogado General Kokott expuso con acierto en el citado asunto que dicha excepción no impide a la Unión adoptar normas con repercusiones económicas, relativas, por ejemplo, a las condiciones de trabajo [artículo 137 CE, apartado 1, letra b)] o destinadas a mejorar el entorno de trabajo para proteger la salud y la seguridad de los trabajadores [artículo 137 CE, apartado 1, letra a)]. No impide al legislador de la Unión imponer requisitos a la normativa laboral nacional que confieran a los trabajadores un derecho a vacaciones anuales retribuidas, como sucedió con el artículo 7 de la Directiva 2003/88.⁵⁵ Lo mismo sucede con las disposiciones casi idénticas de la cláusula 3 del Acuerdo europeo, adjunto a la Directiva 2000/79, dado que la excepción prevista en el artículo 137 CE, apartado 5, también comprende el fundamento jurídico de esta Directiva en el artículo 139 CE.⁵⁶ En otras palabras, el legislador de la Unión no sólo posee una competencia para regular los aspectos contemplados en las Directivas 2003/88 y 2000/79, sino que además, desde el punto de vista jurídico, en principio también habría estado facultado para adoptar disposiciones más detalladas en cuanto a la naturaleza y el importe de la retribución de las vacaciones.

disposiciones, *de qué se ha de componer en concreto la retribución de las vacaciones*. En lugar de eso, se remitió a las «legislaciones y/o prácticas» de los Estados miembros. La voluntad del legislador de la Unión de conceder a los Estados miembros y a los interlocutores sociales un amplio margen de apreciación queda expresada en el décimo considerando de la Directiva 2000/79, según el cual «el instrumento apropiado para la aplicación del Acuerdo es, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 249 del Tratado, una directiva». Para el sector de la aviación, se produce una remisión adicional al Derecho nacional en la medida en que, con arreglo al duodécimo considerando, se deja a los Estados miembros la libertad de «definir, de conformidad con la normativa y las prácticas nacionales, los términos del Acuerdo que no están expresamente definidos en él, al igual que sucede con las demás directivas en materia de política social que utilizan términos similares, siempre que dichas definiciones sean compatibles con el Acuerdo». Por otro lado, el artículo 3 de la Directiva 2000/79 obliga a los Estados miembros a velar por que «los interlocutores sociales hayan tomado las medidas necesarias mediante acuerdo».

63. Sin embargo, el legislador de la Unión se abstuvo de establecer, en las citadas

64. De esta manera, en el fondo, se sigue en el plano de la Unión un concepto similar al de la aplicación del Convenio 132 de la OIT, que tampoco contiene disposiciones específicas sobre el cálculo de la retribución de las vacaciones y, en su lugar, concede a los

55 — Véanse las conclusiones de la Abogado General Kokott presentadas el 9 de enero de 2008 en el asunto en que recayó la sentencia Impact, citada en la nota 13, punto 175.

56 — En este sentido, Rebhahn, R., *ibidem* (nota 14), artículo 137, marg. 56, p. 1363.

Estados firmantes un amplio margen de apreciación.⁵⁷ Así, su artículo 1 establece que «la legislación nacional dará efecto a las disposiciones del presente Convenio en la medida en que esto no se haga por medio de contratos colectivos, laudos arbitrales, decisiones judiciales, procedimientos legales para la fijación de salarios o de otra manera compatible con la práctica nacional que sea apropiada a las condiciones del país».

Estados miembros han participado o a los que se han adherido —como la Carta Social Europea,⁵⁹ firmada en Turín el 18 de octubre de 1961, y expresamente mencionada, por lo demás, en el artículo 136 CE—, como en instrumentos elaborados por los Estados miembros a escala comunitaria o en el marco de la Unión Europea, como la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores,⁶⁰ adoptada en la reunión del Consejo Europeo celebrada en Estrasburgo el 9 de diciembre de 1989, también mencionada en el artículo 136 CE, y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada el 7 de diciembre de 2000 en Niza.⁶¹

