

*Revista Internacional y Comparada de*

**RELACIONES  
LABORALES Y  
DERECHO  
DEL EMPLEO**

*Escuela Internacional de Alta Formación en Relaciones Laborales y de Trabajo de ADAPT*

*Directores Científicos*

Mark S. Anner (*Estados Unidos*), Arturo Bronstein (*Argentina*), Martin Carillo (*Perú*), Lance Compa (*Estados Unidos*), Luis Enrique De la Villa Gil (*España*), Jordi Garcia Viña (*España*), Adrián Goldin (*Argentina*), Ana Virginia Gomes (*Brasil*), Julio Armando Grisolia (*Argentina*), Óscar Hernández (*Venezuela*), María Patricia Kurczyn Villalobos (*México*), Manuel Luque (*España*), Lourdes Mella Méndez (*España*), Antonio Ojeda Avilés (*España*), Barbara Palli (*Francia*), Roberto Pedersini (*Italia*), Rosa Quesada Segura (*España*), Juan Raso Delgue (*Uruguay*), Carlos Reynoso Castillo (*México*), Raúl G. Saco Barrios (*Perú*), Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*), Malcolm Sargeant (*Reino Unido*), Michele Tiraboschi (*Italia*), Anil Verma (*Canada*), Marly Weiss (*Estados Unidos*), Marcin Wujczyk (*Polonia*).

*Comité de Gestión Editorial*

Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*)  
Michele Tiraboschi (*Italia*)

*Comité de Redacción*

Graciela Cristina Del Valle Antacli (*Argentina*), Ricardo Barona Betancourt (*Colombia*), Omar Ernesto Castro Güiza (*Colombia*), Maria Alejandra Chacon Ospina (*Colombia*), Silvia Fernández Martínez (*España*), Paulina Galicia (*México*), Helga Hejny (*Reino Unido*), Noemi Monroy (*México*), Juan Pablo Mugnolo (*Argentina*), Martina Ori (*Italia*), Eleonora Peliza (*Argentina*), Salvador Perán Quesada (*España*), Alma Elena Rueda (*México*), Lavinia Serrani (*Italia*), Esperanza Macarena Sierra Benítez (*España*), Carmen Solís Prieto (*España*), Francesca Sperotti (*Italia*), Marcela Vigna (*Uruguay*).

*Redactor Responsable de la Revisión final de la Revista*

Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*)

*Redactor Responsable de la Gestión Digital*

Tomaso Tiraboschi (*ADAPT Technologies*)

# La retribución por vacaciones en los Convenios Internacionales de la OIT: El caso de España y Brasil

Adrián TODOLÍ SIGNES\*

---

**RESUMEN:** Los principios reguladores del salario desde la perspectiva de los convenios de la OIT están proyectados para que encajen en multitud de ordenamientos jurídicos diferentes. Cuestión que provoca los conocidos problemas respecto al lugar que ocupan los convenios en la jerarquía normativa de los diferentes países, pero además en el caso del Derecho del Trabajo derivada del principio de norma más favorable los conflictos entre normas son mayores, dificultando en gran medida su correcta aplicación. Así pues, en esta investigación se utilizará como ejemplo la retribución de las vacaciones para demostrar estos mayores problemas que se han nombrado y sus posibles soluciones.

*Palabras clave:* Salario, principios reguladores, OIT, vacaciones retribuidas.

**SUMARIO:** 1. Introducción 2. Fuentes del salario en Derecho español. 3. La retribución de las vacaciones: El convenio n. 132 de la OIT. 3.1 Aplicación directa o indirecta del art. 7 del Convenio n. 132 de la OIT. 3.2. El Convenio de la OIT n. 132 en el Derecho de Brasil. 4. Valoración global. 5. Bibliografía.

---

\* Investigador en formación del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia Estudio General.

## 1. Introducción

En este estudio respecto a los principios reguladores del salario desde la perspectiva de los convenios internacionales, se van a tratar dos problemas principales de manera interrelacionada. Uno respecto a la jerarquía normativa y el espacio ocupado por los convenios de la OIT dentro del sistema de fuentes de la ordenación del salario y, una segunda respecto al resultado de la interpretación de estos convenios según los diferentes países (España y Brasil).

Respecto al primer tema se estudiará la jerarquía de fuentes normativas del Derecho del Trabajo que regulan el salario, centrándose principalmente en la normativa española. Con ello se estudiará la interacción del principio de jerarquía normativa con la normativa internacional, así como, con el principio de norma más favorable. Principio especial de la normativa Laboral que no existe en otras ramas del Derecho.

Respecto al segundo tema se estudiará la interpretación de los convenios internacionales de la OIT en general, y la interpretación de los principios ordenadores del salario establecidos en esta normativa internacional. Para ello se analizará, a modo de ejemplo, el Convenio n. 132 de la OIT respecto a las vacaciones retribuidas, en concreto, su art. 7 donde se establece cual debe ser la retribución durante el periodo de vacaciones.

## 2. Fuentes del salario en Derecho español

Tal y como la doctrina<sup>1</sup> hace notar, las fuentes del salario son las mismas que las que establece el art. 3 del ET para las fuentes reguladoras del contrato de trabajo, por tanto la jerarquía de fuentes reguladoras del salario serán a) las disposiciones legales y reglamentarias, b) los convenios colectivos, c) la autonomía individual.

La composición del salario dependerá de las propias variables jurídico-institucionales y singularmente, del sistema de fuentes reguladoras del salario y de sus elementos constitutivos<sup>2</sup>. De este modo respecto a las fuentes de determinación de la retribución, se implanta en España un modelo pluralista en el que coexisten las fuentes heterónomas y las fuentes autónomas de regulación. Este pluralismo jurídico existente en el ordenamiento laboral viene determinado por la complejidad de la realidad

---

<sup>1</sup> Ramirez Martinez, J.M., Alfonso Mellado, C.L., *El salario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, p 43.

<sup>2</sup> Monereo Pérez, J.L., "Régimen legal y estructura del salario: el modelo de regulación jurídica" *TS*, n. 87, 1998, p. 29.

subyacente que se halla en el mercado de trabajo.

a) Las disposiciones legales y reglamentarias del Estado.

