

REGIMEN JURIDICO DE LAS VACACIONES PERIODICAS RETRIBUIDAS *

SUMARIO

1. *Preliminares.*—2. *Concepto y naturaleza.*—3. *Regulación jurídica.*—4. *La vacación como derecho humano:* a) *Tratados y pactos internacionales;* b) *Perfil constitucional de las vacaciones.*—5. *Nacimiento del derecho a vacaciones: consolidación total o parcial.*—6. *Duración de las vacaciones:* a) *Cuantificación;* b) *Cómputo;* c) *Dependencia de la actividad efectivamente prestada.*—7. *Garantías de las vacaciones:* a) *Indisponibilidad:* I. *Prohibición de compensarlas con ventajas económicas;* II. *Otras modalidades;* b) *Prohibición de acumularlas;* c) *Especificidad de las mismas:* I. *Descuentos del crédito vacacional;* II. *Superposición a otras situaciones;* d) *La reducción de las vacaciones como sanción.*—8. *Fraccionamiento de las vacaciones.*—9. *Modos de fijar su época de disfrute:* a) *Acuerdo a nivel de empresa (o inferior);* b) *Acuerdo individual;* c) *Convenio colectivo;* d) *Procedimiento jurisdiccional.*—10. *Epoca del disfrute vacacional.*—11. *Calendario vacacional. Turnos. Preferencias.*—12. *Retribución de las vacaciones:* a) *Momento del pago;* b) *Naturaleza;* c) *Cuantía;* d) *Las bolsas de vacaciones.*—13. *Deberes de conducta del trabajador durante las vacaciones.*—14. *Interrupción del descanso a requerimiento del empresario.*—15. *Supuestos especiales de trabajadores:* a) *Temporales;* b) *Desempleados;* c) *A domicilio;* d) *Del mar;* e) *Relaciones diversas.*—16. *La prescripción del derecho*

d) *La reducción de las vacaciones como sanción*

Recogiendo lo establecido en la LRL (art. 34.3), dispone el ET que las sanciones de tipo laboral impuestas a un trabajador no podrán consistir «en la reducción de la duración de las vacaciones u otra minoración de los

(*) Segunda parte del trabajo que con este mismo título apareció en el núm. 130, págs. 99 a 163 de esta REVISTA.

derechos al descanso» (art. 58.3). El precepto apenas si precisa de comentario por cuanto que su claridad es meridiana. Las vacaciones poseen el carácter de derecho inatacable como represalia a posibles conductas ilícitas del propio beneficiario del descanso (188). Tan sólo un par de acotaciones: según se viene explicando, debe quedar protegida frente a la disminución penalizadora la totalidad del período vacacional a que tenga derecho el trabajador, independientemente de cual sea su duración (superior al mínimo legal, equiparada o inferior si es que sólo se origina un derecho parcial a la vacación):

- Cuando «en las disposiciones legales o en el convenio colectivo que sea aplicable», cauces normativos adecuados para establecer la gradación de faltas y castigos en el ámbito laboral (ET 58.1), se contemple una disminución del período vacacional como posible medida sancionadora, debe entenderse que tal previsión adolece de nulidad.
- Por supuesto que, como se sabe, ello no supone otorgar ninguna inmunidad al trabajador, de modo que indefectiblemente venga el empresario obligado a tener que conceder el descanso íntegro y soportar conductas ilícitas de su asalariado. El comportamiento indebido del empleado puede sancionarse de muy diversos modos, que pueden llegar a desembocar en el más drástico de los expedientes, el del despido; y, por otra parte, aquí se ha defendido que determinadas situaciones en las que no se presta la actividad laboral no sean computadas como generadoras del paralelo derecho al descanso, posición que puede ser atacada por comportar una sanción indirectamente disminuidora del tiempo vacacional, pero que, en puridad, no supone sino aplicar los principios jurídicos conforme a los cuales se produce el nacimiento del derecho a un descanso retribuido por cuenta del empleador.

8. FRACCIONAMIENTO DE LAS VACACIONES

Algunas opiniones se han venido mostrando contrarias a la posibilidad de que el número de días vacacionales pertenecientes a un trabajador fuera disfrutado por éste no de una vez, sino en diversas épocas o períodos. «Si se

(188) Véase TARABINI CASTELLANI, *El carácter mínimo...*, cit., pág. 735; excepcionalmente los convenios colectivos (v. gr. núm. 81) reiteran la prohibición legal.

considera necesario para la recuperación del trabajador y para el cumplimiento de los demás fines sociales un plazo determinado, su fraccionamiento lo haría imposible» (189).

Sin embargo, aun reconociendo lo cierto de tal razonamiento, debe tenerse presente que en la actualidad existen poderosas razones, de índole jurídica o socioeconómica, que pueden hacer aconsejable cierta división del descanso: la duración generalizada de treinta días para las vacaciones permite distribuir las en dos segmentos temporales nada despreciables, el turismo y cualquier otra forma de utilizar el ocio pueden hacer preferible un escalonamiento de los colectivos en vacación, intereses de carácter personal, etc. Por supuesto, dicha división parece tolerable siempre que se salvaguarde la finalidad y naturaleza de la vacación y no se caiga en una dispersión de las jornadas con tal carácter.

El artículo 8.1 del Convenio núm. 132 OIT dispone que «el fraccionamiento de las vacaciones anuales pagadas podrá autorizarse en cada país por la autoridad competente». El derecho a vacaciones no incluye el de a su fraccionamiento, salvo que expresamente lo admita el ordenamiento jurídico, que es lo que hace precisamente el artículo 38.2 ET, permitir «la división en dos del período total». A su vez, esta operación deberá realizarse mediante el procedimiento general para fijación de la época de la vacación.

Por tanto, pueden fraccionarse las vacaciones, pero el trabajador no tiene fundamento jurídico para exigirlo más que tras el correspondiente acuerdo. La limitación a dos periodos como máximo tiene todos los caracteres de una prescripción de *ius cogens*, no eludible a través de actos reglamentarios o convencionales. A este límite forzoso se añade otra medida preventiva respecto de los efectos que pueda tener la dispersión vacacional, aunque en este caso se permite su modificación por convenio colectivo: «una de las fracciones deberá consistir, por lo menos, en dos semanas laborales ininterrumpidas» (190).

Sobre la base de la anterior preceptiva (191), la negociación colectiva ha comenzado a ocuparse del tema, y aun cuando todavía son muy numerosos

(189) RUPRECHT, *El derecho a vacaciones...*, cit., pág. 575.

(190) Art. 8.2 del Convenio 132 OIT. Esta cautela persigue, por utilizar las palabras de la Recomendación OIT núm. 93, evitar que el fraccionamiento «sea contraproducente para la finalidad misma de las vacaciones, que es la de permitir que el trabajador recupere sus fuerzas» o, según la Recomendación núm. 47, posibilitar que «el organismo humano recupere las fuerzas físicas y morales perdidas durante el año».

(191) La actitud de las Reglamentaciones de Trabajo ante el tema, puede verse en ALBIOL MONTESINOS, *El fraccionamiento de las vacaciones en el Derecho español del Trabajo*, 2.º vol. del III Congreso, págs. 762 y sigs.

los convenios que lo silencian (192) o que, indirectamente, excluyen la posibilidad de un fraccionamiento vacacional por referirse al carácter ininterrumpido del descanso (193), ya pueden detectarse diversas actitudes frente al mismo:

- Se admite la posibilidad de fragmentar las vacaciones mediante un acuerdo posterior y de carácter general (194).
- Se reconoce genéricamente la posibilidad del fraccionamiento, y se deja a la voluntad de cada trabajador su concreción, con fórmulas tales como la de que «el fraccionamiento de dichas vacaciones se podrá hacer en dos períodos, salvo casos excepcionales» (195), o la de que «podrán ser disfrutados (los días de vacación) en uno o dos períodos» (196).
- Se admite que «todos los empleados de la empresa podrán fraccionar sus vacaciones... siempre que las necesidades del servicio lo permitan» (197), o bien se supedita la posibilidad de dividir o «partir las vacaciones en dos períodos» a otros factores igualmente indeterminados, como el que «no perjudiquen a los compañeros de sección ni entorpezcan el ritmo productivo» (198).
- Se determinan directamente en el convenio las fechas en que han de disfrutarse las vacaciones, divididas en tres períodos, uno principal y dos accesorios, atendiendo a la índole de la actividad que se presta (199). Sobre este último dato conviene llamar la atención: pese a los explícitos términos de la prohibición estatutaria, algunos convenios fijan un mayor número de etapas en que se fracciona el tiempo de descanso. No puede dejar de suscitarse la duda sobre la

(192) Por ejemplo, convenios núms. 6, 10, 17, 18, 19, 21, 22, 32, 37, 41, 45, 49, 50, 52, 54, 56, 58, 68, 71, etc.

(193) Convenios núms. 13, 33, 34, 39, 48, 53, 60, 75, 76, 82, 95, etc.

(194) Convenio núm. 2.

(195) Convenios núms. 8, 73.

(196) Convenios núms. 4, 46, 61, 62, 64, etc.

(197) Convenios núms. 3, 77.

(198) Convenio núm. 15. Este era el criterio general mantenido por las Reglamentaciones de Trabajo; ALBIOL MONTESINOS, *El fraccionamiento...*, cit., pág. 776: «El carácter excepcional con que el fraccionamiento de las vacaciones se contempla en las Reglamentaciones de Trabajo encuentra también reflejo en el hecho de que casi ninguna de ellas contempla la exclusiva voluntad del trabajador como apta para producir el fraccionamiento. El solo interés personal del trabajador no se tiene en cuenta, y cuando se hace lo es de modo excepcional.»

(199) Véase convenios núms. 1 y 20. En parecidos términos, convenios 91 y 92.

legalidad de tales supuestos o la conveniencia de reducir al máximo de dos las referencias a «diversos períodos» (200), o «a lo sumo tres períodos» (201), «dos o más períodos» (202), o la atípica posibilidad de que «por necesidades del servicio» puedan fijarse para las vacaciones «períodos discontinuos» (203).

Algo más escasas son ya las precauciones adoptadas por los interlocutores sociales, una vez admitido el fraccionamiento de la vacación para asegurar la no desnaturalización del tiempo de descanso. No obstante, existen algunas prescripciones conforme a las cuales ninguno de los dos períodos vacacionales puede ser inferior a seis días (204), o bien se exige que al menos uno de ellos tenga una duración mínima de doce días (205), o que no sea inferior a quince días (206). Tampoco falta algún convenio que, con inusitada precisión, ofrece como alternativa al disfrute continuado de treinta días naturales de vacaciones anuales la de «dos períodos de veinte y diez días, siempre que entre ambos exista un intervalo mínimo de tres meses» (207), la de «dos períodos, uno de veinte días y otro de diez días» (208), o la de «dos períodos, uno de veintidós días naturales ininterrumpidos y otro de nueve días naturales consecutivos con inicio en lunes» (209).

Al igual que en el tema de la acumulación, se debe pedir aquí una reflexión acerca de si no resulta exagerado el tenor literal de la prohibición estatutaria, puesto que la práctica muestra que dado el aumento progresivo de la duración vacacional, bien pudiera suceder que fueran posibles fórmulas menos rígidas pero respetuosas para con los perfiles de la vacación.

(200) Convenio núm. 3, art. 42.

(201) Convenios núms. 11, 42.

(202) Convenio núm. 16.

(203) Convenios núms. 43, 72, etc.

(204) Convenio núm. 4.

(205) Convenio núm. 42, que prevé tres períodos vacacionales.

(206) Convenio núm. 43.

(207) Convenio núm. 46.

(208) Convenios núms. 47, 81.

(209) Convenio núm. 62; por su lado, el convenio núm. 69 admite que los veintiséis días laborales de vacaciones se fraccionen «en dos períodos nunca inferiores a doce días laborales ni superiores a catorce, garantizándose el disfrute del menor de ellos en el período de vacaciones escolares de verano».

9. MODOS DE FIJAR SU EPOCA DE DISFRUTE

La presente cuestión corrobora la vivencia jurídica de que, por suerte o desgracia, los aspectos procesales pueden igualar y aun superar en importancia a los sustantivos. Comprobación de la importancia que se le atribuye a la forma en que se han de tomar las vacaciones es el extenso tratamiento que tanto el legislador cuanto la negociación colectiva dedican al tema. El propio ET rompe su parquedad reguladora, característica general con que aborda la mayoría de las cuestiones atinentes a las vacaciones, para sentar un procedimiento general conducente a determinar en qué momento del año han de tomarse/concederse, y unas directrices a seguir en tal fijación.

Conjugando las reglas contenidas en los apartados 2 y 2.b) del artículo 38 ET, y realizando una tarea interpretativa de conjunto, puede afirmarse que la fijación de las vacaciones para un concreto trabajador puede conocerse atendiendo sucesivamente a:

- 1.º El acuerdo a nivel de empresa.
- 2.º El acuerdo individual.
- 3.º La determinación contenida en convenio colectivo.
- 4.º El recurso a la jurisdicción laboral.

a) *Acuerdo a nivel de empresa (o inferior)*

Mediante «convenio impropio» o acuerdo entre los representantes de los trabajadores y su empresario puede procederse a la fijación de «los períodos de vacaciones de todo el personal» (ET 38.2.b). Por descontado que la determinación de la época dedicada al descanso a través de estos «pactos colectivos» (210) debe observar no sólo las directrices sentadas por el legislador, sino también, siempre que existan, los criterios contenidos en el convenio colectivo aplicable a la empresa.

La supremacía de este procedimiento sobre los restantes se debe a que mediante su través puede resultar vinculado «todo el personal» de la empresa. Y que ello sea así parece lógico, porque es en la empresa o, mejor todavía, en el centro de trabajo y no en ámbitos superiores donde puede descenderse al concreto detalle de las situaciones: determinar la conveniencia o no de que existan turnos, atender a las eventuales necesidades de reparación o mantenimiento, excluir épocas de máxima actividad, como vacaciones, etc.

(210) Terminología acogida por la enmienda núm. 715 del Grupo Andalucista, pero rechazada tanto en la Comisión como en el Pleno del Congreso.

Aunque no se prevé expresamente con qué tipo de formalidades habrá de tomarse el mencionado acuerdo, es evidente que deben ser tales que impidan la duda acerca de su tenor y permitan fácilmente la comprobación de su contenido íntegro. La forma escrita, aun cuando no necesaria, parece la más conveniente, máxime si se tiene presente que el calendario vacacional habrá de hacerse público.

Es importante recalcar que el acuerdo primado lo es entre empresario y representantes legales de los trabajadores, de donde se deduce que:

- No es preciso un acuerdo que abarque a toda la empresa, sino que puede limitarse a una parte de la misma; precisamente el centro de trabajo, eje alrededor del cual gira toda la normativa sobre representación laboral, puede ser, en ocasiones en que no coincidan, un punto de referencia más válido e inmediato que el de empresa.
- No existe soporte legal, en principio, para que las centrales sindicales, en cuanto tales —a través de sus delegados o secciones—, sean quienes concluyan el acuerdo vacacional con el empresario; desde luego, sin perjuicio de que así lo hagan al pactar un convenio colectivo en sentido estricto.

b) *Acuerdo individual*

Esta modalidad o cauce para la fijación de la época en que se han de disfrutar las vacaciones, que era la contemplada como general en la LCT (art. 35.1) y como prioritaria en la LRL (art. 27.1), se ve ahora, justamente, postergada a un segundo plano. No podía ser de otro modo si se tiene presente que una determinación del período vacacional que deba realizarse trabajador por trabajador es poco menos que impensable en las empresas medianas o grandes, y que la disparidad de los términos en que se produjese se conciliaría mal con la necesaria planificación que de la actividad productiva se precisa.