65. Tal concepto se corresponde tanto con el principio de subsidiariedad como con la necesidad de respetar la autonomía de los interlocutores sociales para pactar en las negociaciones salariales. A este respecto se ha de recordar que el derecho de negociación colectiva y la autonomía negocial inherente a este derecho constituyen derechos fundamentales protegidos por el ordenamiento jurídico de la Unión.⁵⁸ El derecho de negociación colectiva se reconoce tanto en diferentes instrumentos internacionales en los que los

66. Este concepto satisface, además, las exigencias de la vida real, habida cuenta de las grandes dificultades que plantea adoptar normativas uniformes para todos los sectores.⁶² Las alegaciones de las partes en el procedimiento principal demuestran precisamente la

57 — Según Böhnert, S.: *Das Recht der ILO und sein Einfluss auf das deutsche Arbeitsrecht im Zeichen der europäischen Integration*, Baden-Baden 2002, p. 100, los convenios de la OIT se sirven de las llamadas «cláusulas de flexibilidad». Por tales se entienden diversas medidas, entre las que figuran la utilización de términos amplios y la cesión de una amplia discrecionalidad en el cumplimiento de las obligaciones o en la fijación de los objetivos que se quieren alcanzar.

58 — Véanse mis conclusiones presentadas el 14 de abril de 2010 en el asunto en que recayó la sentencia de 15 de julio de 2010, Comisión/Alemania (C-271/08, Rec. p. I-7091), punto 77.

59 — Según el artículo 6 de la Carta Social Europea, recogido literalmente en el artículo 6 de la Carta Social Europea revisada, suscrita el 3 de mayo de 1996 en Estrasburgo, para garantizar el ejercicio efectivo del derecho de negociación colectiva, las partes contratantes se comprometen, entre otras cosas, a favorecer la concertación paritaria entre trabajadores y empleadores, y a promover, cuando ello sea necesario y conveniente, el establecimiento de procedimientos de negociación voluntaria entre empleadores u organizaciones de empleadores, de una parte, y organizaciones de trabajadores de otra, con objeto de regular las condiciones de empleo por medio de convenios colectivos.

60 — Según el punto 12 de la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores, los empresarios o las organizaciones de empresarios, por una parte, y las organizaciones de trabajadores, por otra, tienen derecho, en las condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales, a negociar y celebrar convenios colectivos.

61 — Según el artículo 28 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, los trabajadores y los empresarios, o sus organizaciones respectivas, de conformidad con el Derecho comunitario y con las legislaciones y prácticas nacionales, tienen derecho a negociar y celebrar convenios colectivos, en los niveles adecuados, y a emprender, en caso de conflicto de intereses, acciones colectivas para la defensa de sus intereses, incluida la huelga.

62 — Véase, en el punto 42 de las presentes conclusiones, mi exposición sobre el método normativo diferenciado que ha aplicado el legislador de la Unión y que finalmente ha llevado a la adopción de la Directiva 2000/79 para el sector específico de la aviación civil.

flexibilidad a que está expuesto el sector de la aviación. Es preciso concebir normativas que tengan en cuenta las particularidades de cada sector y que puedan ser aceptadas por los interlocutores sociales. El Tribunal de Justicia debe tener en cuenta en sus interpretaciones esta contención del legislador de la Unión. Por otro lado, no se ha de olvidar que el margen de apreciación que asiste a los Estados miembros, como ya se ha mencionado,⁶³ no es ilimitado. Por el contrario, los instrumentos de transposición deben encajar en el marco jurídico de la Unión.

67. De las anteriores consideraciones se desprende que, en ausencia de disposiciones contrarias en el Derecho de la Unión, en principio los Estados miembros tienen libertad para permitir, con arreglo a la legislación laboral interna, que la retribución del trabajo se desglose en un salario base y diversos complementos que percibe el trabajador en función de las tareas realizadas.