Esta primera fuente de regulación del salario viene amparada por su configuración constitucional en la cual en los art. 9.2, 35, 40, 128 a 131, 149.1.13<sup>3</sup> CE se delimita la función retributiva general del poder público. Este nivel legal, se caracteriza por ser indisponible para las partes, y comprende, la determinación “*op legis*” de qué se debe calificar como salario, a través de la definición de este (art. 26.1 ET) y de las excepciones (art. 26.2 ET) a esa regla general. Junto con esto, el nivel legal se reserva también la determinación del tipo de partidas que integran la estructura salarial (art 26.3 ET), es decir, salario base y complementos y, además, proporciona criterios sobre la consolidación de tales complementos en defecto de convenio<sup>3</sup>.

Sumado a ello, el nivel legal con apoyo de la normativa internacional y de la Constitución, también establece los principios básicos de ordenación del salario<sup>4</sup> los cuales, una vez más, serán indisponibles para las partes tanto a nivel colectivo como a nivel individual, y que deberán respetar estos en sus propias regulaciones.

i) Un primer principio básico es el de suficiencia económica, establecido en el convenio de la OIT n. 131, de 22 de junio de 1972 sobre la fijación de salarios mínimos<sup>5</sup>, y en la propia Constitución Española en art. 35 donde se establece el derecho a “una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia”. La propia Ley establece en el art. 27 del ET la obligación del gobierno de fijar un salario mínimo interprofesional.

ii) Un segundo principio básico en la ordenación del salario es la prohibición de discriminación en el empleo, establecidas en los convenios de la OIT n. 100, de 29 de junio de 1951, sobre igualdad de remuneración<sup>6</sup>, y n. 111, de 25 de junio de 1958, sobre la discriminación en el empleo y la ocupación<sup>7</sup>. Asimismo, la Constitución Española hace lo propio en el art. 14 donde se establece una prohibición de discriminación

---

<sup>3</sup> Pedrajas Moreno, A., “Nueva regulación de la estructura salarial: Puntos críticos” *AL*, n. 2, 1994, p 408.

<sup>4</sup> Para ver un análisis completo de los principios ordenadores de la regulación salarial ver, Llombard Bennassar., *El salario: concepto, estructura y cuantía*, La Ley, Madrid, 2007, pp. 136 a 174.

<sup>5</sup> Ratificado por España en 30 de noviembre de 1971 (BOE 30/11/1972), ratificado por Brasil el 4 del mayo de 1983.

<sup>6</sup> Ratificado por España en 6 de noviembre de 1967 (BOE 4/12/1967), ratificado por Brasil el 25 de abril de 1957.

<sup>7</sup> Ratificado por España en 6 de noviembre de 1967 (BOE 28/09/1971), ratificado por Brasil el 26 de noviembre de 1965.

en todos los ámbitos que incluye la prohibición de discriminación en materia salarial, así como, una prohibición de discriminación en materia salarial por razón de sexo de manera concreta en el art. 35 CE<sup>8</sup>. Una vez más la Ley recoge este mandato constitucional en el art. 4.2 c) ET y específicamente para la remuneración por razón de sexo en el art. 28 ET.

iii) Un tercer principio básico en la ordenación del salario es el derecho a unos descansos retribuidos, establecidos en el convenio OIT n. 132, de 24 de junio de 1970, sobre vacaciones pagadas<sup>9</sup>. Que también recoge la Constitución Española, en el art. 40 del ET donde se establece que los poderes públicos “garantizarán el descanso necesario, mediante la limitación de la jornada laboral, las vacaciones periódicas retribuidas”.

iv) Un cuarto principio básico de la ordenación del salario es la limitación del salario en especie, fijado por los Convenios OIT n. 95, de 1 de julio de 1949, sobre protección del salario<sup>10</sup>, n. 99, de 28 de junio de 1951, sobre métodos para la fijación de salarios mínimos en la agricultura<sup>11</sup>, y n. 117, de 27 de junio de 1962, sobre Política Social<sup>12</sup>. Estas previsiones internacionales tiene su acogida en la Ley española en el art. 26.1 del ET donde se establece que “En ningún caso, incluidas las relaciones laborales de carácter especial a que se refiere el artículo 2 de esta Ley, el salario en especie podrá superar el 30% de las percepciones salariales del trabajador, ni dar lugar a la minoración de la cuantía íntegra en dinero del salario mínimo interprofesional”.

Por último, reseñar que tras la reforma de 1994 el papel de la Ley y sobretodo del reglamento se ha visto reducido notablemente en cuanto a que ha visto reducida su presencia en la regulación de la estructura del salario, inclinándose hacia criterios de flexibilidad y desregulación parcial, pero manteniendo sus funciones garantistas como son la protección del crédito salarial<sup>13</sup>. Desregulación que ha aumentado la relevancia de los

---

<sup>8</sup> Art. 35 CE “Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo”.

<sup>9</sup> Ratificado por España en 30 de junio de 1972, ratificado por Brasil el 23 de septiembre de 1998.

<sup>10</sup> Ratificado por España en 24 de junio de 1959, ratificado por Brasil el 25 de abril de 1957.

<sup>11</sup> Ratificado por España en 23 de febrero de 1970 (BOE 28/09/1971), ratificado por Brasil el 25 de abril de 1957.

<sup>12</sup> Ratificado por España en 8 de mayo de 1973, ratificado por Brasil el 24 de marzo de 1969.