La necesidad del acuerdo singular, en defecto del más amplio para la empresa o centro de trabajo, por otro lado, no quiere decir que los criterios legales o convencionales sean inoperantes en este caso. Antes bien, en cuanto empresario y trabajador vengan incluidos en el ámbito de aplicación de una norma convencional, los contenidos de ésta son imperativos para ambos y deben ser respetados. Si acaso, recálquese el hecho de que este acuerdo, que en explotaciones de reducida dimensión sí continúa poseyendo virtualidad, cierra el paso tajantemente a la fijación unilateral de vacaciones.

La limitada eficacia práctica del pacto individual para este menester ya hace tiempo que fue denunciada por la doctrina, certeramente, en base a que «las empresas de grandes o de medianas dimensiones reposan sobre una organización del mercado que ha de eliminar el mayor número posible de imprevistos al ritmo de producción y porque, además, el problema de especificar los días vacantes de cada trabajador es un problema colectivo en cuanto puede suponer preferencias coincidentes e incompatibles de los propios trabajadores» (211).

c) *Convenio colectivo*

No existiendo el pacto entre empresario y representantes laborales, y «a falta de acuerdo» individual, «se estará a lo dispuesto en los convenios colectivos sobre planificación actual de las vacaciones» (ET 38.2).

Entre las «condiciones de trabajo» (212) regulables por los convenios colectivos, y particularmente entre las que poseen carácter «laboral» (213), se encuentra cuanto concierne a las vacaciones y ciertamente la fijación de la época en que se han de disfrutar las jornadas de descanso es materia que cae dentro de tales límites. La actitud que frente al tema mantiene la negociación colectiva es muy heterogénea y viene condicionada tanto por la actividad y estructura productiva de las empresas como por el ámbito que posea el convenio.

En términos globales, puede decirse que los convenios de ámbito sectorial realizan generalmente una remisión a un acuerdo sobre el tema a nivel de empresa, ya porque así deba entenderse dado su silencio ante la cuestión (214), ya porque se limitan a fijar un período amplio en el cual han de disfrutarse las vacaciones, requiriendo ulterior concreción (215), o porque exigen el establecimiento de un calendario vacacional a confeccionar entre empresario y representantes legales (216) o, en fin, porque reservan una parte del período vacacional a la época que decida la dirección de la empresa y el resto a lo que la misma acuerde con los representantes de los trabajadores (217).

(211) MARTÍN VALVERDE, *Las líneas...*, cit., pág. 89; véase también *ibidem*, pág. 81.

(212) Expresión acogida por el legislador estatutario, art. 82.2, y que ya se encontraba en el proyecto gubernamental, art. 80.2.

(213) Cfr. la enumeración que lleva a cabo el art. 85.1 ET.

(214) Convenios núms. 49, 50, 51.

(215) Convenios núms. 47, 48.

(216) Convenios núms. 46, 59, 80, 83, 94, 97, 98.

(217) Convenio núm. 55.

Por su parte, son muy numerosos los convenios de empresa que se limitan a establecer un período amplio, dentro del cual han de disfrutarse las vacaciones (218), haciendo depender su concreción de la decisión empresarial (219) o de una valoración por parte de la misma sobre «las necesidades del servicio» u otros factores esencialmente genéricos (220) o bien de acontecimientos más objetivados como la presencia de causas constitutivas de fuerza mayor o crisis económica (221). Complementariamente, algunos de tales convenios establecen un procedimiento para que cada trabajador solicite la época que prefiera (222), o se atribuye a la empresa la íntegra confección del período vacacional (223), o bien se establecen los criterios en base a los cuales se tiene preferencia para elegir una u otra época de descanso (224).

Otro grupo de normas paccionadas concede, en principio, libertad a los trabajadores para que cada uno disfrute las vacaciones en la época que prefiera, a lo largo de todo el año, debiendo solicitar la escogida en los primeros meses del año, a fin de confeccionar el calendario vacacional (225), o remitiéndose su concreción a la aplicación de unos baremos subjetivos obtenidos en consideración a la época en que se disfrutaron las vacaciones en el año precedente (226), o bien quedando las propuestas de los trabajadores a reserva de las coincidencias que hubieren entre ellos, o de las objeciones que pudiera oponer la dirección de la empresa, etc. (227).

Por supuesto, sigue siendo importante el número de convenios que silencia el tema (228). Pero no se agota aquí la tipología de los mismos, sino que en algún otro se advierte que la dirección de la empresa propondrá un calendario vacacional genérico y los trabajadores se distribuirán, mediante acuerdo entre ellos mismos, los turnos y fechas, atendiendo a sus preferencias, a la antigüedad, etc. (229); otros convenios remiten la fijación va-

(218) Convenios núms. 2, 13, 20, 31, 38, 39.

(219) Convenio núm. 15.

(220) Convenios núms. 16, 32, 58. Sobre al alcance de estos indicadores difusos, véase TCT de 2-V-77 (Rep. 3.184), cuya concreción sólo puede depender de quien posee las facultades directivas en el proceso de producción.

(221) Convenio núm. 34.

(222) Convenio núm. 1.

(223) Convenio núm. 13.

(224) Convenio núm. 29.

(225) Convenios núms. 3, 53.

(226) Convenio núm. 25.

(227) Convenios núms. 42, 72.

(228) Convenios núms. 4, 10, 11, 14, 17, 18, 19, 24, 27, 28, 30, 45, 52, 62.

(229) Convenios núms. 6, 33, 37, 68.

cacional a un posterior acuerdo «entre empresa y trabajador» (230), excepcional generalización por parte de la negociación colectiva del procedimiento individual, «entre empresa y representantes de los trabajadores» (231), en el seno de la Comisión Mixta creada por el convenio (232) o, abstractamente, a una posterior determinación sin especificar de qué tipo (233).

Como ya se apuntó, algún convenio colectivo traspasa a la dirección de la empresa la facultad de determinar la fecha en que habrá de tomarse la vacación, una parte de ella al menos, supuesto que llama la atención por cuanto comporta «un desplazamiento de la potestad de especificación del período vacacional» desde el convenio, individual o colectivo (y éste propio o impropio), que contempla la ley a la voluntad unilateral del empresario (234). No existe obstáculo legal alguno a este tipo de pactos, aunque es lo cierto que la filosofía legislativa ofrece una notoria primacía del deseo de conseguir que las fechas para el disfrute vacacional sean obtenidas precisamente mediante acuerdo y no de otro modo.

Desde luego, y dejando a salvo la anterior excepción derivada del propio juego de la negociación colectiva, toda decisión o iniciativa unilateral resulta inhábil para especificar la época del año en que se han de disfrutar las vacaciones. Ante la falta de acuerdo al respecto, ambas partes deben abstenerse de acudir a las «vías de hecho», siendo lo pertinente, si persiste la desaveniencia también a nivel individual, «dirigirse a la Magistratura» (235):

- Así, por un lado ha de tenerse por ilícita «la pretensión de las empresas de imponer su decisión contra la voluntad de los trabajadores» (236). Ni el empresario, ni sus representantes o apoderados tienen facultades jurídicas suficientes como para determinar la fecha en que deben disfrutarse las vacaciones. La previsión del artículo 10.1 Convenio 132 de la OIT no es de aplicación, puesto que la misma

(230) Convenio núm. 8.

(231) Convenios núms. 21, 23, 41, 54, 56, 61.

(232) Convenio núm. 43.

(233) Convenio núm. 40.

(234) Sobre el tema, pronunciándose a favor de su licitud, y su carácter de tendencia en la negociación colectiva de hace unos años, MARTÍN VALVERDE, *Las líneas de evolución...*, cit., pág. 85.

(235) Razonamiento y entrecomillados pertenecientes a la sentencia TCT de 5-V-78 (Rep. 2.677).

(236) Sentido en el que se pronuncian las sentencias de TCT de 28-II-78 (Rep. 1.281), de 3-V-78 (Rep. 2.595) y de 3-XI-79 (Rep. 6.157).

subordina la determinación del período vacacional por el empleador a la no existencia de un modo subsidiario específico de cada ordenamiento, y en el español tal expediente es precisamente el constituido por el recurso a la jurisdicción laboral.

- Pero, por otra parte, igual calificación de ilicitud merece la decisión de los trabajadores de tomar las vacaciones en época no convenida con la empresa y, por tanto, «sin autorización patronal» (237); comportamiento sobre cuya ilegalidad y posible sanción no existe duda alguna si es que se lleva a cabo, haciendo «caso omiso de la advertencia de la empresa» para que no se tomasen las vacaciones (238). «No es el trabajador quien unilateralmente ha de fijar la fecha del disfrute de sus vacaciones o del período que le falte para completarlas, sino que se ha de hacer de mutuo acuerdo conforme a las normas aplicables y, en defecto de aquél, es la Magistratura de Trabajo a quien la ley encomienda tal función» (239). El comportamiento de uno o varios trabajadores que inician por su cuenta el descanso anual «supone una desobediencia que impide quede justificada una ausencia del puesto de trabajo» (240).

Si estas son las consideraciones que pueden realizarse desde la perspectiva de una actitud unilateral tendente a imponer la vacación en determinadas fechas, ha de tenerse en cuenta que una vez existente el acuerdo las partes tampoco pueden negarse, salvo causas de fuerza mayor, a darle cumplimiento. Aplicando tal principio al asalariado se ha podido afirmar que «la negativa reiterada del actor al disfrute de la vacación anual en los días y turno señalado constituye una clara desobediencia» (241).

En consecuencia, si se logra el acuerdo a través de alguno de los cauces examinados, la fecha de disfrute así lograda posee plena operatividad y se

(237) Véase TCT de 28-II-78, ya citada.

(238) TCT de 13-III-78 (Rep. 1.640), así como la de 5-V-78 (Rep. 2.677), de 26-IV-78 (Rep. 2.457) o de 25-IV-78 (Rep. 2.415).

(239) TCT de 26-IX-77 (Rep. 4.348).

(240) TCT de 29-VI-78 (Rep. 4.125); la de 27-II-79 (Rep. 1.274) añade, a la falta de justificación que tales situaciones poseen, «la posible contravención del derecho de otros compañeros de trabajo con una preferencia para exigir el período por él escogido»; así como la de 26-II-74 (Rep. 984) y, con toda claridad, la de 21-IX-79 (Rep. 5.042), la cual explica que además de incurrir en faltas de asistencia injustificadas, la conducta del trabajador que decide tomar vacaciones contra la expresa prohibición empresarial implica «indisciplina y desobediencia».

(241) TCT de 17-V-77 (Rep. 2.778).

convierte en inatacable (242). En caso contrario, ninguna de las dos partes tiene prioridad sobre la otra para determinar el momento del inicio vacacional, y habrá de ser el magistrado quien decida, «pero sin que en ningún caso pueda la empresa imponer su decisión contra la voluntad del trabajador, ni éste tomar las vacaciones en época no autorizada por la patronal» (243). Sin embargo, y por lo que respecta al disfrute vacacional, las consecuencias no son las mismas en uno y otro caso:

- Si es el trabajador quien deja de acudir a prestar su actividad, entendiéndose que pasa a disfrutar las vacaciones, su conducta es considerada como constitutiva de una falta laboral por ausencias injustificadas, sancionable incluso con el despido (244).
- Cuando es la parte patronal la autora de la imposición se asiste también a una conducta ilícita que puede, en último término, ser objeto de sanción administrativa. Ahora bien, *de facto* se experimenta una situación desfavorable para el trabajador, porque si disfruta de su descanso en una época impuesta por la fuerza, no conserva el derecho al disfrute de una nueva vacación, puesto que ni siquiera la situación descrita es bastante para «dar lugar a un doble disfrute de vacaciones» (245).

d) *Procedimiento jurisdiccional*

A salvo las anteriores anomalías, lo que procede si existiese desacuerdo entre las partes o si una de ellas se negare a intentarlo es acudir a la vía jurisdiccional a fin de solventar el asunto (246). La parte interesada deberá dirigir demanda de vacaciones a la Magistratura correspondiente (247), la

(242) TCT de 21-VI-79 (Rep. 4.602).

(243) TCT de 19-III-73 (Rep. 1.469).

(244) TCT de 21-IX-79 (Rep. 5.042).

(245) TCT de 3-XI-79 (Rep. 6.157) y de 3-V-78 (Rep. 2.595) con base en que «disfrutadas aquéllas... quedó cumplida la finalidad a que responde tal derecho, recuperación fisiológica y esparcimiento».

(246) No es, por tanto, de aplicación la previsión supletoria del Convenio 132 OIT, art. 10.1 conforme a la cual «la época en que se tomarán las vacaciones... se determinará por el empleador, previa consulta con la persona empleada o con sus representantes».

(247) Resulta curioso apreciar la renuncia legislativa a atribuir alguna facultad de modo específico a la «Magistratura de Trabajo», ante el temor o esperanza de que ésta desaparezca en un futuro más o menos inmediato. El proyecto gubernamental

cual habrá de fijar la fecha de disfrute, tanto si permanecen intactas como si ya se disfrutó una porción de las mismas.

a) El procedimiento para la determinación de la fecha vacacional habrá de ser sumario y preferente (ET 38.2.d y LPL art. 116), norma importante y lógica si se tiene presente la finalidad que se persigue mediante aquél, o sea, permitir el disfrute de la vacación en el curso del año y «que la época del disfrute de la vacación sea conocida judicialmente antes de su posible rebase por las normas de tramitación» (247 bis).

Con razón se ha llamado la atención sobre esa preferencia y sumariedad de los procesos sobre vacaciones, que ha de reflejarse en el reparto y despacho de los expedientes al objeto de lograr una celeridad superior a la habitual (248). A fin de dar cumplimiento a tales propósitos, el legislador ha dictado unas normas particulares que concretan el desenvolvimiento de los contenciosos sobre vacaciones:

- El acto de vista «habrá de tener lugar dentro de los cinco días siguientes al de la admisión de la demanda» (art. 116 LPL), lo que supone no sólo una disminución considerable de la previsión general (art. 73 LPL), sino un período brevísimo si se le compara con los que en la práctica se vienen observando (249) y cuya puntual aplicación sería tan encomiable como problemática.
- Como se sabe, las partes han de acudir al acto de vista con todos los medios de prueba que piensen utilizar, particularmente los acreditativos del calendario vacacional, si existiere, así como de cualesquiera otras acreditaciones de los criterios que puedan influir en la época vacacional pertinente; el trabajador, que no se ha de identificar forzosamente con el demandante, puesto que el empresario podría estar igualmente interesado en salir de la incertidumbre jurídica rela-

hablaba de «jurisdicción laboral», la enmienda andalucista núm. 717 proponía una fórmula todavía menos comprometida, según la cual estas «controversias o desacuerdos sobre el período de disfrute de las vacaciones se resolverán jurisdiccionalmente...» y, al final, se optó por la referencia a la «jurisdicción competente», como es sabido.