3. Composición de la retribución de las vacaciones

a) Elemento material del concepto de «retribución normal»

68. En lo que respecta al elemento material del concepto de retribución normal en el caso

de una estructura salarial compleja, que es el objeto de la quinta cuestión planteada, yo soy del parecer de que del duodécimo considerando de la Directiva 2000/79 no se puede deducir, sin más, una competencia exclusiva de los Estados miembros o de los interlocutores sociales para determinar en cada caso qué importes deben considerarse como parte de la «retribución de las vacaciones». Dado que el concepto de retribución de las vacaciones está vinculado, a fin de cuentas, al de retribución del trabajo, en principio ésta debe mantenerse íntegramente durante el período de vacaciones. En el segundo concepto se aprecia una acusada impronta del Derecho de la Unión.

i) El concepto de retribución en el Derecho de la Unión

69. Aunque ni las Directivas sobre el tiempo de trabajo ni la Directiva 2000/79 contienen una definición del concepto de retribución, el Derecho de la Unión conoce una definición suficientemente clara en el artículo 141 CE, apartado 2, a la que el mismo Tribunal de Justicia ha recurrido en la interpretación de directivas adoptadas sobre la base de la facultad que concede el artículo 118 A del Tratado CE,⁶⁴ al igual que la propia Directiva 93/104, de la que aquí se trata. Además, dicha

63 — Véanse los puntos 38, 45, 53, 54 y 55 de las presentes conclusiones.

64 — Sentencia de 8 de septiembre de 2005, McKenna (C-191/03, p. I-7631), apartado 29.

definición se corresponde con los criterios del Derecho laboral internacional, pues históricamente se apoya en el artículo 1, letra a), del Convenio 100 de la OIT.^{65, 66} En consecuencia, también en el presente asunto considero que, para interpretar la Directiva 2000/79, es posible recurrir a los conceptos del Derecho primario.

la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se ha tendido a interpretar esta disposición de forma extensiva.⁶⁸ Por ese motivo, el concepto de retribución del artículo 141 CE, apartado 2, en ciertos casos puede ser más amplio que el utilizado en un Estado miembro.⁶⁹ El carácter retributivo de toda remuneración debe apreciarse de forma individual.

70. Por lo tanto, la cuestión es qué remuneraciones deben considerarse elementos de la retribución conforme a dicha definición.

71. Por retribución a los efectos del artículo 141 CE, apartado 2, se entiende «el salario o sueldo normal de base o mínimo, y cualesquiera otras gratificaciones satisfechas, directa o indirectamente, en dinero o en especie, por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo». A este respecto es indiferente si la prestación se realiza en virtud de un contrato de trabajo o de disposiciones legislativas o si tiene carácter voluntario.⁶⁷ En

72. Sin embargo, antes de analizar el carácter retributivo de cada uno de los componentes controvertidos del salario, quisiera hacer referencia brevemente a la necesidad de conservar la amplia interpretación que hasta ahora se ha hecho del concepto de retribución en el Derecho de la Unión. En situaciones como la que nos ocupa, en que el salario se compone de diversos elementos, una interpretación demasiado estricta encerraría el peligro de constituir un incentivo para que el empresario declarase como no pertenecientes a la retribución elementos concretos o incluso desglosar aún más el salario a fin de pagar una retribución por vacaciones lo más reducida posible. Tal práctica podría disuadir al trabajador de disfrutar de las vacaciones anuales retribuidas, con lo que se frustraría la finalidad de descanso que éstas tienen. A este peligro se refieren, creo que con acierto, los demandantes en el procedimiento principal.⁷⁰

65 — El artículo 1, letra a), del Convenio 100 de la OIT tiene el siguiente tenor: «el término remuneración comprende el salario o sueldo ordinario, básico o mínimo, y cualquier otro emolumento en dinero o en especie pagados por el empleador, directa o indirectamente, al trabajador, en concepto del empleo de este último».

66 — Véase Krebber, S.: *EUV/EGV — Kommentar* (coord. Christian Calliess/Matthias Ruffert), 3ª ed., Múnich 2007, artículo 141, marg. 23, p. 1629.

67 — Sentencia McKenna, citada en la nota 64, apartado 29.

68 — Véase Eichenhofer, E.: *EUV/EGV — Kommentar*, Múnich 2003, artículo 141 CE, marg. 10, p. 1530.