<sup>13</sup> Monereo Pérez, J.L., *Régimen legal y estructura del salario: el modelo de regulación jurídica*, *óp. cit.*, p. 37.

principios ordenadores del salario regulados en los Convenios de la OIT.

b) Convenios colectivos

Este nivel negocial colectivo está amparado por los art. 7, 28.1 y 37.1 de la CE que determinan la función específica de la autonomía colectiva. Así pues, los convenios colectivos, tienen por función, respetando el nivel legal, determinar o concretar los elementos estructurales propios de la situación específica, es decir, los conceptos salariales aplicables, los criterios para su cuantificación y las reglas sobre la posible consolidación de los complementos<sup>14</sup>. Pero no solo los criterios de cuantificación del salario, puesto que, en esta distribución de “roles” a la contratación colectiva le corresponde la determinación de las cuantías salariales<sup>15</sup>, es decir que salario será el aplicable para cada grupo profesional. Por último, a la autonomía colectiva le corresponde también la importante función de articulación de las distintas unidades de negociación (art. 83 ET) y de los distintos niveles negociales<sup>16</sup>.

De esta manera, será a través de la negociación colectiva donde se concreten los niveles salariales a los que tiene derecho el trabajador, y esto es de tal manera que cuando el art. 4.2 f) del ET, se dice que el trabajador tiene derecho a la percepción puntual de la remuneración pactada o legalmente establecida, la expresión “legalmente establecida” hace alusión a la pactada en convenio colectivo, puesto que ni la ley ni el reglamento establecen cuantía alguna, con excepción del salario mínimo interprofesional. De este modo, el derecho a la remuneración legalmente pactada, dependerá de la cuantía establecida por el convenio colectivo de aplicación, conforme al grupo profesional en el que se encuadre el trabajador, con el límite mínimo del SMI. Y solo en caso de que no existiera convenio colectivo aplicable, recurriríamos efectivamente a la Ley y al Real Decreto de salario mínimo para conocer la cuantía “legalmente establecida” a la que tiene derecho el trabajador.

c) Autonomía individual.

El espacio reservado a la autonomía individual en la fijación del salario queda garantizado por el art. 10 y 38 CE<sup>17</sup> donde el contrato individual y

<sup>14</sup> Pedrajas Moreno, A., *Nueva regulación de la estructura salarial: puntos críticos*, óp. Cit., p. 408.

<sup>15</sup> Monereo Pérez, J.L., *Régimen legal y estructura del salario: el modelo de regulación jurídica*, óp. cit., p. 37.

<sup>16</sup> Con la limitación vista, de que en aplicación del art. 84 2. a) del ET, el convenio colectivo de empresa tendrá prioridad aplicativa sobre el convenio sectorial estatal, autonómico o de ámbito inferior en materia de cuantía del salario base y los complementos salariales, incluidos los vinculados a la situación y resultados de la empresa.

<sup>17</sup> La STC 85/1985 estableció que la autonomía colectiva no puede vaciar de contenido la autonomía individual puesto que, dentro del respeto a los mínimos normativos, legales o

el poder unilateral del empresario encuentran su máxima expresión. Ante esta cuestión se debe aclarar que el espacio de la autonomía individual estará siempre supeditado a la autonomía colectiva y a la ley<sup>18</sup>. Esta opción que concede un papel preponderante a la ley y al convenio colectivo es consustancial a la historia del Derecho del Trabajo que siempre ha partido de la constatación de la existencia de una desigualdad real entre quien ofrece trabajo y el trabajador que lo presta<sup>19</sup>.

Por esta razón la autonomía individual, así como el poder unilateral del empresario, tienen su espacio en la cuantificación del salario, pero siempre para mejorar las cuantías de los “salarios profesionales”<sup>20</sup>, individualizando el salario y acomodando las partidas retributivas a las vicisitudes de la singular relación de trabajo<sup>21</sup>.

Otra opción para la autonomía individual será la de establecer condiciones allí donde no exista regulación colectiva. Así pues, la autonomía individual podrá regular libremente en los espacios vacíos de negociación colectiva.

Por último, existe la posibilidad de establecer condiciones diferentes a las pactadas en convenio colectivo<sup>22</sup>. En este supuesto podemos encontrar i) que el convenio colectivo se remita a la autonomía individual, de manera expresa, para completar la regulación y adaptarla a la organización empresarial<sup>23</sup>, de esta manera se establecen condiciones diferentes a las del convenio colectivo pero por voluntad de los propios negociadores; ii) O bien que aun existiendo regulación sobre una materia salarial concreta, se pacte mediante la autonomía individual, con una pluralidad de trabajadores, complementos diferentes a los fijados de manera colectiva.

---

convencionales, esta debe poder adaptar las condiciones laborales a la organización de la empresa. Así pues, la CE garantiza siempre un espacio a la autonomía colectiva el cual consiste en “sobrepasar” lo establecido en el convenio colectivo o en la ley, ATC 1074/1988 de 26 septiembre.

<sup>18</sup> La STC 105/1992 ya estableció la prevalencia de la autonomía colectiva sobre la individual, puesto que “de prevalecer ésta sobre aquélla quebraría el sistema de negociación colectiva previsto por el legislador cuya virtualidad viene determinada por la fuerza vinculante de los convenios constitucionalmente prevista en el artículo 37.1.”

<sup>19</sup> Blasco Pellicer, A., “La autonomía individual en el sistema de fuentes de la relación jurídico-laboral”, *AS*, n. 17, 2004, p. 1, en su versión digital (BIB 2004\1844).

<sup>20</sup> Expresión utilizada para referirse al salario mínimo establecido en convenio colectivo o en las antiguas reglamentaciones de trabajo para cada categoría profesional, en contraposición al salario mínimo interprofesional, Roqueta Buj, R., *La prestación salarial*, en AA.VV., Derecho del Trabajo, Tirant lo Blanc, Valencia, 2012, p. 361.

<sup>21</sup> Monereo Pérez, J.L., *Régimen legal y estructura del salario: el modelo de regulación jurídica*, *óp. cit.*, p. 37.

<sup>22</sup> STC 208/1993 de 28 de julio.

<sup>23</sup> Escribano Gutiérrez, J., *Autonomía individual y colectiva en el sistema de fuentes del Derecho del Trabajo*, Madrid, 2000, p. 85.