(247 bis) ROA RICO y SOMALO GIMÉNEZ, «La función de los jueces en el Estatuto de los Trabajadores», en el colectivo *Jornadas de estudio de los magistrados de Trabajo sobre el Estatuto de los Trabajadores*, Instituto de Estudios Sociales, Madrid, 1980, pág. 341.

(248) ALONSO OLEA, *El Estatuto de...*, cit., pág. 130.

(249) Como simple botón de muestra, véase diario *El País* de 28-XI-80: «Los abogados laboristas exigen medios técnicos y humanos para agilizar las Magistraturas de Trabajo... Existencia de más de 5.700 sentencias pendientes de ejecución... en Madrid.»

tiva a las fechas en que habrá de prescindir de los servicios de su empleado, será en la mayoría de los casos quien intente persuadir al órgano judicial para que se le fijen los días de descanso en el momento más favorable desde su perspectiva personal, mientras que la parte patronal se volcará en consideraciones concernientes a la marcha del proceso productivo.

- Cierra el capítulo de previsiones dirigidas a impulsar la rápida solución del contencioso la que fija un plazo máximo de tres días a partir de la fecha en que se celebró la vista del asunto, para que se dicte la sentencia; las posibilidades de que sea cumplido en todo caso motivan iguales recelos de orden práctico a los anteriormente expresados.

b) Característica inherente a la decisión judicial sobre la fecha en que han de disfrutarse las vacaciones es su carácter discrecional. No obstante, cuando en el trabajador afectado concurra alguno de los requisitos previstos en normas legales o convencionales para optar preferentemente a ciertos turnos o épocas de descanso, y aún sea posible que se respete, lo lógico será que la resolución judicial tenga en cuenta tales datos.

En cualquiera de los casos, la propia índole del litigio conduce a una sentencia emitida con «facultades discrecionales» (250), concreción particularizada al supuesto que se contempla de los principios de libre apreciación de los hechos y valoración de las pruebas por el tribunal *a quo* y derivación de la imposibilidad de disfrutar la vacación cuando se hubiera debido (en tiempo pasado) o de conocerlo (por falta de especificación) y que no parece en modo alguno objetable.

c) Contra la sentencia dictada por la Magistratura «no cabrá recurso alguno» (251), consecuencia que en ocasiones se ha hecho derivar del propio carácter inherente al fallo, de tal modo que «por su naturaleza no puede ser atacado ni revisado mediante recursos ante los tribunales superiores (252). Pese a ello, tal firmeza ha sido discutida, ocasionalmente, por cuanto que la posibilidad de recurrir a una segunda instancia daría a las partes mayores garantías para ejercer sus derechos (253).

(250) TCT de 24-V-78 (Rep. 3.338) y de 25-IX-78 (Rep. 6.769).

(251) Art. 116, *in fine*, de la Ley de Procedimiento laboral aprobada por R. D. legislativo de 13-VI-80.

(252) TCT de 16-XII-78 (Rep. 7.404) y la jurisprudencia que más adelante se cita.

(253) Véase la intervención del portavoz socialista Caamaño Bernal ante el Pleno del Congreso, en defensa de la enmienda núm. 336 presentada por su Grupo.

Como se ha dicho, la actitud legislativa no ofrece lugar a dudas: ningún recurso es posible contra tal tipo de sentencias. Lo cual, si bien se mira resulta lógico y congruente con el carácter de celeridad que se ha querido imprimir al proceso, así como con la seguridad que proporciona el saber que la vacación ha de disfrutarse en la época fijada por la Magistratura, sin que la misma sea susceptible de modificación, revisión o impugnación. Por consiguiente, ha de considerarse plenamente válida la doctrina conforme a la cual «cuando lo debatido se constriñe a la fecha o época de disfrute... esta concreta cuestión no tiene acceso a los recursos extraordinarios dado que su resolución incumbe exclusivamente al magistrado de Trabajo» (254).

Vale, pues, concluir afirmando que el período vacacional se disfruta en la época en que se convenga, a través de cualquiera de los tres procedimientos considerados, o, subsidiariamente, en la determinada por el magistrado de Trabajo (255).

10. EPOCA DEL DISFRUTE VACACIONAL

Una vez más debe insistirse sobre las repercusiones que comporta la tesis de la intraanualidad: la vacación ha de tomarse a lo largo del año, siendo totalmente imposible su adelanto o atraso respecto del mismo (255 bis).

(254) TCT de 25-VIII-79 (Rep. 4.959); la de 28-VI-77 explica que «por el tiempo que se invierte en la tramitación y resolución del recurso, sería inútil la fijación de una fecha ya pasada para el disfrute»; véase también TCT de 5-XII-77 (Rep. 6.705) y la de 24-V-78 (Rep. 3.338), ya citada, según la cual «es principio inconcuso que las facultades discrecionales que la ley atribuye a los tribunales en la instancia no pueden ser atacadas en la vía de los recursos», afirmación reiterada en el auto de TCT de 25-IX-78 (Rep. 6.769).

(255) Es muy significativo al respecto constatar que el proyecto de ET se refería en su art. 36.2 a que «a falta de acuerdo individual se estará a lo dispuesto en las normas reglamentarias y en los convenios colectivos de trabajo»; la referencia a los criterios reglamentarios se debe al triunfo de las enmiendas presentadas por los grupos socialistas. Aunque marginal, la cuestión suscita algunos temas de interés: ¿mediante la referencia única se está imponiendo un «contenido mínimo» más a los convenios colectivos? ¿Qué sucede cuando aún no existe norma colectiva resolviendo el problema? ¿Acaso puede considerarse también que opera en este punto la disposición transitoria 2.ª del ET? La respuesta no es clara: desde luego, si las partes desean evitar la posible aplicación de normas reglamentarias debieran pactar las propias, aunque si no lo hacen, tampoco es seguro que sucediera, porque a falta de acuerdo el magistrado falla discrecionalmente, atendiendo o no a lo dispuesto en la Ordenanza correspondiente.

(255 bis) En este punto, el Convenio 132 de la OIT opta por una posición diametralmente opuesta, pues en su art. 9.1 rechaza la tesis de la intraanualidad en favor

Un rápido recorrido por las condiciones de trabajo convenidas colectivamente ofrece el siguiente muestrario de actitudes ante el tema que se aborda:

- Son mayoría los convenios en los que se fija directamente, o se hace constar la preferencia por que así suceda, el tiempo de disfrute vacacional en momentos coincidentes con el período estival (256); al campo de la sociología pertenecen las interesantes consideraciones sobre las ventajas o inconvenientes de concentrar el descanso para la mayoría de la población laboral en unas mismas fechas.
- En otro significativo número de normas convencionales se muestra también la anterior preferencia, pero al exigirse que parte del personal continúe trabajando durante el mismo se opta por recompensarle, ya sea mediante la concesión de un número de días de vacación adicionales a los del período general, fórmula que admite diversas variantes (257), o bien con el pago de una cantidad en metálico específicamente dirigida a «indemnizar» al trabajador afectado por la situación perjudicial en que queda respecto de sus compañeros (258).
- Como en casi todas las cuestiones, existen bastantes convenios que mantienen un silencio total al respecto (259), lo cual no puede interpretarse sino como una dejación total del tema a los ulteriores me-

de la del año trabajado como período de espera y admite la posibilidad de que una fracción del tiempo de descanso pueda disfrutarse hasta seis meses después de finalizada la anualidad en que hubiera debido hacerse. Pero, como se sabe, la jurisprudencia ha venido negando la aplicación de tal precepto en base a que la vacación es un derecho anual de ejercicio anual, que caduca irremisiblemente en cuanto que no se hace uso de él. Defendida en este mismo trabajo la tesis de la superioridad de los tratados internacionales sobre las leyes, el argumento formal que respalde esta opción puede consistir en atender a que el art. 40 Const. establece que las vacaciones han de ser periódicas y que la concreción de ese período ha sido realizada por el legislador con referencia al año, luego dentro de ese tramo cronológico han de disfrutarse, por imperativo constitucional, los días de descanso.

(256) Por ejemplo, véase convenios núms. 1, 2, 3, 15, 16, 20, 23, 29, 34, 39, 41, 47, 48, 66, 68, 73, 76, 86.

(257) Así, el convenio núm. 3 que los concede en cantidad proporcional al período junio-septiembre), núm. 13 (9.000, en iguales condiciones), o núm. 31 (10.000) fijo de cuatro días; los convenios 38 y 56 multiplican el número de días concedidos con carácter general por un factor superior a la unidad, dependiente de la época en que se tome la vacación.

(258) Convenio núm. 8 (5.000 pesetas por disfrutar las vacaciones fuera del período junio-septiembre), núm. 13 (9.000, en iguales condiciones), o núm. 31 (10.000) y núm. 74 (10.000).

(259) Convenios núms. 10, 11, 14, 17, 18, 19, 22, 24, 27, 28, 37, 45, 50, 52.

canismos que han de concretar el modo de disfrutar el descanso, de la misma manera que en algunos supuestos no dan los interlocutores sociales criterio preferencia alguno, sino que admiten el disfrute del descanso a lo largo de todo el año, dependiendo la elaboración del calendario vacacional de ulteriores especificaciones o de la aplicación de baremos subjetivos (260).

- En fin, en algunos casos se excluye precisamente la época estival como susceptible del disfrute vacacional, atendiendo a la propia índole de la actividad profesional (261).

Aun cuando el convenio colectivo puede resultar el expediente más idóneo para la determinación o exclusión del momento en que deban tener lugar las vacaciones, una lógica consecuencia del poder directivo inherente al empresario conduce a la necesidad de facultarle para planificar y dirigir los más importantes aspectos del proceso productivo. Por lo que al presente tema concierne, ello se concreta en el poder patronal de «excluir como período vacacional aquel que coincida con la mayor actividad productiva estacional de la empresa» (262), previsión cuya finalidad parece de todo punto razonable.

El factor polémico radica en el uso que se haga de la facultad discrecional para señalar la estación de mayor actividad. De ahí que no parezca inconveniente concretar tales extremos a través de convenio colectivo. Pero aún en los casos en que no suceda así y la norma convencional guarde silencio, por no haberse planteado la cuestión o por falta de acuerdo, la posibilidad subsiste en sus completos términos, y cabe preguntarse qué garantías arbitra el ordenamiento para controlar su ejercicio por parte del empresario.

Se trata de una de las cuestiones más polémicas en materia vacacional (263) y que se ha resuelto finalmente de un modo intermedio: ni puede

(260) Convenios núm. 21 25, 53, 60, 69.

(261) Convenios núms. 43, 59, 98.

(262) Art. 38.2.a) ET.

(263) Algunas enmiendas parlamentarias pretendieron la supresión de este apartado (núm. 146 de Juan M. Bandrés) o la introducción de la necesidad de que se diese un previo acuerdo «entre el empresario y los representantes legales de los trabajadores» (núm. 523, del Grupo Comunista, defendida por Solé Tura ante el Pleno en base a que el texto gubernamental suponía «que el empresario, por su propia voluntad, no recurrible, puede tomar una decisión ante la cual el acuerdo de las partes, o el convenio colectivo, es literalmente impotente»; «se está diciendo que el período de vacaciones anuales será el pactado... que el período de su disfrute será fijado de común acuerdo entre las partes... y se establece el recurso a la Magistratura para

el empresario excluir, sin más requisito que su decisión, un período como vacacional, ni se exige acuerdo con los representantes de los trabajadores, aunque lo cierto es que la solución se aproxima mucho más a la primera que a la segunda posibilidad: el señalamiento de la época debe llevarse a cabo «previa consulta con los representantes legales de los trabajadores», o sea, audiencia no vinculante a los beneficiarios de la vacación, a través de sus representantes. Por supuesto, la disconformidad de estos últimos podrá conducir a la adopción de medidas de conflicto colectivo tendentes a modificar el criterio empresarial y provocar la necesidad de que se pruebe efectivamente la coincidencia de los períodos excluidos con la mayor actividad estacional (264).

No existe un cauce formal taxativamente prescrito para, en su caso, realizar la exclusión de que se viene hablando. Desde luego, ésta deberá ser anterior a la publicación del calendario vacacional, y lo más lógico parece que se comunique a los representantes de los trabajadores —preferentemente por escrito— si es que con ellos se va a concretar el modo de tomar las vacaciones; en todo caso, es evidente que se ha de hacer llegar a conocimiento de los interesados de algún modo.

Por último, sin agotar la casuística sobre el tema, cabe preguntarse si conserva tal facultad el empresario vinculado por convenio colectivo en el que se determinen unas concretas fechas vacacionales. El problema debe ir referido a los convenios colectivos de ámbito superior al de la empresa, pues si se restringieran a ésta no parece lógico que nadie pueda ir contra sus propios actos, máxime si han ascendido a la categoría convencional desde la unilateral; si se trata de convenios que superan el ámbito de la empresa, surge una colisión: por una parte, afirma el legislador que el poder empresarial de exclusión ha de respetarse «en todo caso» (ET 38.2), y por otra, se establece que los convenios colectivos «obligan» (ET 82.3) y «regulan las condiciones de trabajo» (ET 82.2) como consecuencia de su «fuerza vinculante» (Conts., art. 37). Fundamentos constitucionales pueden aducirse tanto a favor de una como de otra solución, por lo que puede

los supuestos en que no haya acuerdo. Pero de todo se excluye un aspecto, que es la posible exclusión del período vacacional en los momentos de mayor actividad productiva... algo falla. Estamos ante una contradicción lógica...»

(264) Véase COMISIONES OBRERAS, *El Estatuto de los Trabajadores. Comentarios de apoyo sindical*, Madrid, 1980, pág. 124. Aunque es problemática su concreción, el ordenamiento contiene una prescripción dirigida a cuantos pueden intervenir en el procedimiento para fijar la época vacacional, y que obliga a tener en cuenta, durante el mismo tanto «las exigencias del trabajo» cuanto las «oportunidades de descanso de que pueda disponer la persona empleada» (Convenio 132 OIT, art. 10.2).

resultar igualmente legítima tanto la una como la otra, aunque quizá más lógico parezca que, dado el carácter también sectorial que suelen tener los convenios ya se hayan tenido en cuenta los datos inherentes al tipo de actividad desarrollada, y se deba dar primacía a la aplicación de su contenido.

Interesa señalar que algunas normas convencionales prevén la rotación de los trabajadores en los diversos turnos establecidos, cuando tal sistema lo tenga adoptado la empresa, de uno a otro año. En los casos en que no sucede así ha de tenerse presente que, y a salvo las preferencias que más adelante se consideran, el disfrute de las vacaciones en determinada fecha no crea un derecho a su repetición en años ulteriores. Año por año deben establecerse las fechas y épocas de descanso para cada trabajador, sin que sean vinculantes las precedentes, ni con respecto a un trabajador ni con relación al conjunto de los mismos (265).