69 — Véase Rebhahn, R., *ibidem* (nota 14), artículo 141 CE, marg. 10, p. 1386.

70 — Véase el apartado 73 de las alegaciones escritas de los demandantes en el procedimiento principal.

ii) El salario base como parte esencial de la retribución

«retribución normal» que se ha de mantener durante el período de vacaciones conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

73. A la vista del inequívoco tenor de esta disposición, en cualquier caso, comprende toda remuneración que perciba el trabajador como «salario base». Así lo ha confirmado expresamente el Tribunal de Justicia por última vez en la sentencia Parviainen para el caso de una azafata que en la compañía aérea ejercía las funciones de jefa de cabina. En dicho asunto, el Tribunal de Justicia debía responder a la cuestión de si una trabajadora embarazada provisionalmente destinada, por motivos de salud y de seguridad, a otro puesto de trabajo en virtud del artículo 5, apartado 2, de la Directiva 92/85 conserva durante ese destino el derecho a los componentes de la remuneración o a los complementos inherentes a su calidad de superiora jerárquica, con su antigüedad y con sus cualificaciones profesionales. El Tribunal de Justicia respondió afirmativamente y consideró que el salario base de la demandante estaba de por sí comprendido en el concepto de retribución del artículo 141 CE.⁷¹ La categoría de salario base incluye también el importe fijo que corresponde siempre a todo piloto con arreglo al MOA en relación con las disposiciones pactadas en convenio colectivo sobre el tiempo mensual de vuelo. El importe de dicho salario está establecido de forma precisa y se determina en función de ciertos factores como la categoría del piloto y de la flota aérea a la que éste pertenece. En consecuencia, dicho componente fijo, invariable, de la retribución del piloto pertenece en todo caso a la

iii) Calificación de los complementos como parte de la retribución

74. En cambio, más difícil de valorar resulta la cuestión de si los complementos de que aquí se trata están también comprendidos en el concepto de retribución del artículo 141 CE, apartado 2. Según la información del órgano jurisdiccional remitente, al salario base se añaden otros dos componentes que se diferencian por su función y por su tratamiento fiscal. El importe de los complementos viene determinado por el tiempo de vuelo (FPS) y por el tiempo pasado fuera de la base (TAFB). El FPS se considera en su integridad retribución con arreglo al Derecho nacional, y como tal tributa. En cuanto al TAFB, el 82 % tiene la consideración de pago en concepto de dietas, de manera que sólo el 18 % se considera retribución y está sujeto a impuestos.

75. Con independencia de su calificación en el Derecho nacional, dichos complementos tal vez podrían considerarse, desde el punto de vista del Derecho de la Unión, como «otras

71 — Sentencia Parviainen, citada en la nota 37, apartados 49 y 50.

gratificaciones» en el sentido de la citada definición legal. Y esto es lo que debemos comprobar a continuación. Si atendemos a la función de la retribución como contraprestación del empresario por el trabajo realizado por el trabajador, por «otras gratificaciones» habría que entender cualquier prestación pecuniaria que constituya una contraprestación en un sentido amplio, y no responda exclusivamente a otros motivos (por ejemplo, aumento de la productividad, mejora de las condiciones de trabajo y del clima laboral, fomento de la salud).⁷²

en el procedimiento principal permiten llegar a esta conclusión, máxime cuando en sus observaciones escritas en el procedimiento ante el Tribunal de Justicia⁷⁴ se han referido exclusivamente a estos mismos elementos del salario. Por lo tanto, las cuestiones planteadas por el órgano jurisdiccional remitente se deben interpretar en el sentido de que solamente en lo que respecta al FPS y a la parte imponible del TAFB se desea saber si en el cálculo de la retribución de las vacaciones se deben tener en cuenta, además del salario base, los complementos. En consecuencia, por no ser relevante para la resolución del litigio, mi posterior análisis no se extenderá a la parte del TAFB considerada como dietas.