Este complejo sistema que se acaba de describir de manera superficial, es el resultado de un proceso histórico, donde en un primer momento existe la pura determinación individual de salario mediante el acuerdo directo entre las partes, momento en el cual no había intervención del Estado<sup>24</sup>. Una segunda etapa donde el Estado, como consecuencia de las fuerzas sociales y económicas del momento, fijaba los salarios incluyendo topes máximos de aumento salarial<sup>25</sup>. Terminando en esta tercera etapa en la que con la inclusión de la negociación colectiva<sup>26</sup>, los tres niveles de fijación del salario – institucional, negocial y contractual- deben coordinarse para dar como resultado la cuantía salarial exacta a la que el trabajador tiene derecho.

En definitiva en el Derecho español la cuantía salarial viene fijada por los convenios colectivos o por la autonomía individual, pero esta debe respetar los principios ordenadores del salario los cuales viene recogidos por la Constitución Española y principalmente por los Convenios Internacionales de la OIT.

De esta manera estos Convenios Internacionales hacen la función de límite a la autonomía colectiva y privada, impidiendo de este modo discriminaciones o abusos por parte del empresario. Un ejemplo de esto es el Convenio n. 132 de la OIT, el cual regula los descansos retribuidos.

Como se ha visto, la cuantía salarial debe ser fijada por el convenio colectivo aplicable de acuerdo con la jerarquía normativa, pero el art. 7 del Convenio n. 132 de la OIT establece una regla respecto a cuanto debe cobrar el trabajador durante las vacaciones. De esta manera se impone un límite a la autonomía de la voluntad, que a la vez provoca un conflicto de norma aplicable que la Jurisprudencia debe solventar.

### 3. La retribución de las vacaciones: El convenio n. 132 de la OIT

La retribución de las vacaciones viene garantizada por la Constitución española donde en el art. 40.2 se garantiza unas vacaciones periódicas

---

<sup>24</sup> Pedrajas Moreno, A., *Nueva regulación de la estructura salarial: Puntos críticos*, *óp. cit.*, p. 396.

<sup>25</sup> Tras la postguerra se regulan los salarios mediante Real Decreto con objeto de controlar la inflación y es así hasta el Decreto de 8 junio 1956 en el cual se liberalizan los salarios, y se permite su fijación por la autonomía de la voluntad, Herraiz Martín, M., “Los complementos por mayor trabajo realizado. Primas e incentivos”, *CEJ*, Madrid, 1997, p. 26.

<sup>26</sup> En la legislación de la postguerra los convenios colectivos no tenían cabida como fuente del Derecho del Trabajo, no es hasta la Ley de Convenios Colectivos de 1958, que estos empiezan a poder ser utilizados, Montoya Melgar, A., *Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España (1873-1978)*, Civitas, Madrid, 1992.

retribuidas. Este precepto viene desarrollado por el art. 38.1 del ET, el que a su vez garantiza un periodo anual de vacaciones retribuido. Pero en ninguna de las dos normas se indica en que consistirá esa retribución, ni que complementos estarán incluidos. Así pues, existe en la legislación española una laguna<sup>27</sup> respecto a cual será la retribución de las vacaciones. De esta manera sobre la duda planteada acerca de cuanto debe cobrar el trabajador durante las vacaciones nada nos indica la norma española.

Por su parte, la normativa internacional, sí establece regulación al respecto. El Convenio n. 132 de la OIT, de 24 de junio de 1970, sobre vacaciones pagadas (revisado)<sup>28</sup>, establece en su art. 7.1 que los trabajadores como retribución por vacaciones deben percibir “por lo menos, su remuneración normal o media”, que será “calculada en la forma que determine en cada país la autoridad competente o el Organismo apropiado”. Así pues, tal y como la doctrina ha afirmado, el art. 7 acoge un “principio de equivalencia” entre el periodo de actividad y el de vacaciones<sup>29</sup>. Es decir, se busca la máxima similitud entre las percepciones a las que hubiera tenido derecho el trabajador por su jornada ordinaria y las recibidas durante el periodo de disfrute de las vacaciones<sup>30</sup>.

Si bien, la primera cuestión que plantea este convenio internacional es su aplicabilidad directa o indirecta<sup>31</sup>.

### 3.1. Aplicación directa o indirecta del art. 7 del Convenio n. 132 de la OIT

En efecto, existe una consolidada Jurisprudencia y doctrina judicial en España que entiende que el convenio de la OIT es dispositivo para el convenio colectivo. De este modo la normativa internacional sería

---

<sup>27</sup> Argüelles Blanco, A., “La regulación del derecho a vacaciones: ¿una redefinición del papel del convenio de la OIT?”, *AL*, n. 3, 1998, p. 782.

<sup>28</sup> Ratificado por España BOE 5 de julio de 1974, Convenio aplicable a todos los trabajadores por cuenta ajena excepto la gente del mar, que viene regulados por el Convenio OIT n. 146, sobre vacaciones pagadas de la gente del mar, de 19 de octubre de 1976.

<sup>29</sup> Impidiendo la disminución de ingresos salariales durante el tiempo de vacaciones, Alvarez de la Rosa, M., “La retribución de las vacaciones”, *TS*, n. 38, 1994, p. 36; Sempere Navarro, A., y Charro Baena, P., “Las vacaciones laborales”, Aranzadi, Navarra, 2003, p. 115; Charro Baena, P., “El derecho a vacaciones en el ámbito laboral. Origen y evolución histórica, sistema normativo y configuración jurídica del mismo”, *Centro de publicaciones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social*, Madrid, 1993, p. 352.

<sup>30</sup> Sempere Navarro, A., y Charro Baena, P., *Las vacaciones laborales*, *óp. cit.*, p. 115.

<sup>31</sup> Llombard Bennassar, M., *El salario: concepto, estructura y cuantía*, *óp. cit.*, p. 166.

subsidiaria del convenio colectivo y se aplicaría cuando el convenio no contenga regulación específica (STS 9 de octubre de 1996 (rec. 3318/1995). Así pues, de acuerdo con esta doctrina el convenio colectivo podría apartarse de aquella regla de remuneración normal o media del periodo de vacaciones, y esta tendría validez sobre la norma internacional<sup>32</sup>.