No existen previsiones legales sobre las vacaciones que no llegan a disfrutarse dentro del año al que corresponden por imposibilidades, tales como fuerza mayor, situación de incapacidad por parte del trabajador, etc. Orillando una aplicación tajante de los principios jurídicos sobre el tema, parece que existe cierta inclinación a admitir su disfrute cuando el cese del impedimento es cercano a la finalización de la anualidad durante la que hubo de producirse, si así se permite en convenio colectivo, y a admitir la compensación en metálico en el resto de supuestos (266).

11. CALENDARIO VACACIONAL. TURNOS. PREFERENCIAS

Con técnica muy defectuosa, el legislador exige que cada empresa confeccione su calendario vacacional, con la indicación exacta de qué fechas son las determinadas para cada trabajador, si es que no son idénticas para todos. En realidad, como tempranamente precisó la doctrina, la obligación que se ha impuesto supone que dicho calendario debe hacerse público y se refiere más bien al centro de trabajo que no a la empresa (267).

No han prosperado las opiniones favorables a exigir que este calendario

(265) Véase TCT de 16-XII-78 (Rep. 7.404).

(266) En tal sentido, TCT de 8-X-75 (Rep. 4.172), excepcionalmente.

(267) ALONSO OLEA, *El Estatuto...*, cit., pág. 130; esto mismo es lo que deseaba explicitar la enmienda núm. 718 del Grupo Andalucista: «El calendario se fijará y se hará público en cada centro de trabajo.» Algún convenio prevé expresamente que «el cuadro de vacaciones... se expondrá en el tablón de anuncios» (núm. 3) o «en el tablón de anuncios de la empresa y de los trabajadores» (núm. 59), habilitándose un plazo para reclamaciones sobre el mismo.

fuese elaborado en el primer mes del año (268) o en el inmediatamente posterior a la publicación del calendario laboral oficial (269). No han prosperado, en el terreno legal, pero la negociación colectiva sí determina con cierta frecuencia, aparte de los numerosos casos en que se silencia el tema o se reproduce la prescripción legal (270), el período anual dentro del cual habrá de culminarse tal operación, fijando los primeros meses del año al efecto (271).

En todo caso, lo que se exige es que el trabajador conozca con certeza las fechas de sus vacaciones dos meses antes de iniciarlas (272), regla que determina indirectamente el momento en que habrá de encontrarse ultimado el cuadro de vacaciones. Por tanto, y según las fechas en que vaya a producirse la cesación del trabajo, se deberá disponer del calendario con mayor o menor antelación; incluso puede que haya de tenerse listo antes de comenzar el año si se disfrutaban vacaciones en su primer bimestre (273). Los inconvenientes que un cumplimiento riguroso del precepto quizá sean

(268) Pretensión contenida en el art. 36.3 del proyecto, eliminada al prosperar las enmiendas de los grupos socialistas; SUÁREZ GONZÁLEZ, *Las nuevas relaciones laborales y la ley del Estatuto de los Trabajadores*, Pirámide-Círculo de Empresarios, Madrid, 1980, pág. 64: «El art. 36.3 (actual 38.3) contenía una contradicción. Establecía, de un lado, que el calendario habría de fijarse en cada empresa dentro del mes de enero de cada año y, de otro, que el trabajador conocerá las fechas que le correspondan dos meses antes, al menos, del comienzo del disfrute. Como era lógico, se ha optado por mantener una sola de tales prescripciones.»

(269) Enmienda núm. 254 de la Minoría Catalana.

(270) Convenios núms. 27, 31.

(271) Así, en el primer mes del año (Convenios núms. 13 y 87), en el primer bimestre (Convenios núms. 23 y 69), trimestre (Convenios núms. 33, 59 y 77), o en el primer cuatrimestre del año (Convenios núms. 1, 40 y 46).

(272) Art. 38.3 ET, norma muy aceptable si se la compara con otras homólogas, como la del ordenamiento francés; véase LYON-CAEN y TILLHAT-PRETNAR, *Manuel de Droit Social*, L. G. D. J., París, 1980, pág. 245. ¿Resulta posible la alteración de los turnos vacacionales, o de las fechas para un determinado trabajador, cuando ya se ha fijado y dado a conocer el calendario para el descanso en la empresa? Parece lógico pensar que sí, pero en determinados supuestos y con determinadas garantías, de tal modo que la modificación no se pretenda imponer de modo unilateral o arbitrario; en este sentido, RICARDO MIROLO, *Las vacaciones...*, cit., pág. 846. Aisladamente la negociación colectiva se ha ocupado del tema, como el Convenio núm. 72, donde se prevé que si la empresa se viera obligada a modificar el plan definitivo expuesto en el tablón de anuncios, «podrá efectuar dicha modificación, pero en tal caso deberá compensar al trabajador o trabajadores afectados con un día adicional de vacaciones si la modificación altera un mínimo de seis días laborales y hasta un máximo de dieciocho. Si la alteración excediera de dieciocho días la compensación sería de dos días laborables de vacaciones».

(273) Por ejemplo, véase convenios núms. 15 y 25.

salvables acudiendo al expediente, no prohibido expresamente, de publicar el calendario por partes, es decir, realizando previsiones para la fracción —siempre que haya turnos— que primero vaya a vacar, y así sucesivamente.

Por consiguiente, son de dudosa legalidad los acuerdos en los que se rebaja el mínimo de tiempo con que se debe conocer la fecha del disfrute vacacional a menos de dos meses (274), pues no resulta admisible el juego de la negociación colectiva sino para mejorar los mínimos de derecho necesarios que fija el ordenamiento (275).

Frecuentemente las vacaciones vienen fijadas para el personal de la empresa en turnos a disfrutar sucesivamente. Esta opción es presentada como alternativa a «la suspensión total de actividades laborales, sin más excepciones que las tareas de conservación, reparación y similares» (ET 38.2.b). En tales casos no queda sino aplicar el régimen previsto en el convenio colectivo o en el acuerdo de empresa donde se establezcan tales turnos sobre fechas, adscripción de cada trabajador a uno u otro, criterios de preferencia para elegir la época vacacional, factores a los que se subordina la organización de los turnos, etc.

Sin que parezca éste el marco adecuado para profundizar el problema, quede constancia de que son mayoría las empresas pequeñas y medianas que prefieren suspender sus actividades durante el tiempo vacacional, sin tener que funcionar un par de meses a medio rendimiento, y organizar diversos turnos de trabajadores; también es cierto que estos últimos suelen preferir concentrar su descanso anual en la época estival, coincidiendo con las vacaciones escolares (276).

* * *

Un aspecto directamente ligado al sistema de turnos, y que merece singular atención es el relativo a la prelación que poseen ciertos trabajadores para elegir el turno que deseen:

(274) Así, el convenio núm. 43, que establece el mínimo de quince días de antelación, o el convenio núm. 81 que da un plazo de quince días para el primer período de vacaciones y tan sólo una semana para el segundo, en tanto que el convenio 102 permite el establecimiento del calendario hasta un día antes de iniciarse el descanso.

(275) Así, el convenio núm. 61 eleva el plazo a tres meses.

(276) Unas reflexiones socio-jurídicas muy interesantes sobre el tema, en OCDE, *L'aménagement du temps de travail* (Rapport Final. Conférence International, 1972), París, 1973, págs. 55 y sigs.

a) En todo caso ha de respetarse el criterio legislativo según el cual «los trabajadores con responsabilidades familiares tienen preferencia a que las suyas coincidan con los períodos de vacaciones escolares» (ET 38.2.c).

Al margen de que en la práctica no ofrezca demasiadas dudas la aplicación de tal precepto, su tenor literal parece poco afortunado, y lo que debiera decir es que quienes tengan a su cargo menores en edad escolar gozarán de tal preferencia; lógico parece que sea así porque «responsabilidades familiares» posee también quien mantiene a sus padres o quien está casado y sin hijos, o con descendientes ya ancianos, etc.; razonable es también que por edad escolar se entienda la referida al período de escolaridad obligatorio.

b) Complementariamente, las normas paccionadas establecen otros criterios, de operatividad alternativa o cumulativa, los más frecuentes de los cuales son:

- La antigüedad en la empresa o en el grupo profesional de trabajo (277).
- Las «necesidades de la empresa», «del servicio» o la valoración de otros conceptos igualmente abiertos que, en último termino, requieren un juicio de valor o apreciación por parte de la empresa (278).
- En ocasiones se realiza una remisión al resultado de un acuerdo realizado entre los propios trabajadores, aplicándose el resto de baremos únicamente de modo subsidiario (279).
- Como ya se ha dicho, en otros casos se adopta el criterio de la rotación de los trabajadores por los diversos turnos y de uno a otro año (280).
- Las previsiones más completas sobre el tema fijan un sistema de puntuaciones en atención a la época en que fueron disfrutadas las anteriores vacaciones o a la en que se desean las inmediatas, de modo tal que cada trabajador se vaya adjudicando, dentro de los turnos genéricamente previstos, el de su elección atendiendo a su personal puntuación (281).
- Esporádicamente se recoge el interesante criterio de atender a la época en que disfruta las vacaciones el cónyuge del trabajador (282).

(277) Convenios núms. 8, 15, 29, 33.

(278) Convenios núms. 1, 2, 34, 58, 87, etc.

(279) Convenios núms. 3, 6, 53, 77.

(280) Convenios núms. 8, 21, 23, 32, 41, 49, 56.

(281) Convenios núms. 25, 42.

(282) Convenio núm. 29.

Como resumen puede afirmarse que, a salvo el criterio de preferencia impuesto legalmente, un buen número de convenios se inclinan por combinar el baremo de antigüedad con el de la rotación, de modo tal que el mayor número de años en la empresa no sea causa para disponer de los turnos más apetecidos con carácter permanente.

12. RETRIBUCION DE LAS VACACIONES

a) *Momento del pago*

En principio, el trabajador debe percibir la remuneración por los días de descanso inmediatamente «antes de las vacaciones» (art. 7.2 Convenio 132 OIT), es decir, con antelación al comienzo de su disfrute. Régimen inverso, pues, al general, según el cual se abona al trabajador el importe debido por sus actividades ya prestadas. La finalidad del precepto, aparte de asegurar el efectivo cobro del periodo de descanso, consiste en permitir unos gastos suplementarios que se presumen generales durante el mismo. Ya se ha puesto de relieve por la doctrina lo peligroso de tal anticipo, que puede llegar a producir la sensación o espejismo de la «doble remuneración», encontrándose el trabajador a la vuelta de vacaciones con que no dispone de fondos y tampoco cobrará hasta que transcurra el periodo de trabajo habitual (283). Con ser cierta esta última observación, debe tenerse en cuenta que en la actualidad posee una trascendencia muy atenuada, a causa de lo extendidas que están las operaciones a crédito y a plazos.

En todo caso, reténgase el precepto legal, al margen del juicio que merezca. El «principio de posremuneración» que preside la relación laboral, haciendo que se obtenga el derecho a la retribución precisamente porque se haya llevado a cabo el trabajo, pierde aquí ocasionalmente su preponderan-

(283) Véase GARCÍA NINET, «Retribución del descanso dominical y de las vacaciones», en los *Estudios sobre la Ordenación del Salario*, Universidad de Valencia, 1976, página 261. Cuando ha existido duda sobre el tema el criterio jurisprudencial ha hecho prevalecer la obligatoriedad del pago adelantado, «ya que precisamente durante el periodo vacacional es cuando el trabajador necesita de esos emolumentos para atender a los excepcionales gastos que origina el disfrute de un tiempo de merecido esparcimiento». Aisladamente los convenios precisan la norma legal afirmando que «la empresa abonará el importe de las vacaciones con dos días de antelación a su disfrute» (Convenio núm. 81), el día antes de empezar a disfrutarlas (Convenio núm. 91) o, simplemente, recogen el principio general sobre el tema: «se abonarán al empezar el disfrute» (Convenio núm. 89).

cia, al disponerse el abono anticipado de este «salario de inactividad» (284). Regla complementaria es que la retribución en especie habrá de ser transformada a metálico y abonada con la cantidad principal, «salvo si se trata de prestaciones permanentes de que disfruta el interesado independientemente de las vacaciones pagadas» (Conv. 132 OIT, art. 7.1), en cuyo supuesto (vivienda, paradigmáticamente) el disfrute durante la vacación dependerá del propio comportamiento del trabajador (que viaje o no, etc.).

La normativa expuesta acerca del momento en que deba abonarse la retribución tiene el carácter de supletoria. Convenios, de tipo individual o de carácter colectivo, son instrumentos adecuados y hábiles para determinar condiciones diferentes al respecto.

b) *Naturaleza*

Como se sabe, el trabajador no tiene derecho a las vacaciones, sino más exactamente al descanso *retribuido*: la suma pagada forma parte de la propia esencia del concepto «vacación». Sin embargo, ello no puede conducir a negar el carácter salarial de la remuneración: el que ésta se impute aparentemente a un período de no-trabajo no implica que su naturaleza haya de ser diversa de la poseída por la retribución del trabajo, esto es, del salario. A ello se añade la realidad de que los conceptos abonados a cuenta de las vacaciones se satisfacen, al igual que cualesquiera otras contraprestaciones económicas por el trabajo efectivamente prestado, por el empresario y no por persona o institución diversa.

(284) RODRÍGUEZ SAÑUDO, *Interrupciones de la actividad de la empresa y derecho al salario*, Anales de la Universidad de Sevilla, 1975, núm. 23, pág. 14, y véase también págs. 155 y sigs. Puede ser este lugar apto para indicar la existencia de una cuestión no resuelta por el ordenamiento: la situación de los trabajadores que, por cese total en las actividades de la empresa durante la vacación, se ven imposibilitados a prestar su actividad, pero no han originado derecho a la totalidad de días descansados. La solución es opinable, aunque un principio de equidad inclina a no cargar al empresario con la obligación de retribuir ese descanso, y a la vez no es fácilmente admisible que el trabajador quede sin percibir remuneración alguna. CAMERLYNCK y LYON-CAEN, *Droit du Travail*, 10.^a edic., París, 1980, pág. 326: «Si cette fermeture se prolongue au-delà de la durée du congé payé légal, le salarié a droit à son indemnité même pour los journées en excédant»; pero «lorsque la fermeture correspond à la durée du congé légal, l'employeur n'est pas tenu de rémunérer pendant toute cette période les salariés qui, n'ayant pas travaillé pendant toute la période de référence, n'ont pas droit au congé complet; ceux-ci pourront seulement prétendre individuellement aux indemnités de chômage partiel», como precisan BRUN y GALLAND, *Droit du Travail*, tomo I, París, 1978, ed. Sirey, pág. 629.

Por su clarificación del tema son insustituibles en esta cuestión las reflexiones que muestran cómo las cantidades pagadas en atención al período vacacional «non contituisse retribuzione senza lavoro, bensì retribuzione differita od accantonata delle prestazioni fornite dal lavoratore durante l'anno: corrispettivo, quindi, non del riposo ma del lavoro» (285).