76. Pero es preciso, antes que nada, delimitar el objeto del examen de acuerdo con la relevancia de las cuestiones planteadas para la resolución del procedimiento principal. De los autos⁷³ se desprende, en todo caso, que los demandantes en el procedimiento principal reivindican el derecho a percibir el FPS y la parte imponible del TAFB, que el Derecho nacional califica como parte de la retribución. También las alegaciones de los demandantes

77. En principio, el amplio concepto de retribución del artículo 141 CE, apartado 2, además de la propia retribución abonada como contraprestación por el trabajo realizado, comprende también todos los elementos accesorios como primas, complementos y aumentos de salario, y las remuneraciones o gratificaciones concedidas por el empresario.⁷⁵ En cualquier caso, el Tribunal de Justicia ha reconocido como retribución a los efectos de dicha disposición los aumentos de salario abonados en virtud del criterio de la flexibilidad, es decir, los aumentos que retribuyen la disposición del trabajador para trabajar en

72 — Véase Krebber, S., *op. cit.* (nota 66), marg. 25, p. 1630.

73 — Véase la sentencia del Employment Tribunal de 11 de mayo de 2007, *Mrs S A Williams and others/British Airways Plc* (Case Number: 3314875/2006), apartados 27 y 29, p. 8 (anexo 2 del escrito de la demandada en el procedimiento principal), así como el resumen de los hechos de la Supreme Court («Agreed Statement of Facts and Issues in the Supreme Court of the United Kingdom»), apartado 8, p. 3 (anexo 1 de las alegaciones escritas de la demandada en el procedimiento principal).

74 — Véase el apartado 11 de las alegaciones escritas de los demandantes en el procedimiento principal.

75 — Fuchs, M./Marhold, E.: *Europäisches Arbeitsrecht*, 2ª ed., Viena 2006, 123.

horarios diferentes.⁷⁶ En consecuencia, en la jurisprudencia se han considerado comprendidos por dicha definición tanto un complemento por trabajar en horarios incómodos⁷⁷ como una retribución por las horas extraordinarias⁷⁸ o por horas suplementarias por razón de la participación en cursos de formación cuya duración excedía su horario individual de trabajo⁷⁹, y conforme a esta lógica, en esa categoría deberían estar incluidos también los complementos por horas suplementarias, los de festivo, los de turno y las prestaciones similares.⁸⁰

78. Resulta evidente la similitud de las retribuciones aquí citadas de forma no taxativa con los complementos controvertidos, pues en definitiva todos ellos se refieren a la disposición del piloto a permanecer preparado para la realización de un trabajo durante tanto tiempo como el empresario considere preciso. Sin embargo, existe una diferencia entre ambos tipos controvertidos de complementos

en la medida en que el FPS representa una contraprestación directa por una actividad típica de los pilotos (pilotar un avión), mientras que el TAFB tiene más un carácter de compensación por el alejamiento del lugar habitual de residencia que necesariamente implica el viajar. Pero el propio hecho de que, conforme a la jurisprudencia, incluso las indemnizaciones por despido legalmente previstas⁸¹ se incluyan en ese concepto demuestra que no se puede pensar, sin más, que el eventual carácter compensatorio de una remuneración se oponga a su calificación como retribución a los efectos del artículo 141 CE, apartado 2. En cualquier caso, en comparación con tales remuneraciones, el carácter compensatorio del TAFB (al menos, en lo que se refiere a la parte [no imponible] aquí relevante) es mucho menos marcado. Además, a este respecto se ha de señalar que, a diferencia de la parte no imponible del TAFB, la que aquí nos ocupa no son dietas, sino que se considera como retribución incluso con arreglo al Derecho nacional. Esta calificación es, a mi juicio, correcta, pues la parte imponible del TAFB constituye una remuneración indirecta por la actividad realizada, que tiene carácter compensatorio y que se puede comparar con un complemento por horarios incómodos. Al margen de esto, ambos complementos son prestaciones pecuniarias que el empresario realiza conscientemente en relación con una determinada actividad del piloto, de manera que no se puede cuestionar el carácter retributivo de ninguno de los dos.