Durante años el Tribunal Supremo ha debatido sobre esta cuestión no dejando las posiciones claras. En Sentencias de 14 febrero de 1994 (rec. 1880/1993) y 21 de octubre del 1994 (rec. 3149/1993) el Tribunal Supremo argumentó que en aplicación de la normativa internacional en la retribución por vacaciones debían computarse todos los conceptos salariales que no tuvieran la condición de extraordinarios con independencia de lo establecido en cada convenio colectivo en particular. De esta manera la Jurisprudencia, durante la década de los noventa, bailó entre dar al convenio internacional el carácter de subsidiario del convenio colectivo, o darle el carácter imperativo de norma de mínimo necesario absoluto.

En la actualidad esta controversia parece resuelta en la Jurisprudencia (que no en la doctrina), decantándose por la subsidiariedad del convenio colectivo<sup>33</sup>. El Tribunal Supremo en STS de 3 de octubre de 2007 (rec. 2083/2006) dictamina sin lugar a dudas que corresponde al convenio colectivo determinar el régimen de retribución de las vacaciones. Es más, el Tribunal reconoce que en sentencias anteriores, de la misma Sala, se ha mantenido el criterio contrario pero que la doctrina correcta es aquella que da prevalencia al convenio colectivo a la hora de fijar el montante retributivo incluso aunque este excluya conceptos retributivos a la jornada ordinaria de trabajo. Para ello, el Tribunal se basa en tres argumentos.

1) Que el art. 1 del Convenio OIT n. 132 dispone que “la legislación nacional dará efecto a las disposiciones del presente Convenio en la medida en que esto no se haga por medio de los contratos colectivos, laudos arbitrales, decisiones judiciales, procedimientos legales para la fijación de los salarios o de otra manera compatible con la práctica nacional que sea apropiada a las condiciones del país”. Derivado de esto, el Tribunal Supremo entiende que los convenios colectivos son los que

---

<sup>32</sup> Herraiz Martín, M., *Los complementos por mayor trabajo realizado. Primas e incentivos*, *óp. cit.*, p. 236.

<sup>33</sup> SSTs 16 de diciembre de 2005 (rec. ud. 4790/2004); 29 de diciembre de 2005 (rec. ud. 764/2005); 14 de marzo de 2006 (rec. ud. 998/2005); 25 de abril de 2006 (rec. ud. 16/2005); 2 de febrero de 2007 (rec. 57/2006) 3 de octubre de 2007, (rec. ud. 2083/2006); y de 21 de diciembre de 2007 (rec. ud. 1989/2006), en la Jurisprudencia mas reciente también SSTs 26 de julio de 2010 (rec. 199/2009) y 6 de marzo de 2012 (rec. 80/2011).

“dan efecto” a la norma internacional y, por tanto, esta queda subordinada a los pactos colectivos<sup>34</sup>.

2) El segundo argumento esgrimido por la Jurisprudencia se basa en que la norma internacional, debe ser interpretada “según los preceptos y principios constitucionales” (Art. 5.1 LOPJ), atendiendo fundamentalmente a su espíritu y finalidad, y teniendo en cuenta “la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas” (art. 3.1 C.C.). De acuerdo con estos cánones interpretativos el Tribunal Supremo acepta la validez de las cláusulas colectivas que sustraen de la retribución de las vacaciones componentes salariales que pueden corresponder en una apreciación rigurosamente matemática a la «remuneración normal o media». Negar tal validez, asegura el Tribunal, supondría una restricción del principio de autonomía colectiva que subyace en el reconocimiento de «fuerza vinculante» a los convenios colectivos de trabajo efectuado en el art. 37.1 de la Constitución; restricción que no se justifica en el actual contexto histórico en el que no es necesaria para la efectividad del derecho a vacaciones (finalidad o razón de ser, como se ha dicho, de la norma internacional de garantía de remuneración normal o media) la identidad absoluta de lo percibido en el período vacacional con lo que correspondería por actividad normal en un mes de trabajo<sup>35</sup>.

3) Aplicar el convenio de la OIT y, derivado de ello, aplicar dicha exigencia de identidad, entre el salario en jornada ordinaria y el salario durante las vacaciones, introduciría un factor de rigidez en cuanto a la percepción de las retribuciones, que no concuerda con la flexibilidad en la regulación de este aspecto del salario contenida en los arts. 3.3, 26.4, y 29.1 y 4 ET.

Consecuentemente con estos planteamientos queda resuelto en la Jurisprudencia la relación entre el convenio internacional de la OIT y el

---

<sup>34</sup> Por todas, STS de 20 de enero de 1992 (rec. ud. 948/1991).

<sup>35</sup> STS de 21 de enero de 1992 (rec. ud. 792/1991). En contra Albiol Montesinos, I., *El salario. Aspectos legales y jurisprudenciales*, Deusto, Bilbao, 1992, p. 117, este autor entiende que aun no existiendo el convenio de la OIT, la solución no podría ser diferente, puesto que si el trabajador recibiera durante las vacaciones un salario inferior al recibido de ordinario, no se cumpliría adecuadamente el mandato constitucional de garantizar el necesario descanso. También Argüelles blanco entiende que en caso de que la retribución fuera inferior no se cumpliría con el objetivo de las vacaciones que es proporcionar pleno descanso al trabajador, Argüelles Blanco A., *La regulación del derecho a vacaciones: ¿una redefinición del papel del convenio de la OIT?*, *óp. cit.*, p. 783. En este orden de cosas García Ninet, JI., defiende que las vacaciones de los trabajadores, o son remuneradas, o no interesan al trabajador, en *Retribución del descanso dominical y de las vacaciones* en García Ninet, JI., *Retribución del descanso dominical y de las vacaciones* en Almansa Pastor, JM. (DIR.), *Estudios sobre la ordenación del salario*, Valencia, ed. Universidad de Valencia, 1976, p. 260.

convenio colectivo, dando como resultado que el convenio colectivo tiene prevalencia sobre el convenio de la OIT, justo la conclusión contraria de la que se deriva del principio de jerarquía normativa. Así pues la Jurisprudencia para el caso del convenio n. 132 entiende que es subsidiario de la normativa interna en concreto de el convenio colectivo. En particular en la relación entre el salario y la retribución por vacaciones, esta interpretación de los tribunales españoles da como resultado que la retribución por vacaciones será la pactada en convenio colectivo. Así pues, los complementos salariales se pagarán si así se ha pactado, por el contrario no se pagarán los complementos si esta exclusión se ha realizado mediante convenio colectivo.