No obstante el silencio del ET, el ordenamiento español mantiene una postura indubitada sobre el tema. Porque el DOS califica de modo explícito como salariales las percepciones económicas que retribuyen la actividad laboral, ya vayan referidas al trabajo efectivo, ya a «los períodos de descanso computables como de trabajo» (286). No parece que la cuestión deba ser, por evidente, tratada con mayor amplitud. Si acaso hacer constar que este carácter salarial debe predicarse también para la retribución en especie y para las cantidades que se abonen al trabajador cuando resulte imposible el disfrute del descanso. Por su parte, la jurisprudencia ha venido dudando sobre la imposición o no del criterio garantista en base al cual la globalización salarial no puede incluir la cuantía destinada a remunerar el período vacacional, que debe abonarse en todo caso por separado (287), y aplicando el régimen general del salario a las cantidades debidas por vacaciones (288).

(285) GUIDOTTI, *La retribuzione nel rapporto di lavoro*, Giuffrè edit., Milán, 1956, página 121; véase también RODRÍGUEZ SAÑUDO, *Interrupciones...*, cit., pág. 159: «El mantenimiento de la obligación salarial cuando el trabajo no es realizado, sin embargo, no quiere decir que aquél sea debido a título gratuito»; los salarios de inactividad «remuneran globalmente el servicio prestado por el trabajador a lo largo de toda la vida del contrato y no sólo prestaciones concretas y determinadas» (pág. 158).

(286) Art. 2.º del decreto de Ordenación Salarial de 17-VIII-73; por su lado, el art. 2.2 de la OM de 29-XI-73 que lo desarrolla, señala que «las vacaciones anuales» constituyen un período de descanso computable como de trabajo.

(287) La sentencia TCT de 11-I-73 se pronuncia a favor de la necesidad de separar la retribución por vacaciones del pacto globalizador, al igual que la de 18-IV-80 (Rep. 2.178), donde se afirma que «el abono en metálico de las vacaciones no puede prorratearse semanal o mensualmente. Sin embargo, el criterio no es constante, puesto que la sentencia TCT 20-II-73 lo varía, y la de 30-X-74 TCT (Rep. 4.416), recogiendo doctrina del Tribunal Supremo de 14-XII-72 afirma que tanto las vacaciones cuanto las pagas extraordinarias se han de entender reguladas por el salario global, «al ser superior a la suma del reglamentario más el importe de las vacaciones y gratificaciones extraordinarias». La sentencia TCT de 14-II-76 (Rep. 804) parece que adopta una tesis más clarificadora:

— «Si bien es cierto que las vacaciones deben ser abonadas en fechas determinadas, el incumplimiento de esta obligación supone una infracción administrativa.»

— Es decir, no debe englobarse la retribución por vacaciones con el resto de conceptos salariales; si, pese a ello, se pagan globalizándolas, tampoco puede pretender el trabajador un «doble pago», solución no contemplada en «ninguna norma», y de-

c) *Cuantía*

Intuitivamente se comprende que el nivel retributivo de las vacaciones ha de ser semejante al habitual, a fin de poder permitir realmente el disfrute de una vacación con un nivel de vida similar al que se tiene durante el tiempo de actividad. El legislador se ha limitado a recoger tal idea manifestando que la remuneración por las vacaciones debe llegar a ser, «por lo menos» equivalente a la «normal o media» que viniere percibiendo el trabajador (289).

Pero en el ordenamiento español no se encuentra la concreción solicitada por la norma internacional de «la forma» en que haya de calcularse ese importe normal o medio. Ninguna norma de carácter general establece un procedimiento exacto e indubitado que permita llegar a la obtención de la cantidad a percibir; la situación llama tanto más la atención si se la compara con la desigual existente para otras remuneraciones específicas que corren también a cargo del empleador: las horas extraordinarias y el descanso dominical (290). Puesto que tampoco sería válido el cálculo retributivo que asimilase las vacaciones a las pagas extraordinarias, ya que «gratificaciones extraordinarias y vacaciones son instituciones de muy distinta naturaleza que no tienen necesariamente que ser objeto del mismo tratamiento» (291), el intérprete, salvo que una norma sectorial le aclare la situación, acaba encontrándose ante la tarea de determinar cuál es el alcance del concepto «retribución normal».

Alguna consecuencia puede obtenerse, pese a todo, del módulo salarial requerido: no se habla de retribución «básica», sino de la «normal», por lo

rivada del hecho de que los trabajadores «aunque en momento inadecuado... percibieron lo que tenían derecho a cobrar».

La sentencia TCT de 9-III-76 (Rep. 1.334) parece mantener un criterio más progresivo cuando estima que «el pacto de salario global por mes... lo que significa es que el trabajador, en el mes que le corresponda, debe disfrutar sus vacaciones y percibir el salario estipulado, pues no puede interpretarse en el sentido de que las partes han previsto el no disfrute de las vacaciones y su compensación en metálico», criterio confirmado por TCT de 6-IV-76 (Rep. 1.951), conforme a la que «el ordenamiento prohíbe la compensación a metálico de las vacaciones y, consiguientemente, dicho concepto no puede comprenderse dentro del salario global».

(288) Véase TCT de 31-X-74 (Rep. 4.454) y de 6-XII-74 (Rep. 5.255).

(289) Art. 7.1 del Convenio 132 OIT. La sentencia TCT de 24-III-80 (Rep. 1.812) explica que la normativa sobre el particular «responde al principio de que el trabajador perciba durante el período citado las mismas retribuciones que le corresponderían por su asistencia al trabajo».

(290) ALONSO OLEA, *Derecho del Trabajo*, cit., pág. 184.

(291) TCT de 10-X-79 (Rep. 5.526).

que junto al salario base han de aparecer los complementos de vencimiento periódico no superior al mes, siempre que vayan ligados en su devengo y pago a la actitud prestada durante la jornada ordinaria, y no a la cantidad o calidad de trabajo (292), lo cual supone la exclusión de conceptos tales como las horas extraordinarias, el plus de distancia, las dietas y otros análogos (293). Para retribuir las vacaciones se han de tomar en cuenta todos los conceptos retributivos que el trabajador venga percibiendo en jornada ordinaria; al respecto puede ser de utilidad la ordenación de los conceptos salariales que realizan las normas legales, ya que permiten discernir cuándo se está o no ante una remuneración de tal tipo. Igualmente lógico parece el que el módulo retributivo se haya de lograr atendiendo a un período de trabajo efectivo y en condiciones de normalidad: si por algún motivo (huelga, ILT, etc.) se ha experimentado una alteración de la relación laboral, no debe permitirse que la misma repercuta en el momento vacacional (294).

Aún con estos datos pueden subsistir algunas dudas. Para tales supuestos resulta útil conocer el criterio jurisprudencial favorable a promediar, a virtud de un argumento analógico, la retribución obtenida durante los tres últimos meses, al estimar que «no existiendo un módulo legal ni pactado para fijar dicho promedio, ni estándole permitido al juzgador dejar de resolver este punto litigioso por falta de expresa fuente de Derecho, obró acertadamente llenando tal laguna mediante la aplicación analógica...» (295). Estas pautas generales para fijar el nivel retributivo pueden completarse con la contem-

(292) Véase TCT de 16-II-78 (Rep. 984); la de 31-I-80 (Rep. 512) sostiene que, en aplicación del Convenio 132, «durante las vacaciones hay que abonar el salario establecido en el convenio —si lo que percibe el trabajador es este salario— y no el salario base». Nótese que, *a contrario*, se han excluido, según la dicción del texto principal, los complementos periódicos de vencimiento superior al mes en esta traída a colación de conceptos salariales, pues como bien razona la sentencia TCT de 21-IV-80 (Rep. 2.487), «tampoco son computables las gratificaciones extraordinarias y de beneficios que constituyen conceptos salariales..., pues de computarse se llegaría al absurdo de que variaría notablemente la remuneración de las vacaciones según la época de su disfrute». Véase Convenio núm. 106.

(293) Cfr. TCT de 28-III-78 (Rep. 3.320) y de 14-IV-79 (Rep. 2.713).

(294) Este criterio lo mantiene el TCT en sentencia de 13-III-79 (Rep. 1.637).

(295) Criterio que recoge TCT de 14-IX-79 (Rep. 5.624). La recomendación número 47 de la OIT considera método equitativo para calcular la retribución vacacional atender a la «ganancia media, en un período suficientemente amplio, con objeto de compensar lo más posible las variaciones de remuneración»; nótese que en todo momento el módulo salarial posee carácter subjetivo, referido a un concreto trabajador, lo que explica que deba rechazarse el abono de una cuantía superior a la fijada por convenio todos los meses y luego, al momento de pagar las vacaciones, pretender rebajarla a la estipulada convencionalmente [TCT de 22-V-73 (Rep. 2.193)].

plación del tratamiento a seguir respecto de algunos conceptos salariales problemáticos:

- Así, la retribución por horas extraordinarias, aun cuando éstas se realicen con habituabilidad, no se computa a la hora de retribuir las vacaciones porque «si la empresa ofrece el percibo de salarios que supone el pago de horas extraordinarias en determinados momentos, tal pago no puede repercutir en los que debe abonar en momentos distintos» (296).
- La «prima a la producción», si se abona todos los meses sin exigir un rendimiento superior al habitual, constituye un concepto salarial que, consiguientemente, no puede eliminarse en el momento de pagar las vacaciones (297), razonamiento del todo aplicable cuando estas cuantías se abonen bajo denominaciones tales como «plus de actividad», «plus de productividad», «prima de rendimiento», etc., que no cobijan sino auténticos conceptos salariales que complementan la retribución básica (297 bis).
- Uno de los conceptos más problemáticos es el abonado en concepto de comisión: al respecto ha de primar la idea de retribuir la vacación como período efectivamente trabajado y abarcando los conceptos salariales abonables en todo caso. Sin embargo, se plantean problemas respecto de aquéllos que, como las comisiones, se caracterizan «por su subordinación a un resultado dependiente de factores ajenos a la actividad del trabajador», de modo tal que el carácter excepcional del devengo no parece posibilitar su inclusión en la retribución «normal» (298).

En ocasiones se ha defendido su exclusión del salario a percibir durante las vacaciones porque ello supondría un doble cobro de tal concepto y porque, siempre que el mínimo salarial legal o convencional debido al trabajador se asegure sin tener que integrarse parcialmente por el montante de sus

(296) TCT de 17-IV-79 (Rep. 2.713); la sentencia de TCT de 21-IV-80 (Repertorio 2.487) afirma que «las horas extraordinarias sólo son abonables cuando son efectivamente realizadas y no constituyen una retribución normal».

(297) TCT de 3-IV-79 (Rep. 2.704).

(297 bis) TCT de 15-II-79 (Rep. 1.364), apoyándose en el hecho de «su abono sin exigirse un rendimiento superior al normal», así como TCT de 4-II-80 (Repertorio 1.235).

(298) Véase TCT de 16-II-78 (Rep. 984), de 2-III-78 (Rep. 1.357), de 6-IV-79 (Rep. 2.251) y de 10-X-79 (Rep. 5.526).

comisiones, «el carácter excepcional del devengo que se examina no parece compatible con el término «normal» que emplea el art. 7 del Convenio 132 OIT» (299), y en consideración a «su subordinación a un resultado dependiente de factores ajenos a la actividad del trabajador... impidiendo ello su cómputo para la determinación de la vacación anual... ya que ello pugna con la condición exigida para su devengo» (300). No obstante, la propia jurisprudencia (301) ocasionalmente ha entendido que al estar constituido el salario del trabajador por una parte fija más otra integrada por comisiones, ambos conceptos han de unirse para satisfacer al trabajador la remuneración íntegra que viniera percibiendo por su trabajo.

La decisión predominante de los Tribunales quizá debiera conducir a concluir afirmando que la comisión no se computa, salvo pacto en contrario, si prescindiendo de ellas el trabajador ya alcanza el nivel retributivo previsto en la norma legal o convencional que le sea de aplicación; caso contrario, la solución sería opuesta. Sin embargo, el tenor de los preceptos legales y la reciente jurisprudencia recaída sobre la materia inclinan a mantener que la finalidad retributiva de las vacaciones quedaría frustrada si durante las mismas se produjese una importante merma de los ingresos, y la comisión no es sino una modalidad del salario a rendimiento, aunque se garantice un mínimo salarial para amortiguar los riesgos de su aleatoriedad. Por consiguiente, debe tenerse en cuenta la cantidad, promediada, que se venga percibiendo en concepto de comisiones, sin que a ello se oponga el que el derecho a la comisión nazca en el momento de realizarse y de pagarse, «pues no se está sosteniendo que haya que pagar comisiones por ventas no realizadas, sino que lo devengado en tal concepto es computable para calcular la retribución de las vacaciones» (301 bis).

- La «prima de asistencia» también habrá de ser abonada durante el período vacacional si se tiene presente que la misma «forma parte del salario» y, como se ha dicho, las vacaciones «deben abonarse incluyendo no sólo el salario a tiempo, sino los incentivos o primas» (302).

(299) Sentencia citada de 16-II-78.

(300) TCT de 6-IV-79 (Rep. 2.251).

(301) TCT de 27-VI-78 (Rep. 4.014).

(301 bis) TCT de 21-III-80 (Rep. 1.974).

(302) TCT de 7-VII-77 (Rep. 4.001); la de 7-VII-78 (Rep. 4.556) incluye en la retribución vacacional el plus de puntualidad, asistencia y permanencia en el trabajo, «que habrá de seguir satisfaciéndose al trabajador en vacaciones durante los días no feriados de ella, por ser tan sólo en dichos días en los que... se devenga tal concepto», lo cual quizá debiera matizarse atendiendo a lo percibido por tal causa por el trabajador en los meses anteriores.

- El promedio de lo percibido por el trabajador en los tres meses inmediatamente precedentes a las vacaciones en concepto de trabajos nocturnos o en días festivos, como consecuencia del régimen de trabajo a turnos sí debe computarse a efectos de retribuir las vacaciones, «pues, de haber permanecido en servicio activo, la prestación de servicios profesionales les hubiera llevado a realizar trabajos nocturnos y en días festivos», y la finalidad de la normativa en este punto radica en remunerar el descanso de igual modo al propio de los períodos de actividad (303).

La falta de clarificación legislativa aumenta la conveniencia de contar con normas sectoriales que especifiquen indubitadamente cómo habrán de ser retribuidas las vacaciones. Sin embargo, la mayoría de las normas colectivas mantiene un silencio total ante el tema, y entre los que se han ocupado del mismo pueden detectarse actitudes tales como las siguientes (304):

- En algún caso, sin abandonar la genericidad conceptual, se establece que la vacación habrá de abonarse en atención al «salario real» que se viniere percibiendo (305).
- Una mayor concreción se logra, apegándose al espíritu de lo prescrito por el Convenio 132 de la OIT, cuando se determina que la retribución deberá abonarse «conforme al promedio cobrado por el trabajador en los distintos conceptos en jornada ordinaria en los tres últimos meses» (306).
- Ya por último, en algunos supuestos se despeja de manera indubitada

(303) TCT de 7-V-79 (Rep. 3.679).

(304) Véase GARCÍA NINET, *Retribución del...*, cit., pág. 265, sobre el modo en que enfocan el tema las Reglamentaciones de Trabajo.