76 — Véase la sentencia de 17 de octubre de 1989, Danfoss (109/88, Rec. p. 3199), apartado 3.

77 — Véase la sentencia de 30 de marzo de 2000, Jämställ-dhetsombudsmannen (C-236/98, Rec. p. I-2189), apartados 39 y ss.

78 — Véase la sentencia de 6 de diciembre de 2007, Voß (C-300/06, Rec. p. I-10573), apartados 12 y ss.

79 — Véanse las sentencias de 4 de junio de 1992, Bötöl (C-360/90, Rec. p. I-3589), apartado 13, y de 6 de febrero de 1996, Lewark (C-457/93, Rec. p. I-243), apartado 23.

80 — Véase Krebber, S., *ibidem*. (nota 66), marg. 28, p. 1631.

79. Por lo tanto, dichos complementos constituyen «otras gratificaciones» que el trabajador percibe, conforme al artículo 141 CE, apartado 2, en razón de su relación laboral,

81 — Véase la sentencia de 9 de febrero de 1999, Seymour-Smith (C-167/97, Rec. p. I-623), apartado 28.

de modo que estos elementos del salario también pertenecen a la «retribución normal» que, conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, debe seguir abonándose al trabajador durante sus vacaciones. En consecuencia, en principio todo trabajador tiene derecho, también durante sus vacaciones anuales, a los complementos que normalmente le corresponden.

80. El hecho de que el trabajador ejerza su derecho a vacaciones anuales no puede entenderse como razón lícita para interpretar excepcionalmente el concepto de retribución del Derecho de la Unión de forma tan estricta que no incluya los complementos correspondientes a ese período. Lo contrario supondría tratar a los trabajadores, desde el punto de vista económico, de forma diferente en función de si trabajan o se encuentran de vacaciones, lo que, como ya se ha expuesto, sería contrario a la jurisprudencia.

81. Pero el reconocimiento de un derecho, en principio, a los complementos ordinarios no significa necesariamente que el trabajador tenga derecho a percibir íntegramente todos los complementos imaginables. En mi opinión, el Tribunal de Justicia ha impuesto un límite a ese derecho, en la medida en que la jurisprudencia también se puede interpretar en el sentido de que el trabajador ha de tener derecho solamente a su «retribución normal». A continuación explicaré las consecuencias de esta interpretación.

b) Componente temporal de la «retribución normal»

82. Como he señalado al principio, el concepto de «retribución normal» tiene también un componente temporal. Como «normal», en el sentido natural de la palabra, sólo se puede designar algo que ha existido a lo largo de un determinado período de tiempo y que más tarde se puede utilizar como referencia para una comparación. Esta expresión esencialmente implica, como la Comisión⁸² y los demandantes en el procedimiento principal⁸³ acertadamente han alegado, que se iguale una retribución de por sí oscilante en períodos regulares al importe de una ganancia media. Para apreciar una «retribución normal» es preciso, como acertadamente han reconocido los intervinientes en el procedimiento, que exista un *período de referencia suficientemente representativo*, y en el procedimiento principal se plantean a este respecto diversas alternativas. Bien se atiende a un período concreto en que el trabajador estuviera de vacaciones y se calcula una hipotética retribución media, o bien se atiende a un período anterior en que el trabajador haya estado activo de forma continuada y se calcula una retribución media. A ambas posibilidades alude la cuarta cuestión prejudicial. Sin embargo, de igual manera podría plantearse calcular una retribución uniforme de las vacaciones para cada una de las categorías de pilotos. Pero ninguna de las opciones que se barajan parece ser preferible desde el punto de vista práctico, pues

82 — Véase el apartado 27 de las alegaciones escritas de la Comisión.