Ahora bien, esta cuestión que está resuelta en la Jurisprudencia, ha sido duramente criticada por la doctrina (de manera casi unánime), en base a los siguientes argumentos<sup>36</sup>.

1) Los Tribunales confunden la eventual ejecutividad mediata de algunas prescripciones del Convenio internacional con su carácter dispositivo, es decir aprovechan que algunas disposiciones del convenio requieren de un desarrollo posterior para declarar dispositivo todo el convenio<sup>37</sup>, incluyendo aquellos preceptos que establecen normas autosuficientes y que, por tanto, son imperativas para el convenio colectivo por una cuestión de jerarquía normativa<sup>38</sup>.

2) En segundo lugar el Tribunal margina ante un conflicto de normas la aplicación de los principios de jerarquía normativa y norma más favorable, que deberían ser los que determinarían la norma aplicable<sup>39</sup>. Y es que es cierto que la ley española puede autorizar al convenio colectivo a regular una materia, pero esa autorización no puede ir más allá de las competencias que la propia ley tiene<sup>40</sup>. Y tal y como establece el art. 96

---

<sup>36</sup> En base a esta doctrina y citándola en la propia sentencia algunos tribunales se han opuesto al criterio del Tribunal Supremo, ver SSTSJ Navarra de 16 de julio de 2005 (rec. 207/2004) y 30 de septiembre de 2004 (Rec. 246/2004).

<sup>37</sup> Perez de los Cobos, F., “Sobre el carácter dispositivo del convenio 132 de la OIT (a propósito de la STCT DE 3-IV-87)”, *AL*, T. III, 1990, p. 781; Sempere Navarro, A., y Charro Baena, P., *Las vacaciones laborales*, *óp. cit.*, p. 119.

<sup>38</sup> El art. 7 cuenta con ejecutividad inmediata en lo que se refiere a la exigencia de que la remuneración vacacional incluya todos los conceptos que el trabajador venga percibiendo. Una interpretación literal y teleológica del art. 7.1 arrija, en efecto, la conclusión de que contiene una norma de derecho necesario, en Lombard Bennisar, M., *El salario: concepto, estructura y cuantía*, *óp. cit.*, p. 167.

<sup>39</sup> Perez de los Cobos, F., “Sobre el carácter dispositivo del convenio 132 de la OIT (a propósito de la STCT DE 3-IV-87)”, *óp. cit.*, p. 782.

<sup>40</sup> Argüelles Blanco, A., *La regulación del derecho a vacaciones: ¿una redefinición del papel del convenio de la OIT?*, *óp. cit.*, p. 785.

CE, “los Tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones solo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios Tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional”. Así pues, la ley no puede derogar el Convenio de la OIT, ni permitir que los convenios colectivos establezcan disposiciones contrarias.

3) Añadido a estos argumentos, a mi entender, ni el contexto histórico actual ni la necesidad de flexibilización salarial, son argumentos suficientes para mantener la tesis del Tribunal Supremo. A mi entender, la flexibilidad no debe ser interpretada simplemente como moderación salarial, sino como adaptación de la empresa a las circunstancias del mercado. Así pues, una menor retribución percibida por el trabajador cuando este está de vacaciones, en ningún sentido busca adaptar los costes de la empresa a la situación económica del país, sino que pretende simplemente ahorrar costes de mano de obra.

A mi juicio, competir en costes en este mercado globalizado no conducirá a mejorar las posiciones competitivas de las empresas, sino que deberá ser a través de la mejora de la calidad (competitividad en calidad), y del aumento de la productividad, la única manera de mejorar la competitividad de nuestras empresas. En definitiva, permitir las reducciones de salario indiscriminadas no es flexibilidad salarial y, en este sentido, justificar que no se aplique el principio de equivalencia en base a la flexibilidad salarial, es otorgar a este un sentido distorsionado y retorcido.

En fin, por todo lo dicho, me debo sumar a las críticas realizadas por la doctrina a este respecto, puesto que entiendo que el art. 7 del Convenio n° 132 de la OIT es norma autosuficiente, además de jerárquicamente superior al convenio colectivo, y que aunque requerirá de complementación por parte de la negociación colectiva, esta regulación accesoria no puede apartarse del principio de equivalencia entre lo recibido por jornada ordinaria y lo recibido durante las vacaciones.

### **3.2. El Convenio de la OIT n. 132 en el Derecho de Brasil**

El Convenio n. 132 de la OIT fue ratificado por Brasil en septiembre de 1998, y promulgado por el Decreto n. 3197, de 5 de octubre de 1999, por lo que forma parte del Derecho interno de Brasil, de la misma manera que forma parte del Derecho interno español. Vista la vigencia del convenio en ambos países, aquí acaban las similitudes. Ya que la regulación de Brasil

sí recoge normativa propia respecto de la retribución de las vacaciones. Como se ha visto, la Constitución Española, solo recoge el derecho a unas vacaciones remuneradas, sin indicar en cuanto consistirá esa remuneración, y sin que la ley Española recoja tampoco cantidad alguna. Por lo que en España se deja en manos de la negociación colectiva la cantidad a abonar.

Por su parte en Brasil, la propia Constitución dentro del Título II, capítulo II referente a los Derechos Sociales, se establece en el art. 7 XVII, el derecho al disfrute de vacaciones anuales remuneradas, pero además añadiendo que esta remuneración consistirá por lo menos en un tercio más, que el salario normal. Así pues, mientras en España existe un vacío legal respecto a la remuneración de las vacaciones, en el Derecho de Brasil es la propia constitución la que garantiza cuanto deberán cobrar como mínimo los trabajadores durante las vacaciones.