(305) Convenio núm. 47, donde se explica que por tal ha de entenderse «todo lo que el trabajador perciba en mano»; «el salario real está integrado por la totalidad de los devengos o emolumentos que el trabajador recibe con ocasión o consecuencia del servicio que presta», como afirma el TS en sentencia de 27-X-79 (Rep. 3.627).

(306) Convenio núm. 6, que añade la cautela conforme a la cual «si el trabajador hubiera permanecido de baja por enfermedad o accidente más de un mes de entre los tres previos al período vacacional, se tomarán los tres últimos meses trabajados».

El Convenio núm. 87 prefiere decir que «la retribución será equivalente a una mensualidad de la totalidad de su salario habitual», mientras que el núm. 89 utiliza una formulación más compleja, pero de idénticos resultados, conforme a la cual se pagan las vacaciones «con arreglo al cálculo de la media obtenida de todo lo realmente percibido en concepto de salario, en cualquiera de sus modalidades, incluso incentivos y pluses, obtenidos en los últimos noventa días trabajados desde la fecha de iniciación de las vacaciones».

la cuestión, al realizar una completa enumeración de los conceptos que han de integrar la remuneración a percibir en tiempo de vacación (307).

d) *Las bolsas de vacaciones*

Si se tiene presente que:

- El de vacaciones se equipara al período trabajado a efectos de retribución.
- Que, sin embargo, su remuneración suele pagarse por adelantado.
- Y que los gastos suelen ser mayores que los habituales durante tal tiempo, puede comprenderse cómo, en realidad, no existe provisión de fondos específica para afrontar el aprovechamiento del descanso laboral sino, simplemente, un adelanto en el pago. Esta sería la finalidad de la «bolsa de vacaciones»: una cuantía de vencimiento anual, pagada en tiempo coincidente o cercano a las vacaciones y específicamente dirigida a que el trabajador pueda aplicarla a su mejor disfrute del ocio.

La institución a que se alude, sin embargo, se encuentra escasamente implantada todavía y no parece que sea previsible un cambio de rumbo al respecto, dado que se está imponiendo la negociación laboral de los conceptos económicos en función de la correspondencia global retribución total anual-horas trabajadas en el año e incluso se apunta hacia el fraccionamiento de las pagas extraordinarias a lo largo de las doce mensualidades, es decir, se tiende a no cargar las tesorerías de las empresas con pagos hechos de una vez y pertenecientes a conceptos extraordinarios. Así las cosas, no puede extrañar que en la negociación colectiva posestatutaria tan sólo aisladamente se contenga algún precepto a cuyo tenor «la empresa abonará una sola vez al año, como bolsa de vacaciones, a todos sus empleados, y al comienzo del disfrute de las mismas una cantidad...» (308).

De propósito, no se consideran como bolsas vacacionales en sentido propio, y ya se trataron con antelación, las cuantías satisfechas para compensar al trabajador que se ve obligado a tomar su descanso durante los períodos

(307) Por ejemplo, Convenios núms. 31, 54, 55, 56, 68, 80, 81, 83, 86, 78, 90 y 99.

(308) Convenios núms. 15 y 78, que la cifran en una cuantía de 15.000 pesetas; el Convenio núm. 101 la fija tan sólo en 2.000 pesetas. Véase PENA DO AMARAL, *O subsidio de fêrias*, en el 2.º volumen..., cit., pág. 872.

considerados como «menos atractivos» (309), pues, al margen de su utilización práctica, son más bien cantidades indemnizatorias que cuantías concebidas con la finalidad de fomentar mayores posibilidades de esparcimiento durante las vacaciones, como se confirma atendiendo al hecho de que no vienen establecidas con carácter general para todo el personal afectado por el convenio, sino únicamente para aquellos sectores del mismo que se vean desplazados en su vacación a temporadas poco deseables.

13. DEBERES DE CONDUCTA DEL TRABAJADOR DURANTE LAS VACACIONES

De modo insistente se ha afirmado que, por definición, el período vacacional se dirige a proporcionar un tiempo de descanso al trabajador. De ahí que la vacación haya de ser disfrutada efectivamente, absteniéndose el sujeto de realizar su actividad profesional, «para conseguir la finalidad perseguida por el legislador de proporcionar al trabajador unos días de descanso sin merma de sus percepciones salariales» (310).

Aún admitida la bondad de la tesis sobre la *corespettività generica*, la vacación supone para el empresario, a primera vista, un período durante el cual ha de prescindir de los servicios de su asalariado, pero sin dejar de pagarle. Por tanto, el empleador posee un interés legítimo en que su trabajador respete el descanso, y cuando reanude su labor lo haga en condiciones físicas y psíquicas adecuadas. El fundamento de la vacación, de su reconocimiento como derecho básico de la persona, se encuentra en la posibilidad de descanso que comporta. Ecuación, pues, entre descanso (no-actividad) y retribución a cargo del empresario (subvencionando, por así decirlo, esa inactividad). Corolario de todo ello es que el período vacacional, según viene manteniendo la doctrina, «no podrá convertirse para el trabajador en una ocasión de lucro, desnaturalizando su objeto, que no es otro que el de proporcionarle un medio de reparar sus fuerzas agotadas por el trabajo» (311).

El deber que se predica respecto del trabajador, guardar descanso y no ejercer actividad profesional alguna, no sólo deriva del respeto al fin social perseguido por las vacaciones, sino que también se dirige a preservar el mantenimiento de la conmutatividad inherente al contrato de trabajo. Siendo el empresario quien sufraga los salarios de tales fechas, «es lógico que el

(309) ALONSO GARCÍA, *Curso...*, cit., pág. 441.

(310) TCT de 3-VII-75 (Rep. 3.576).

(311) HINOJOSA FERRER, *El contrato de trabajo. Comentarios a la Ley de 21-11-31*, Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1932, pág. 124.

fin propuesto se cumpla y cuando regrese su subordinado se haya repuesto del desgaste que sufrió y tenga su capacidad para el trabajo recuperada» (312).

La claridad con que se impone tal razonamiento permite entender que el Convenio 132 de la OIT encargue a la normativa de cada país la regulación de «los casos en que una persona empleada ejerza durante sus vacaciones una actividad remunerada incompatible con la finalidad de dichas vacaciones» (art. 13). Tal remisión debe entenderse realizada actualmente al artículo 35 de la LCT, subsistente en los términos que ya se examinaron. Se trata de un precepto bien conocido tanto para la doctrina cuanto para la jurisprudencia, cuyo tenor literal comporta similar sanción para cualquier quebrantamiento del deber de no-trabajar, con independencia de su magnitud, solución de todo punto censurable (313).

El legislador extiende la prohibición tanto al trabajo realizado «para sí» cuanto al que se ejecute «para otros», y añade un dato que debe ser decisivo al respecto: el carácter lucrativo de la actividad (314). Por tanto, para quebrantar la prohibición de trabajar durante las vacaciones han de cumplirse dos datos fundamentales: que se trate de una prestación remunerada y que se aprecie su incompatibilidad con la vacación, dato que conduce a una valoración discrecional de cada conducta. Quizá no esté de más insistir en el hecho de que la sanción, al margen del juicio que merezca su proporcionalidad, ha de limitarse a la prevista por el legislador, sin que en ningún caso pueda considerarse como merecedora del despido, lo que equivaldría a «desorbitar el tratamiento legal de esta conducta»; cuestión distinta es que la ac-

(312) RUPRECHT, *El derecho a...*, cit., pág. 124.

(313) Por todos, véase SAMPEDRO GUILLAMÓN, *La prohibición ...*, cit., pág. 704. El artículo de la LCT, en su quinto párrafo establece que «si el trabajador, durante sus vacaciones retribuidas realizara para sí o para otros, trabajos que contraríen la finalidad del permiso, deberá reintegrar al empresario la remuneración percibida correspondiente a las vacaciones».

(314) SAMPEDRO GUILLAMÓN, *La prohibición...*, cit., pág. 705: «Así, ante trabajos ocasionales, o benévolos, o realizados con finalidad distinta a la de obtener una retribución por ellos... habrá que rechazar que ha habido infracción», cuya prueba habrá de corresponder, en todo caso, al empleador, *et ibidem* propone que se devuelva tan sólo la cantidad económica perteneciente a los días en que se contravino la obligación de descansar.

Desde una perspectiva teórica, se ha podido afirmar que «convendría analizar si la prohibición de trabajo es genérica, nacida del propio derecho al descanso, o simplemente una limitación a efectos concretos; o saber si la limitación juega tanto frente al trabajo por cuenta propia como al trabajo por cuenta ajena; o si juega tanto frente al trabajo retribuido como al no retribuido»; DE LA VILLA GIL, *Configuración jurídica...*, cit., pág. 95.

tuación del trabajador sea subsumible en otra causa de despido (315). En resumen, durante las vacaciones pueden realizarse las mismas actividades que mientras se presta efectivamente la actividad profesional (así, el pluriempleado, puede mantener su ocupación complementaria, al mismo nivel, durante el tiempo de descanso) y quedan prohibidas las conductas sancionables en igual situación (reducidas, lógicamente, a las que no se limiten a la prestación material de servicios).

Además del deber de observar el descanso, no es pensable que al trabajador se le impongan obligaciones adicionales, puesto que el mismo ha de poder utilizar su tiempo libre donde y como desee. Ahora bien, otra cosa distinta es que mantengan su vigor, puesto que el contrato de trabajo prosigue su vida, los deberes accesorios del trabajador, tales como el de no concurrencia, el de fidelidad o sigilo profesional, etc. (316). Esto explica la posibilidad, antes apuntada, de que la infracción del deber de no trabajar constituya, además de la trasgresión a la específica obligación vacacional, una causa para sanción mayor o, incluso, despido por competencia desleal, trasgresión de secretos, etc. (317).

14. INTERRUPCION DEL DESCANSO A REQUERIMIENTO DEL EMPRESARIO

Con anterioridad se atendió a la posible interrupción del período vacacional provocada por la concurrencia de una situación de índole subjetiva e incompatible con el disfrute de la vacación. Pero las posibles incidencias sobre la relación laboral del trabajador en vacaciones no finalizan ahí; en particular interesa reflexionar sobre la posibilidad de que el empleador requiera con carácter urgente al trabajador, y a fin de evitar graves perjuicios para que se reincorpore a su puesto de trabajo. El planteamiento del tema puede ser: ¿Qué derechos y deberes tienen las partes del contrato de trabajo

(315) Véase TCT de 10-V-79 (Rep. 3.013) relativa a un caso de competencia desleal; a esta sentencia pertenece el fragmento entrecomillado del texto principal.

(316) Véase AGRIA, *Proibição do trabalho remunerado durante as fêrias*, 2.º volumen del Tercer Congreso..., cit., pág. 881.

(317) Así, TCT de 12-II-73 (Rep. 697), para el trabajador que urge el disfrute de las vacaciones alegando la necesidad de tomar curas en un balneario y «luego se dedicó a otros trabajos por cuenta propia...», lo que implica la deslealtad para con su patrono» y justifica el despido por transgresión de la buena fe contractual; también TCT de 16-VI-78 (Rep. 3.793) que contempla un supuesto de competencia desleal y advierte que «el deber de reintegro de la remuneración de las vacaciones no es obstáculo a la calificación efectuada».

en el supuesto de que el empresario estime preciso solicitar la actividad de quienes se encuentran en vacaciones, con el fin de «prevenir o reparar siniestros u otros daños extraordinarios y urgentes»? (318).

Cuando se carece de norma sectorial que prevea el supuesto se plantea el problema de si el trabajador puede ser obligado o no a interrumpir su descanso. La doctrina viene entendiendo que el tema es discutible, y apuntaba hacia la obligación del trabajador de incorporarse al trabajo si el requerimiento se le realizaba una vez ya transcurrido el período vacacional establecido por el legislador con carácter mínimo (319). En la actualidad parece que el tema sigue siendo de solución dudosa; desde luego, el ET no ha resuelto estas cuestiones «de detalle», y una investigación en el texto constitucional encontraría argumentos favorables tanto a la imposibilidad de interrumpir el descanso (320) cuanto a la necesidad de proteger el patrimonio empresarial en peligro (321).

Más que brindar una respuesta dogmática a la cuestión (¿posee el empresario, entre sus facultades directivas, poder para dictar la orden de reincorporación al trabajo?), pueden ofrecerse algunos criterios o pautas de reflexión:

- Si el trabajador no se encuentra localizable, nada puede exigírsele, pues no ha hecho sino ejercer un derecho constitucional: disfrutar de sus vacaciones en lugar distinto al en que vive habitualmente.
- Si las tareas a realizar no son cualificadas, y no precisan de una formación o adiestramiento específico en el concreto puesto de trabajo a cubrir, tampoco debieran interrumpirse las vacaciones de un personal fácilmente sustituible por otro de carácter eventual.
- En fin, para los restantes supuestos no se vislumbra una solución incontestable, aunque si se defiende que los riesgos de la ILT sufrida

(318) La tipificación entrecomillada pertenece al artículo 35.3 del ET, que excluye el tiempo trabajado por tal motivo del cómputo para los topes máximos de horas extraordinarias; el artículo 64 de la LCT dispone que «pasajeramente, y por necesidad de prevenir grandes males inminentes o de remediar accidentes sufridos, deberá el trabajador prestar mayor trabajo u otro del acordado, a condición de indemnizarle».

(319), Véanse DE LA VILLA GIL, *Configuración jurídica...*, cit., pág. 116, y ALBIOL MONTESINOS, *El fraccionamiento...*, cit., pág. 768.

(320) Derecho a las vacaciones (art. 40.2), fuerza vinculante de los convenios si las vacaciones están recogidas en el (art. 37), libertad de residencia y circulación (art. 19), etc.

(321) Derecho a la propiedad privada (art. 33), a la libertad de empresa (art. 38), defensa de la productividad (art. 38), etc.

durante las vacaciones no deberían ser sufridos por el trabajador, quizá debiera defenderse, analógicamente, que no se obligue a correr al empresario con los perjuicios de situaciones de carácter excepcional advenidas durante las vacaciones.

15. SUPUESTOS ESPECIALES DE TRABAJADORES

A lo largo de los epígrafes precedentes se ha venido considerando lo que podría denominarse régimen general de las vacaciones periódicas. Diversos colectivos laborales, por su propia índole, precisan de un tratamiento individualizado en el tema vacacional. Seguidamente se indican los aspectos en los que mayor es la peculiaridad del régimen jurídico relativo al descanso de algunos trabajadores.

a) *Temporales*

Si bien la eventualidad es una situación jurídica ocasionalmente tenida en cuenta por el ordenamiento jurídico al objeto de repararle un trato específico, no sucede así en materia de vacaciones. Por tanto, aplicación de las previsiones generales para estos trabajadores: período de descanso retribuido proporcional al tiempo durante el que se presten los servicios dentro del año, que no podrá exceder de nueve meses (322), y que generalmente se traducirá, en la práctica, en una compensación a metálico (323).