83 — Véanse los apartados 55 y 100 de las alegaciones escritas de los demandantes en el procedimiento principal.

ambas presentan tanto ventajas como inconvenientes. Por ejemplo, la primera opción tiene la desventaja de que no siempre va a ser posible determinar con seguridad qué tareas hubiese realizado presumiblemente el piloto que se encuentra de vacaciones durante ese período, habida cuenta de que, en función de la situación concreta, se puede presumir que en principio dichas tareas también podría haberlas realizado cualquier otro piloto.⁸⁴ Por su parte, la segunda opción podría generar dificultades en caso de empleados de reciente contratación, pues no habría ningún período de referencia real al que recurrir.⁸⁵ Con independencia de esto, las opciones primera y segunda, según han señalado los demandantes en el procedimiento principal,⁸⁶ en la práctica no darían lugar a diferencias cuantitativas significativas entre los importes obtenidos.

por el ordenamiento jurídico de la Unión. Sin embargo, en un procedimiento prejudicial al Tribunal de Justicia se le pide que determine, mediante la interpretación, qué exigencias jurídicamente vinculantes impone el Derecho de la Unión a la legislación nacional de transposición⁸⁷ y que, en el marco de la cooperación judicial, se pronuncie sobre las cuestiones jurídicas que le ha planteado el órgano jurisdiccional remitente. En este contexto, el Tribunal de Justicia debería declarar en el presente asunto que el Derecho de la Unión, como la propia demandada en el procedimiento principal acertadamente señala,⁸⁸ no prescribe ninguna opción concreta.

83. En un análisis más detenido de la problemática planteada se aprecia con claridad que las ventajas e inconvenientes de cada opción, prolijamente expuestos por las partes del procedimiento principal, en su mayor parte se refieren al aspecto práctico de la aplicación del derecho a vacaciones anuales retribuidas. Dicho de otra manera, tienen por objeto la cuestión de cuál de las opciones es más indicada para hacer efectivo el derecho consagrado

84. A falta de requisitos más precisos en el plano del Derecho de la Unión, procede considerar que la competencia para establecer el período de referencia en cuestión, así como para calcular la correspondiente retribución media, reside en los Estados miembros, y que a tal efecto son determinantes, con arreglo a la cláusula 3 del Acuerdo europeo y al artículo 7 de la Directiva 2003/88, «las legislaciones y/o prácticas nacionales». De conformidad con su respectivo ordenamiento jurídico, incumbe al legislador nacional adoptar las disposiciones de aplicación necesarias, o a los

84 — Véanse los apartados 42 y 74 de las alegaciones escritas de la demandada en el procedimiento principal.

85 — *Ibidem*, apartado 42.

86 — *Ibidem*, apartado 102.

87 — En efecto, la interpretación que da el Tribunal de Justicia de una norma de Derecho de la Unión, esclarece y precisa el significado y el alcance de ésta tal y como debe o hubiera debido entenderse y aplicarse desde el momento de su entrada en vigor (véanse las sentencias de 27 de marzo de 1980, *Denkavit italiana*, 61/79, Rec. p. 1205, apartado 16; de 10 de febrero de 2000, *Deutsche Telekom*, C-50/96, Rec. p. I-743, apartado 43, y de 13 de enero de 2004, *Kühne & Heitz*, C-453/00, Rec. p. I-837, apartado 21).

88 — Véase el apartado 42 de las alegaciones escritas de la demandada en el procedimiento principal.

interlocutores sociales acordar las normas convencionales colectivas, que creen las condiciones precisas para que se pueda obtener esta retribución media.

85. Lo mismo sucede con el Derecho laboral internacional, del cual se podrían haber extraído importantes principios. Si bien el tenor literal del artículo 7, apartado 1, del Convenio 132 de la OIT sugiere como principio la determinación de una ganancia media, esa misma disposición dispone expresamente 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*. Esta alternativa tiene por objeto, evidentemente, dar cuenta de las relaciones laborales específicas en que los trabajadores no perciben una retribución normal. En cambio, nada dice acerca de cómo calcular dicha retribución media y, sobre todo, en qué período de referencia debe basarse el cálculo. Por el contrario, se remite a la competencia de cada Estado, al disponer que la retribución sea «calculada en la forma que determine en cada país la autoridad competente o el organismo apropiado».

c) Principio de no discriminación

86. De la forma aquí defendida de entender la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, según la cual el derecho del trabajador no ha de ir más allá de su «retribución normal», se deduce, por un lado, la necesidad de igualar

y de calcular una retribución media. Esto, a su vez, excluye la acumulación automática del salario base con todos los complementos, siempre que estos últimos no se abonen con regularidad. A este respecto, hay que dar la razón al Gobierno danés⁸⁹ cuando alega que la inclusión de esos complementos en el importe medio de la retribución sólo es imperativa cuando dichos componentes del salario presenten carácter sistemático.