De esta manera los principios ordenadores del salario establecidos en la normativa internacional serán los mismos pero su aplicación en cada país variará en gran medida. En Brasil al ser la propia Constitución la que garantiza el mínimo retributivo a percibir por los trabajadores y siendo esta más favorable que la normativa internacional esta será la aplicable para los trabajadores.

Y así será, pero solo en principio, puesto que esta solución proveniente de la norma más favorable ha sido criticada por la doctrina de Brasil de mano del Prof. Carvalho Leite<sup>41</sup>. Este autor establece que cuando se trata de identificar la norma más beneficiosa, corresponde destacar que el modelo teórico es anticuado, este modelo defensor de la atomización de las normas solo existe en la ficción, ya que la operación de “pellizcar el texto normativo” distanciado los preceptos entre sí en cada uno de ellos, y permitiendo al trabajador que pueda elegir un grupo de reglas y no otras, da como resultado un conjunto de normas heterogéneas, provenientes de diferentes textos normativos ajenas a los centros de Derecho positivo (Conferencia internacional de la OIT, el legislador, la negociación colectiva, etc...) y los intereses perseguidos por cada una de las normas.

Siguiendo con la argumentación del autor la elección de la norma más favorable debe ser objeto de atención en los postulados de la teoría de la conglobamento (también llamada teoría de conjuntos), sin buscar, y por lo tanto en cada norma, los preceptos que protegen más al empleado, sino

---

<sup>41</sup> Leite de Carvalho., C.A., “Férias na clt e na convenção 132 da OIT: normas parcialmente antinômicas”, *Revista Evocati*, nº 2, 2006, disponible en [http://www.evocati.com.br/evocati/interna.wsp?tmp\\_page=interna&tmp\\_codigo=8&tmp\\_secao=18&tmp\\_topico=direitotrabalho](http://www.evocati.com.br/evocati/interna.wsp?tmp_page=interna&tmp_codigo=8&tmp_secao=18&tmp_topico=direitotrabalho)

que se debe tratar de identificar la norma que sea globalmente más protectora.

De este modo, la tesis de este autor parte de la idea de que en conjunto el Convenio n. 132 de la OIT es más favorable que la normativa interna de Brasil, y por tanto en su globalidad se debe aplicar el Convenio n. 132 de la OIT y no la normativa interna. Es importante hacer notar que para llegar a esta conclusión el autor otorga gran importancia al hecho de que la normativa internacional garantiza para Brasil 30 días de vacaciones, mientras que en Derecho interno de Brasil solo garantiza un mínimo 12 días de vacaciones anuales<sup>42</sup>.

En cualquier caso, vemos como partiendo de legislaciones tan diferentes entre España (que tiene un vacío normativo) y Brasil (que regula el supuesto en la propia Constitución), los problemas planteados por la doctrina son los mismos.

En España se reclama por parte de la doctrina que de acuerdo con el principio de jerarquía normativa y de norma más favorable se aplique el art. 7 del Convenio de la OIT, dando como resultado la imposibilidad de que los convenios colectivos, establezcan un salario menor al “normal” durante las vacaciones. Mientras que en Brasil la doctrina recurre también al principio de norma más favorable para que se aplique el Convenio Internacional de la OIT, en este caso no con objeto de mejorar la retribución de los trabajadores sino de mejorar el periodo vacacional de estos.

De esta manera, se ve que los problemas planteados por la normativa internacional en el Derecho del Trabajo son mucho mayores que los planteados en otras disciplinas. El principio de norma más favorable para el trabajador es un principio de aplicación del Derecho que no existe en otras ramas del ordenamiento jurídico, pero que en la laboral es un pilar básico de esta, y que no debe ser olvidado a la hora de resolver un conflicto de normas, pero tampoco deber ser olvidado a la hora de la creación de estas.

---

<sup>42</sup> Art. 130 del CLT aprobada por el Decreto-Ley núm. 5452, de 1 de mayo de 1953, establece un baremo entre 12 y 30 en los siguientes términos. Artículo 130 - Después de cada período de doce meses del contrato de trabajo, el empleado tiene derecho a unas vacaciones, en la siguiente proporción:

- I - 30 días naturales, cuando no existió más de cinco ausencias.
- II - 24 días naturales, cuando existieron entre seis y catorce ausencias.
- III - 18 días naturales, cuando existieron entre quince y 23 ausencias.
- IV - 12 días naturales, cuando existieron entre 24 y 32 ausencias.

El autor establece que con este sistema en la realidad de Brasil las vacaciones habitualmente comprenden entre 18 y 12 días, Leite de Carvalho, C.A., *óp. cit.*, p 3.

No es objeto de esta investigación resolver la cuestión de la norma más favorable en Derecho del Trabajo, asunto que siempre está y estará presente a la hora de resolver un conflicto normativo, pero a modo de conclusión se ha querido poner de relieve la especialidad de esta disciplina respecto a los conflictos normativos. Especialidad que complica sobremanera la intervención de convenios internacionales en las fuentes reguladoras del Derecho del Trabajo.

Valga como muestra de lo antedicho, el ejemplo de los principios ordenadores del salario y en concreto de la retribución por vacaciones, las cuales con regulaciones tan diferentes (entre la de España y la de Brasil) y que siguiendo el principio de jerarquía normativa deberían quedar resueltos sin mayores problemas, (en el caso de España aplicando el convenio internacional, al ser superior al convenio colectivo, y en el caso de Brasil, aplicando la Constitución al ser esta superior al convenio internacional) no lo están debido a este principio específico de Derecho del Trabajo. Así pues, la aparición del principio de norma más favorable dificulta tal interpretación, llevando incluso a resoluciones contrarias a este principio de jerarquía normativa. Puesto que no olvidemos que para preceptos no imperativos, el principio de norma más favorable se aplica con prevalencia al principio de jerarquía normativa.