(322) Véase RD 2.303/1980, de 17 de octubre, sobre aplicación del ET en materia de contratación temporal; en este sentido, ALONSO GARCÍA, *Curso...*, cit., página 440, «la eventualidad no hace perder el derecho al disfrute de las vacaciones retribuidas, sustituyéndose, en todo caso, si aquél no hubiera tenido lugar en el momento de cesar la relación, por la remuneración proporcional a los días —o proporción de éstos— devengados y no percibidos»; véase también MATÍA PRIM, *Descanso semanal...*, cit., pág. 385.

(323) Advirtiendo lo frecuente de esta solución, OJEDA AVILÉS, *Los trabajadores temporales (problemas jurídicos de eventuales, interinos y temporeros en Derecho español)*, Universidad de Sevilla, 1973, pág. 176, subraya la importancia de «delimitar cuidadosamente en el finiquito las partidas o conceptos componentes de la suma pagada, pues la retribución por vacaciones no disfrutadas constituye un derecho con causa propia, a distinguir de otros derechos»; TCT de 13-VI-77 (Rep. 3.393): «Aun cuando sea cierto que no es válido el pacto *a priori* de la compensación a metálico de las vacaciones, tal exigencia cede en los supuestos de trabajos eventuales». Como comprobación iuspositiva de que los trabajadores eventuales y temporeros mantienen, en principio, el derecho al disfrute de las vacaciones, y sólo cuando se observa que la pronta finalización de su relación profesional impide el disfrutarlas

Igual doctrina debe aplicarse a otras categorías de trabajadores temporales tales como las de interinos o fijos de carácter discontinuo, debiendo recalcar la observación de que será prácticamente excepcional el disfrute de la vacación propiamente dicha; lo normal es que se abone al trabajador el importe que debiera pagarse en tal concepto y se ponga, teóricamente, en sus manos la posibilidad de disfrutarlas cuando no se encuentre prestando sus servicios (324). El trabajo a tiempo parcial puede observar una mayor sujeción a la normativa común, pues en una relación estable no existe inconveniente para el disfrute de la vacación, con duración similar a la de los trabajadores de jornada completa, aunque reducida proporcionalmente su remuneración.

b) *Desempleados*

Por definición, cuando un trabajador se halla en situación de desempleo total no lleva a cabo ninguna actividad susceptible de originar un derecho al descanso, puesto que se habrá producido «la cesación completa en su actividad laboral» (325) y no puede tener vacaciones quien no desarrolla trabajo. Si acaso, podría pensarse en que al desempleado se le exonera, durante algún tiempo, del deber de responder inmediatamente al ofrecimiento de un empleo, o del de acudir a los cursos de formación o promoción profesional (326). Pero este ya es otro tema, y excede a los límites del presente estudio.

Sin embargo, en los casos de desempleo parcial, aunque disminuida en extensión la relación sinalagmática entre empresario y trabajador, prosigue el intercambio de trabajo por salario y se origina un proporcional derecho al disfrute de vacaciones. Debe admitirse la posibilidad de que concurra el descanso pagado por el empresario, en correlación al tiempo que se viniere

se acude a la compensación económica, véase los Decretos de salarios mínimos que prevén el abono, junto con el mismo, de las partes prorrateadas de «los domingos y días festivos y de las dos gratificaciones extraordinarias a que como mínimo tiene derecho todo trabajador» (art. 6.º del Decreto 1.257/80, de 6 de junio), pero no de las vacaciones.

(324) Un planteamiento conceptual de la cuestión, luego conectado con su legislación positiva, en MONTENEGRO BACA, *La legislación peruana y el goce vacacional en los trabajos intermitentes*, 2.º vol. del Tercer Congreso, cit., pág. 648.

(325) Artículo 18.a) de la Ley de 8 de octubre de 1980, *Básica de Empleo*.

(326) Véase artículo 22 de la Ley Básica de Empleo; lo que se propone es que durante cierto tiempo, el trabajador en desempleo pudiera ausentarse de su domicilio, sin temor a que quede sin respuesta una oferta de trabajo y de ahí se deriven las consecuencias propias de quien la rechaza, como la práctica demuestra.

trabajando, con la prestación por desempleo también cuantificada «en proporción a la reducción de trabajo» (327). Así, pues, quienes perciben prestaciones por desempleo parcial conservan su derecho a las mismas durante las vacaciones, que serán retribuidas justamente «con la distribución que empresa y seguro deben abonar al personal asalariado en paro parcial» (328).

c) *A domicilio*

En principio, el que la prestación laboral se realice «sin vigilancia del empresario» (art. 13.1 ET) disminuye la responsabilidad de éste en orden a asegurar el efectivo disfrute del descanso por parte del asalariado. Ahora bien, no existe motivo legal alguno para pensar que la situación jurídica referente a vacaciones de estos trabajadores sea diversa, de modo tal que habrá de resultar configuradora de un *status* «igual al de un trabajador de categoría profesional equivalente en el sector económico de que se trate» (329).

Por consiguiente, debe defenderse la aplicación del régimen general a este tipo de trabajo, con las peculiaridades que pueden existir sobre el modo de fijación de su época de disfrute, calendario, etc. Interesa recalcar el hecho de que el empresario venga obligado a abonar el importe correspondiente de la duración vacacional a la que se tenga derecho sin exigir una prestación laboral inmediatamente correlativa, aunque todo ello no puede hacer olvidar, por descontado, las enormes dificultades prácticas con que tropezaría la aplicación práctica de las normas (330).

(327) Artículo 20 de la Ley Básica de Empleo.

(328) TCT de 24-IX-79 (Rep. 5.080), donde también se afirma que «no es convincente la observación de que, según el concepto legislativo de desempleo, ésta es la situación en que se encuentran 'quienes pudiendo y queriendo trabajar...'; deduciéndose que como en el periodo de vacaciones los trabajadores no pueden trabajar tampoco hay desempleo; y no es admisible el argumento porque entraña un razonamiento artificioso frente a la llana interpretación... y la correcta consideración de la naturaleza jurídica de las vacaciones anuales retribuidas».

(329) Dicción del artículo 13.3 del ET, aunque viene referida en el texto legal únicamente al abono de conceptos salariales.

(330) Véase DE LA VILLA GIL, *Contrato de trabajo a domicilio*, en el colectivo *Catorce lecciones sobre contratos especiales de trabajo*, Universidad de Madrid, 1965, pág. 276: «Tampoco son muy efectivos los derechos relativos al tiempo de trabajo...».

El mismo autor, en *El trabajo a domicilio*, ed. Aranzadi, 1966, págs. 327 y 328, explica cómo las normas sectoriales suelen contener reglas dirigidas a precisar la forma en que las vacaciones han de ser abonadas: generalmente el 2 por 100 (o 2,5 por 100) del total de las cantidades percibidas por el trabajador o grupo de traba-

d) *Del mar*

Las mismas características del trabajo prestado a bordo de los buques de navegación marítima justifican el tratamiento específico que lo concierne a sus períodos vacacionales recibe, estableciéndose notorias diferencias respecto del régimen general en aspectos tales como duración (mucho mayor), superposición a otros períodos (mayores garantías para que ello no ocurra tanto con situaciones subjetivas como las derivadas de los viajes, días de espera en puertos, etc.), posible interrupción de las vacaciones a instancias del empleador (contemplada en las normas profesionales y admitida para casos de urgencia o necesidad), situaciones que se asimilan, al objeto de generar el derecho a vacaciones, al embarco (desplazamientos, días en puertos, etc.), cómputo de las jornadas vacacionales (determinación precisa del comienzo, garantías especiales para que sólo se cuenten como vacación, los días en que el trabajador se encuentra en su domicilio), etc.

Esta específica normativa, para cuya interpretación son válidos los restantes conceptos examinados con carácter general, se encuentra contenida tanto en prescripciones de tipo internacional (331), como reglamentarias (332) o colectivas (333).

e) *Relaciones diversas*

Según ya se dijo, el trabajador que simultanea varias ocupaciones verá disciplinado su derecho a vacaciones en cada una de ellas según la normativa en cada caso aplicable. Si el pluriempleo ha sido sucesivo, esto es, si a lo largo del año se ha trabajado para más de un empresario, es muy probable que, si se encadenan las ocupaciones, el trabajador perciba al final de cada una de ellas el importe metálico correspondiente a la parte proporcional de vacaciones que se haya devengado, pero sin que llegue a disfrutar de modo

jadores durante un año. Conviene saber que en el ordenamiento francés se dispone que «les donneurs d'ouvrage, lors du règlement des prix de façon, ajouteront, avant les retenues de sécurité sociale, un complément, actuellement de 8 par 100... sur la rémunération brute, déduction faite des seuls frais d'atelier engagés pendant le travail», como explican BRUN y GALLAND, *Droit du travail*, cit., pág. 633.

(331) Convenio núm. 146 de la OIT sobre vacaciones anuales pagadas (ratificado por España el 16-II-79 y en BOE 20-III-80), que viene a llenar el vacío producido por el artículo 2.1 del Convenio 132, donde se dispone la aplicación del mismo a todas las personas empleadas por cuenta ajena, con la excepción de la gente de mar.

(332) Véase Decreto 2.079/1978, de 16 de septiembre.

(333) Véanse Convenios núms. 5, 7, 9, 26, 35, 36 y 57.

efectivo el descanso. Algunas propuestas doctrinales se han pronunciado en favor de la constitución de un fondo interempresarial para que las vacaciones fueran abonadas de una sola vez y disfrutadas, pero aún reconociendo lo plausible de tal idea, su aplicación práctica no parece ni probable ni sencilla (334).

La del personal civil no funcionario dependiente de establecimientos militares es una relación laboral que viene caracterizada por el legislador como especial (ET Disp. final 7.^a); en materia vacacional las especialidades se cifran en el establecimiento de una duración general, otra para cada uno de los sectores en caso de fraccionamiento, una época de disfrute preferente y poco más (335).

También especial es la relación derivada de la prestación laboral llevada a cabo por «los penados en instituciones penitenciarias» (ET 2.1.c), a los que se garantiza una jornada máxima nunca superior a la legal y el derecho al descanso semanal, pero sin que el legislador haya hecho previsión alguna por cuanto concierne a su derecho a vacaciones (336).

(334) La recomendación núm. 47 de la OIT, artículo 3.º afirma que «el hecho de haber trabajado durante un año al servicio de un mismo empleador o de varios debería dar derecho a vacaciones. Cada Gobierno debería tomar medidas eficaces para que las cargas que resulten de la concesión de vacaciones no tengan que ser soportadas únicamente por el último empleador».

Téngase presente que, por ejemplo, la legislación francesa aplica este sistema, que modifica notoriamente la naturaleza del instituto vacacional y lo aproxima a las técnicas propias de la seguridad social, a ciertas actividades caracterizadas por su estacionalidad; véase RIVERO y SAVATIER, *Droit du travail*, cit., pág. 452.

(335) Véase el artículo 37 del RD 2.205/1980, de 13 de junio, en BOE 18-X-80, que regula este trabajo.

(336) Artículo 33.1 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, en BOE 5-X-79. Sobre el tema, cfr. las interesantes reflexiones de GARCÍA VALDÉS y otros: *El trabajo penitenciario en España*, 1979, pág. 80. No debiera extrañar una regulación más detallada y aproximada a la general de la cuestión: a ella se refiere el artículo 72 de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, de la ONU (1955) y el artículo 73 de las del Consejo de Europa (1973), siendo particularmente destacable la previsión contenida en el artículo 42 de la Ley Penitenciaria alemana de 16-III-76, en el cual bajo la rúbrica «exención del deber de trabajar», se establece que «si el recluso ha desempeñado a lo largo de un año la actividad que se le asignó, podrá pretender que se le exima del deber de trabajar por dieciocho días laborales. El tiempo durante el que el recluso viera limitado su rendimiento laboral como consecuencia de una enfermedad, se computará a los efectos del año con el límite de hasta seis semanas... El recluso continuará percibiendo durante el tiempo de la exención el sueldo que se le hubiese pagado por última vez».

Para la situación que surja tras la aprobación de la normativa particular de cada

Para el resto de supuestos especiales (ET art. 2.1), hay que aguardar la específica normativa sobre cada uno de ellos (ET disp. adicional 2.ª) y aplicar, mientras, la situación actual. No obstante ello, conviene precisar que todas estas relaciones pueden ser objeto de regulación a través del resto de fuentes laborales, señaladamente de la negociación colectiva, y que no parece que la «especialidad» pueda suponer una minoración de los derechos vacacionales, solución ilegal por opuesta tanto al ordenamiento interno cuanto a las normas internacionales ratificadas por España (337). Por si existiera alguna duda, el propio legislador ha dejado sentado que «la regulación de dichas relaciones laborales respetará los derechos básicos reconocidos por la Constitución» (ET 2.2), entre los cuales se encuentra, conforme a los términos ya conocidos, el de vacaciones periódicas retribuidas.

una de las relaciones laborales de carácter especial, siguen siendo válidas las consideraciones, realizadas al hilo de lo dispuesto en la LRL, por FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, *En torno a la significación de las relaciones laborales de carácter especial*, en *Leciones de Derecho del Trabajo en homenaje a los profesores Bayón Chacón y Del Peso y Calvo*, Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, 1980, págs. 124-125.

(337) Al menos, en temas como el de la duración, en los que el sentido de la preceptiva es claro; conviene tener presente que el artículo 2.2 del Convenio 132 OIT permite a las autoridades nacionales excluir su aplicación a «categorías limitadas de personas empleadas cuando se presenten problemas especiales de importancia, en relación con la aplicación o con cuestiones de orden constitucional o legislativo»; no parece arriesgado pensar que esta salvedad podría invocarse para alguno de estos supuestos.

En el preciso instante de cerrar este trabajo, se tiene conocimiento de la publicación en el BOE de 6 de marzo de 1981 del RD 318/1981, que dicta las esperadas normas reguladoras de la relación laboral especial de los deportistas profesionales, cuyo preámbulo se refiere expresamente a la necesidad de respetar «los derechos básicos reconocidos por la Constitución», y deja a salvo, también de modo explícito, «un amplio campo de actuación a la autonomía de la voluntad de las partes, bien por la vía del pacto colectivo, bien por la del pacto individual».

Pese a que el Real Decreto tan sólo persigue abordar «aquellos aspectos más sobresalientes, en sus cuestiones fundamentales», y a posibilitar el funcionamiento de la autonomía de las partes, en materia de vacaciones, no sólo se respeta el derecho que a tal descanso establece la Constitución, y los límites temporales fijados en el Convenio núm. 132 OIT, y artículo 38 ET, sino que el artículo 6.º del tan citado Real Decreto ha dispuesto que «el deportista profesional tiene derecho a unas vacaciones anuales retribuidas de treinta días naturales». Del resto de los temas que conciernen a la problemática vacacional, únicamente se alude a dos: época de disfrute y posible fraccionamiento, para realizar una remisión a lo que se acuerde «en pacto colectivo o individual».

16. LA PRESCRIPCIÓN DEL DERECHO

Es tradicional en nuestro ordenamiento (LCT, LRL) el silenciar la regulación del tema concerniente al plazo para reclamar jurisdiccionalmente el disfrute de las vacaciones, sin que ello se haya traducido en su sometimiento al régimen general, pues sabido es que las vacaciones son anuales, y en desarrollo de tal concepto la jurisprudencia ha venido entendiendo, sin vacilación alguna, que la referencia al carácter «anual» de las vacaciones debe ser aplicada de modo tal que impida su señalamiento una vez finalizado el año al que se refieren. Adicionalmente, de la no compensabilidad predicada para las vacaciones se ha hecho derivar la imposibilidad de su traducción a metálico una vez finalizado el año al que se refieren (338).