87. Además, este concepto implica esencialmente que todo trabajador que se toma sus vacaciones no debe ser tratado, desde el punto de vista financiero, de forma diferente que cuando está trabajando. Y esto, habida cuenta de la finalidad perseguida por el derecho a vacaciones anuales retribuidas, se refiere primordialmente a perjuicios económicos para el trabajador. Pero no significa que el trabajador que toma vacaciones deba disfrutar de unas condiciones económicas mejores que los demás. En efecto, la concesión de una «retribución normal» quiere decir que en principio también se deben aplicar las limitaciones habituales, y esto afecta respectivamente a los límites anuales y de otro tipo que se imponen a la medida o al período de tiempo en que el trabajador puede realizar una actividad retribuida con la concesión de un complemento. Dichos límites deben tener

89 — Véase el apartado 20 de las alegaciones escritas del Gobierno danés.

el correspondiente reflejo en el cálculo de la retribución de las vacaciones.

que se corresponda con su retribución media. El cálculo de esa retribución media se debe realizar tomando como referencia un período de tiempo suficientemente representativo.

4. Conclusión parcial

88. Se ha de responder a la cuarta cuestión prejudicial que, en una situación como la del procedimiento principal, en que el importe de la retribución es variable, el trabajador tiene derecho a una retribución de las vacaciones

89. Se ha de responder a la quinta cuestión prejudicial que, para calcular esta retribución media se deben tener en cuenta tanto los complementos que corresponden al trabajador de forma habitual como parte de su retribución, como también las restricciones en forma de límites anuales y de otro tipo que se imponen a la medida o al período de tiempo en que el trabajador puede realizar una actividad retribuida con la concesión de un complemento.

VII. Conclusión

90. Habida cuenta de las consideraciones precedentes propongo al Tribunal de Justicia responder de la siguiente forma a la cuestión planteada por la Supreme Court:

«1) El artículo 7 de la Directiva 2003/88 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, y la cláusula 3 del Acuerdo europeo sobre la ordenación del tiempo de trabajo del personal de vuelo en la aviación civil celebrado por la Association of European Airlines (AEA), la European Transport Workers' Federation (ETF), la European Cockpit Association (ECA), la European Regions Airline Association (ERA) y la International Air Carrier Association (IACA), que se

adjunta a la Directiva 2000/79/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, se han de interpretar en el sentido de que el cálculo de la retribución de las vacaciones se debe realizar con arreglo a las legislaciones de los Estados miembros y/o con arreglo a las prácticas de los Estados miembros.

- 2) A este respecto, en principio la retribución de las vacaciones ha de ser de un importe que se corresponda con la retribución normal del trabajador. En cualquier caso, no satisface las exigencias del Derecho de la Unión una compensación financiera si su importe es el estrictamente necesario para que no exista un riesgo razonable de que el trabajador renuncie a tomar sus vacaciones anuales.

- 3) En una situación como la del procedimiento principal, en que el importe de la retribución es variable, el trabajador tiene derecho a una retribución en concepto de vacaciones que se corresponda con su retribución media. El cálculo de esta retribución media se debe realizar tomando como referencia un período de tiempo suficientemente representativo.

- 4) Para calcular esta retribución media y los complementos que corresponden al trabajador de forma habitual como parte de su retribución, se deben tener en cuenta tanto los complementos que corresponden al trabajador de forma habitual como parte de su retribución, como también las restricciones en forma de límites anuales y de otro tipo que se imponen a la medida o al período de tiempo en que el trabajador puede realizar una actividad retribuida con la concesión de un complemento.»