En definitiva, los convenios internacionales de la OIT, deberían tener en cuenta tal especialidad, sobre todo aclarando desde el propio texto del convenio que normas son dispositivas y que no, es decir que normas son imperativas y cuales son solo de derecho mínimo necesario<sup>43</sup>. De esta manera al menos el conflicto existente en el Derecho Español respecto al Convenio n. 132 quedaría resuelto. Aunque seguiría sin resolverse el problema en Derecho de Brasil, el cual si requeriría de un análisis pormenorizado de cual normativa es más favorable para el trabajador.<sup>44</sup>

#### 4. Valoración global

Al principio de este artículo se dijo que se tratarían dos temas. El primero respecto a la jerarquía normativa de la regulación del salario y el segundo respecto a la interpretación de los convenios de la OIT que regula principios ordenadores del salario. A resultas se ha comprobado que son dos cuestiones en gran medida interconectadas.

---

<sup>43</sup> En cualquier caso la doctrina ya establece que en las disposiciones de la OIT no se puede presumir flexibilidad en Leite de Carvalho, C.A., *óp cit.*, p 3.

<sup>44</sup> Grisolia, J. A., “Relaciones Laborales: por un Derecho del Trabajo en Inclusión”, *Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social*, Editorial Abeledo Perrot.

La normativa internacional, que en la teoría constitucional está bien encuadrada dentro de la jerarquía de fuentes, no lo está tanto en la normativa laboral debido al principio de norma más favorable. Este principio existente solo en el Derecho del Trabajo, busca garantizar la conexión entre los distintos órdenes normativos con el objeto de buscar la máxima protección de la parte contratante más débil. Así pues, este principio que juega a veces por encima del principio de jerarquía normativa dificulta la interpretación de los convenios internacionales de la OIT, causando un conflicto de leyes que se debe intentar evitar desde la propia literalidad de las normas Internacionales.

En el ejemplo estudiado en esta investigación, los tribunales españoles entienden que la normativa internacional es dispositiva, permitiendo que los convenios colectivos pacten retribuciones durante las vacaciones menos favorables que las admitidas por el Convenio de la OIT, desplazando de esta manera tanto el principio de jerarquía normativa como el principio de norma más favorable. Por su parte, en Brasil en aplicación del mismo Convenio Internacional, la doctrina pide que se aplique el Convenio de la OIT debido a que este proporciona globalmente mejores resultados para el trabajador, a pesar de que en el concreto caso de la retribución a recibir la normativa interna de Brasil es claramente más favorable que la Internacional.

En cualquier caso es importante señalar que el convenio nº 132 de la OIT no es dispositivo, o al menos no lo es el art. 7, por lo que es de aplicación directa. De esta manera a través del principio de jerarquía, en España, un convenio colectivo no puede modificar *in peius* lo establecido en él. Mientras que en Brasil por el principio de jerarquía normativa, el convenio internacional no puede modificar *in peius* lo establecido en la Constitución.

## 5. Bibliografía

Alvarez de la Rosa, M., “La retribución de las vacaciones”, *TS*, n. 38, 1994.

Arguelles Blanco, A., “La regulación del derecho a vacaciones: ¿una redefinición del papel del convenio de la OIT?”, *AL*, n. 3, 1998.

Blasco Pellicer, A., “La autonomía individual en el sistema de fuentes de la relación jurídico-laboral”, *AS*, n. 17, 2004.

Charro Baena, P., *El derecho a vacaciones en el ámbito laboral. Origen y evolución histórica, sistema normativo y configuración jurídica del mismo*, Centro de publicaciones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1993.

- Escribano Gutiérrez, J., *Autonomía individual y colectiva en el sistema de fuentes del Derecho del Trabajo*, Madrid, 2000.
- García Ninet, J. I., “Retribución del descanso dominical y de las vacaciones” en Almansa Pastor, J. M. (Dir.), *Estudios sobre la ordenación del salario*, Valencia, ed. Universidad de Valencia, 1976.
- Herraz Martín, M., *Los complementos por mayor trabajo realizado. Primas e incentivos*, CES, Madrid, 1997.
- Leite de Carvalho, C. A., “Férias na clt e na convenção 132 da oit: normas parcialmente antinômicas”, *Revista Evocati*, n. 2, 2006.
- Llombard Bennassar., *El salario: concepto, estructura y cuantía*, La Ley, Madrid, 2007.
- Monereo Pérez, J.L., “Régimen legal y estructura del salario: el modelo de regulación jurídica” *TS*, n. 87, 1998.
- Montoya Melgar, A., *Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España (1873-1978)*, Civitas, Madrid, 1992.
- Pedrajas Moreno, A., “Nueva regulación de la estructura salarial: Puntos críticos” *AL*, n. 2, 1994.
- Perez de los Cobos, F., “Sobre el carácter dispositivo del convenio 132 de la OIT (a propósito de la STCT DE 3-IV-87)”, *AL*, T. III, 1990.
- Ramirez Martínez, J.M., y Alfonso Mellado, C.L., *El salario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.
- Roqueta Buj, R., “La prestación salarial” en AAVV., *Derecho del Trabajo*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2012.
- Sempere Navarro, A., y Charro Baena, P., *Las vacaciones laborales*, Aranzadi, Navarra, 2003.

# Red Internacional de ADAPT



**ADAPT** es una Asociación italiana sin ánimo de lucro fundada por Marco Biagi en el año 2000 para promover, desde una perspectiva internacional y comparada, estudios e investigaciones en el campo del derecho del trabajo y las relaciones laborales con el fin de fomentar una nueva forma de “hacer universidad”. Estableciendo relaciones estables e intercambios entre centros de enseñanza superior, asociaciones civiles, fundaciones, instituciones, sindicatos y empresas. En colaboración con el DEAL – Centro de Estudios Internacionales y Comparados del Departamento de Economía Marco Biagi (Universidad de Módena y Reggio Emilia, Italia), ADAPT ha promovido la institución de una Escuela de Alta formación en Relaciones Laborales y de Trabajo, hoy acreditada a nivel internacional como centro de excelencia para la investigación, el estudio y la formación en el área de las relaciones laborales y el trabajo. Informaciones adicionales en el sitio [www.adapt.it](http://www.adapt.it).

Para más informaciones sobre la Revista Electrónica y para presentar un artículo,



**ADAPT**Internacional.it

*Construyendo juntos el futuro del trabajo*