Sobre esta situación consolidada ha venido a recaer el precepto conforme al cual si se ejercita una acción judicial para exigir «el cumplimiento de obligaciones de tracto único, que no puedan tener lugar después de extinguido el contrato, el plazo de un año se computará desde el día en que la acción pudiera ejercitarse» (339). Interpretando tal norma desde la atalaya de la intra-anualidad que se ha defendido, lo que quiere decirse es que se pierde todo derecho a disfrutar las vacaciones si la demanda no es presentada antes del 31 de diciembre, puesto que, formalmente, el primer día en que puede solicitarse la fijación del período en que se disfrutarán las vacaciones, es el que encabeza el período anual: «La acción del trabajador para reclamar las vacaciones no disfrutadas, dado el carácter incompensable de las mismas, prescribe dentro del año natural, independientemente del inicio del cómputo del plazo prescriptorio» (340).

A este respecto, es firme la posición jurisprudencial que, a partir de la esencia del instituto vacacional, de la prohibición de acumular los descansos de uno para otro año y de la imposibilidad de compensarlos a metálico, estima que «caduca irremisiblemente cada año el derecho a las que no se hayan disfrutado, y si caduca el derecho a las vacaciones anuales al terminar el año, no existe razón para traducir a metálico un derecho extinguido por caduci-

(338) Véanse DE LA VILLA GIL, *Prohibición de acumular...*, cit., pág. 672; GARCÍA NINET, *La prohibición de compensar...*, cit., pág. 695: si la demanda se presentó antes de concluir el año y el proceso se retrasa, aún deberá concederse la vacación, pese a entrar en el año siguiente; ALONSO OLEA, *Derecho del Trabajo*, cit., pág. 185: «quizá sea ésta la compulsión más fuerte para su disfrute».

(339) Artículo 59.2 ET.

(340) SALA FRANCO. comentario en *El Estatuto de los Trabajadores...*, de Albiol y otros, cit., pág. 456.

dad», por muy justificadas que fueran las causas que impidieron su disfrute en el momento oportuno (341).

Por tanto, si no se llega a un efectivo acuerdo con el empresario, o las previsiones al respecto no se traducen en un efectivo descanso, lo que debe hacerse es accionar el derecho con antelación al cumplimiento del plazo señalado; lo contrario supone perder toda posibilidad de exigir la vacación. También se comprende que, si se aguarda, como es usual y lógico, a los últimos meses del año para interponer la demanda por vacaciones, la duración del procedimiento judicial, y la propia de las vacaciones pueden situar dentro del año siguiente las jornadas en que, a virtud del pronunciamiento jurisdiccional, se haya de vacar (342).

No obstante los términos del ET nivelando los plazos para reclamación de cantidad económica y de cumplimiento de las obligaciones de tracto único que no puedan tener lugar después de extinguido el contrato de trabajo, la posibilidad de que esa equiparación sea alterada, y la evidencia de que las reclamaciones en materia vacacional no se limitan a la solicitud de que se fijen las no disfrutadas, refuerzan la conveniencia de realizar en este punto una importante precisión conceptual:

1.º Ciertamente es que la normativa legal y su propia esencia conceptual imponen el disfrute de las vacaciones dentro del año al que correspondan, prohibiéndose la acumulación del derecho, por lo que esa falta de disfrute anual produce su pérdida; pero no debiera, como se hace en ocasiones, extenderse idéntico criterio a la reclamación de diferencias salariales.

Por utilizar los términos de una muy esclarecedora sentencia, la regulación legal apuntada «no puede conducir a entender que los preceptos sustantivos... sancionen un plazo especial de prescripción, distinto del... general, y que a aquél quede sometido no solamente el derecho al disfrute de la vaca-

(341) TCT de 6-III-80 (Rep. 1.940), donde se explica también que «no tienen derecho los trabajadores a que les sea compensado económicamente el período de vacación que no puedan disfrutar durante el año por impedirse la enfermedad».

(342) Véase epígrafe 9.d). La jurisprudencia es nítida al respecto, entendiéndose que «al no aparecer solicitado su disfrute en momento oportuno... (los trabajadores) carecen de derecho a su compensación en metálico», aun cuando hubiere finalizado ya la relación laboral», en TCT de 22-IV-74 (Rep. 1.819). El tema no suele abordarse en la negociación colectiva; de modo esporádico, los interlocutores sociales han intentado aclarar la cuestión al prever que «el derecho a las vacaciones no disfrutadas al último día del período anual que se toma como de referencia para devengar aquél (30 de septiembre), prescribirá para el trabajador», aunque «si la empresa aceptó que el disfrute sobrepasase dicha fecha, podrá disfrutarse hasta el límite de tres meses después (31 de diciembre)», según artículo 154 del Convenio núm. 77.

ción, sino el del importe de diferencias económicas por haber sido remuneradas con exclusión de un determinado concepto supuestamente computable» (343), o con cualquier otro defecto.

2.º Por cuanto se refiere a los efectos prescriptivos, no existe un derecho unitario a las vacaciones, del mismo modo que tampoco es unidimensional la acción jurisdiccional en tal materia, puesto que debe distinguirse entre el derecho al disfrute de la vacación (no acumulable: cada descanso se disfruta dentro de su año) y la forma de su remuneración (como un concepto económico de tipo salarial). «Así como, para el disfrute, la conclusión del año supone la pérdida del derecho, la prescripción del derecho a su remuneración correcta se iniciará cuando aquél pueda ser ejercitado, esto es, cuando la empresa no cumpla su obligación de remunerar o haya abonado una insuficiente cantidad, que puede serlo después del año de disfrute, y a partir de ese momento se computará el plazo» (344).

ANTONIO-VICENTE SEMPERE NAVARRO

BIBLIOGRAFIA

Se relacionan seguidamente, por orden alfabético de sus autores, las referencias bibliográficas que se citan a lo largo del ensayo, al tiempo que se reitera la advertencia formulada en la nota 2.

- AGRIA, Blanca: *Proibição do trabalho remunerado durante as férias*, en el 2.º volumen recogiendo las ponencias del Tercer Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo, Sevilla, 1970.
- AKEHURST, Michael: *Introducción al Derecho internacional*. Traducción y notas de M. Medina Ortega, Alianza Universidad, núm. 34, Madrid, 1972.
- ALBIOL y otros: *El Estatuto de los Trabajadores. Comentarios a la Ley 8/1980, de 10 de marzo*, Edersa, Madrid, 1981.
- ALBIOL MONTESINOS, Ignacio: *El fraccionamiento de las vacaciones en el Derecho español del trabajo*, en el 2.º vol. del Tercer Congreso..., cit.
- ALONSO GARCÍA, Manuel: *Curso de Derecho del Trabajo*, 6.ª ed., actualizada, Ariel, Barcelona, 1980.
- ALONSO OLEA, Manuel: *Derechos irrenunciables y principio de congruencia*, Anuario de Derecho Civil, tomo XV, 1962.
- *El Estatuto de los Trabajadores. Texto y comentario breve*. Civitas, Madrid, 1980.
- *Derecho del Trabajo*, 6.ª ed., renovada, Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, 1980.
- BAYÓN CHACÓN, Gaspar, y PÉREZ BOTIJA, Eugenio: *Manual de Derecho del Trabajo*,

(343) TCT de 4-III-80 (Rep. 1.319).

(344) También en este caso la doctrina expuesta entre comillas, que se comparte, pertenece a la sentencia citada en nota anterior que, no obstante referirse a las normas vigentes con anterioridad a la entrada en vigor del ET, se reputa plenamente válida.

- 11.ª ed., revisada y puesta al día por F. Valdés Dal-Re, Libros Jurídicos Marcial Pons, Madrid, 1977.
- BRUN, André, y GALLAND, Henri: *Droit du travail*, tomo I, Sirey, París, 1980.
- CAMERLYNCK y LYON-CAEN: *Droit du travail*, 10.ª ed., París, 1980.
- COMISIONES OBRERAS: *El Estatuto de los Trabajadores. Comentarios de apoyo sindical*, Madrid, 1980.
- DURÁN LÓPEZ y otros: *Legislación laboral y de Seguridad Social*, 4.ª ed., Sevilla, 1980.
- DORANTES REYNOSO, Gonzalo: *El descanso anual; su regulación legal y convencional*, 2.º vol. del Tercer Congreso..., cit.
- FEBRES CORDERO, Carlos L.: *Las vacaciones anuales remuneradas*, ibid.
- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Víctor: *En torno a la significación de las relaciones laborales de carácter especial*, en el libro de *Lecciones de Derecho del Trabajo en homenaje a los profesores Bayón Chacón y Del Peso y Calvo*, Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, 1980.
- FERREIRA PRUNES, José L.: *Notas sobre o atual sistema de fêrias no Direito brasileiro do trabalho*, en el 2.º vol. del Tercero Congreso..., cit.
- GALIANA MORENO, Jesús M.: *El contrato de trabajo en el Derecho inglés*, Bosch, Barcelona, 1978.
- *La vigencia en España de los Tratados internacionales de carácter laboral*, en RPS, núm. 121, 1979.
- GALLART y FOLCH, Alejandro: *Derecho español del trabajo*, Labor, Barcelona, 1936.
- GARCÍA NINET, Ignacio: *La prohibición de compensar a metálico las vacaciones*, en el 2.º vol. del Tercer Congreso..., cit.
- *Retribución del descanso dominical y de las vacaciones*, en el libro colectivo *Estudios sobre ordenación del salario*, Universidad de Valencia, 1976.
- GARCÍA VALDÉS y otros: *El trabajo penitenciario en España*, Imp. Talleres Penitenciarios, Madrid, 1979.
- GOMES CHIARELLI, Carlos A.: *Direito a fêrias e a confêrencia da OIT de 1970*, en el 2.º vol. Tercer Congreso..., cit.
- GUIDOTTI, Franco: *La retribuzione nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milán, 1956.
- HINOJOSA FERRER, Juan: *El contrato de trabajo. Comentarios a la Ley de 21 de noviembre de 1931*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1932.
- KURCZYN DE STEPHAN, Patricia: *El derecho a las vacaciones y su regulación en el Derecho mexicano del trabajo*, en el 2.º vol. del Tercer Congreso..., cit.
- LYON-CAEN y THILLHELT-PRETNAR: *Manuel de Droit Social*, L. G. D. J., París, 1980.
- MARTÍN VALVERDE, Antonio: *Las líneas de evolución del derecho a vacaciones*, en RPS, núm. 83, 1969.
- *Naturaleza jurídica de la retribución de las vacaciones*, en «Rev Facum», números 31-32, 1968.
- MATÍA PRIM, Javier: *Descanso semanal y anual. Permisos*, en el colectivo *Diecisiete lecciones sobre la Ley de Relaciones Laborales*, Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, 1977.
- MONTENEGRO BACA, José: *La legislación peruana y el goce vacacional en los trabajos intermitentes*, en el 2.º vol. del Tercer Congreso..., cit.
- MONTOYA MELGAR, Alfredo: *Derecho del Trabajo*, 3.ª ed., Tecnos, Madrid, 1979.
- *Ejercicio y garantía de los derechos fundamentales en materia laboral*, en RPS, núm. 121, Madrid, 1979.

- MUT REMOLA, Enrique: *Noticia histórica sobre la vacación anual retribuida*, en el 2.º vol. del Tercer Congreso..., cit.
- OCDE: *L'aménagement du temps de travail* (Rapport final. Conférence Internationale 1972), París, 1973.
- OJEDA AVILÉS, Antonio: *La renuncia de derechos del trabajador*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1971.
- *Los trabajadores temporales (problemas jurídicos de eventuales, interinos y temporeros en Derecho español)*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1973.
- PENA DO AMARAL, Branca: *O subsidio de férias*, en el 2.º vol. del Tercer Congreso..., citado.
- PÉREZ BOTIJA, Eugenio: *El contrato de trabajo*, 2.ª ed., Publicaciones de la Revista de Derecho del Trabajo, Tecnos, Madrid, 1954.
- PÉREZ SERRANO, José: *El descanso anual obligatorio*, en REP-SPS, núm. 3, 1945.
- PRADOS DE REYES, F. Javier: *Renuncia y transacción de derechos en el Estatuto de los Trabajadores*, en RPS, núm. 127, 1980.
- RAYÓN SUÁREZ, Enrique: *Las interrupciones no periódicas de la prestación laboral*, Servicio de Publicaciones del Ministerio de Trabajo, 1975.
- RICARDO MIROLO, René: *Las vacaciones en la legislación argentina*, en el 2.º vol. del Tercer Congreso..., cit.
- RIVERO y SAVATIER: *Droit du Travail*, Presses Universitaires de France, París, 1978.
- ROA RICO y SOMALO GIMÉNEZ: *La función de los jueces en el Estatuto de los Trabajadores*, en el libro *Jornadas de Estudio de los magistrados de Trabajo sobre el Estatuto de los Trabajadores*, IES, Madrid, 1980.
- RODRÍGUEZ SAÑUDO, Fermín: *Interrupciones de la actividad de la empresa y derecho al salario*, en «Anales de la Universidad Hispalense, Derecho», núm. 23, 1975.
- RUPRECHT, Alfredo: *El derecho a vacaciones: su regulación legal y convencional*, en el 2.º vol. del Tercer Congreso..., cit.
- SAMPEDRO GUILLAMÓN, Vicente: *La prohibición del trabajo durante el período vacacional*, en el 2.º vol. del Tercer Congreso..., cit.
- SÁNCHEZ PÉREZ, Pedro: *El derecho a vacaciones: su regulación legal y convencional*, en el 2.º vol. del Tercer Congreso..., cit.
- SANTORO PASSARELLI: *Nociones de Derecho del Trabajo*, traducción de la 14.ª ed. italiana por F. Suárez González, IEP, Madrid, 1963.
- SUÁREZ GONZÁLEZ, Fernando: *Las nuevas relaciones laborales y el Estatuto de los Trabajadores*, Pirámide-Círculo de Empresarios, Madrid, 1980.
- TABARINI-CASTELLANI CASTRILLO, Luis: *El carácter mínimo del período de vacaciones*, en el 2.º vol. del Tercer Congreso..., cit.
- TRUYOL SERRA, Antonio: *Los derechos humanos*, Tecnos, Madrid, 1974.
- VIDA SORIA, José: *La suspensión del contrato de trabajo*, IEP, Madrid, 1965.
- VILLA GIL, Luis Enrique de la: *Contrato de trabajo a domicilio*, en el libro *Catorce lecciones sobre contratos especiales de trabajo*, Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, 1966.
- *El trabajo a domicilio*, Aranzadi, Pamplona, 1966.
- *Configuración jurídica de las vacaciones anuales retribuidas*, en RPS, núm. 81, 1969.
- *Prohibición de acumular el descanso por vacaciones retribuidas en períodos anuales sucesivos*, en el 2.º vol. del Tercer Congreso..., cit.