

EL IMPACTO DE LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA EN LA REGULACIÓN SOBRE VACACIONES

JUAN GORELLI HERNÁNDEZ

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Huelva

EXTRACTO

Palabras clave: derecho a vacaciones, jurisprudencia comunitaria

En el presente trabajo se analiza la jurisprudencia del TJCE y del TJUE en materia de vacaciones desde el comienzo del Siglo XXI. Se constata la existencia de una fuerte línea jurisprudencial, y se identifican las sentencias que se han producido a lo largo de este período de tiempo. Se comprueba cómo, ciertamente, la jurisprudencia comunitaria ha sido más potente que la nacional a la hora de tutelar el derecho de los trabajadores al disfrute efectivo de las vacaciones. Dado que esta jurisprudencia interpreta lo dispuesto por el art. 7 de la actual Directiva 2003/88/CE, su incidencia sobre el sistema jurídico español es evidente. Las principales líneas jurisprudenciales donde hay una incidencia directa de la jurisprudencia comunitaria se refieren a la coincidencia entre las vacaciones y las situaciones de maternidad y de incapacidad temporal. Se analiza como la jurisprudencia comunitaria ha obligado a alterar la jurisprudencia nacional en aspectos sustanciales, llegando a requerir de la intervención del legislador. El siguiente ámbito donde estimamos que chocan nuevamente la jurisprudencia comunitaria y la nacional es en la concreción del salario de vacaciones, pues entendemos que la perspectiva jurisprudencial nacional no es conforme a la obligación de abonar el salario “ordinario o normal” al que se refiere la jurisprudencia comunitaria.

ABSTRACT

Key words: right to holidays, community jurisprudence

In this paper the ECJ about the right to holidays, from the beginning of XXI century, is analyzed. The existence of a line of cases is observed, and the sentences that have occurred over this period are identified. It is verified that, indeed, the Community judicature has been more powerful than national at the time of defending the right of workers to effective enjoyment of the holiday. As this jurisprudence interprets art. 7 of the current Directive 2003/88/EC, its impact on the Spanish legal system is obvious. The main lines of jurisprudence where there is a direct effect of Community law relating to the overlap between the holidays and situations of maternity and temporary disability. Community case law has forced changes to national jurisprudence on key issues, come to require the intervention of Parliament which amended the legal regulation. The next area where we estimate that clash Community law and national again is in vacation pay, because we understand that national jurisprudential perspective is not under the obligation to pay the “normal ordinary or” salary which Community law concerns.

ÍNDICE

1. CON CARÁCTER PREVIO: LA REDUCIDA REGULACIÓN NACIONAL SOBRE VACACIONES Y LA NECESARIA INTERVENCIÓN JURISPRUDENCIAL.
2. EL DERECHO A LAS VACACIONES COMO PRINCIPIO DE DERECHO SOCIAL QUE NO DEBE SER INTERPRETADO DE MANERA RESTRICTIVA.
3. COINCIDENCIA ENTRE VACACIONES Y MATERNIDAD.
4. COINCIDENCIA ENTRE VACACIONES E INCAPACIDAD TEMPORAL.
5. POSIBLE NUEVA INCIDENCIA DE LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA: LA RETRIBUCIÓN DE LAS VACACIONES.
6. OTRAS LÍNEAS JURISPRUDENCIALES.

1. CON CARÁCTER PREVIO: LA REDUCIDA REGULACIÓN NACIONAL SOBRE VACACIONES Y LA NECESARIA INTERVENCIÓN JURISPRUDENCIAL

El ordenamiento estatutario ha tenido un importante problema en materia de vacaciones: su parquedad¹. Si bien es cierto que la propia Constitución reconoce en su art. 40 que uno de los principios rectores de la política social y económica que los poderes públicos consiste en garantizar “el descanso necesario, mediante la limitación de la jornada laboral, las vacaciones periódicas retribuidas (...)”; lo cierto es que el desarrollo legal no ha sido precisamente extenso, dedicándole el ET tan sólo su art. 38. Si obviamos las sucesivas modificaciones del apartado 3º del art. 38.

Dicho precepto establece el reconocimiento del derecho a las vacaciones anuales, “retribuidas, no sustituible por compensación económica”, cuya duración no puede ser inferior a 30 días naturales. De otro lado se afirma que el momento de disfrute se fijará de común acuerdo entre empresario y trabajador, de conformidad a las reglas que sobre planificación anual de las vacaciones se

¹ La opinión doctrinal de que nuestra regulación nacional es excesivamente escueta, es prácticamente unánime, habiéndose manifestado ampliamente: así Arroyo González, M.: “La retribución en el período de vacaciones: criterios jurisprudenciales”, *Actualidad Laboral* nº 26 de 1991, página 325; Bejarano Hernández, A.: “El derecho a las vacaciones anuales retribuidas”, Comares, Granada 2002, páginas 6 y 7; Ezquerro Escudero, L.: *Tiempo de trabajo: duración, ordenación y distribución*, Atelier, Barcelona 2006, página 313; Fernández Santacruz, C.: “Los plazos para la reclamación del derecho a vacaciones”, *Relaciones Laborales* nº 20 de 1989, página 194; García-Perrote Escartín, I.: “Sobre el derecho de vacaciones”, *Revista Española de Derecho del Trabajo* nº 100 (2000), página 813; Vicente Paches, F. y Miñarro Yanini, M.: “Vacaciones anuales (art. 38 ET)”, en AA.VV., dirigidos por J.I. García Ninet, Salario y tiempo de trabajo en el Estatuto de los Trabajadores (De 1980 a 2005), CEF, Madrid 2005, página 495; Gorelli Hernández, J.: *El derecho al disfrute efectivo de las vacaciones*, Tecnos, Madrid 2014, página 27.

establezcan en convenio colectivo, debiendo acudirse en caso de desacuerdo a la jurisdicción competente (la social) para concretar las fechas de disfrute. Será necesario que se fije en cada empresa el calendario de vacaciones para que cada trabajador pueda conocer las fechas que le corresponden con dos meses de antelación al inicio de su disfrute. A esta regulación se añade lo establecido en el apartado 3º, que ha sido sucesivamente modificado (primero por la Ley Orgánica 3/2007, y, posteriormente por la Ley 3/2012) y que se dedica a regular la coincidencia de las vacaciones con procesos de maternidad o de incapacidad temporal y tienen bastante que ver con la actuación jurisprudencial comunitaria². Ciertamente esta regulación hace referencia a cuestiones fundamentales como el carácter periódico de las vacaciones o que es necesaria la retribución de las mismas; pero no agota los múltiples problemas que pueden plantearse en este ámbito.

Tal como ha señalado la doctrina laboral, esta regulación, por su parquedad, queda bastante lejos de resolver todos los problemas relativos al régimen jurídico de las vacaciones³. De otro lado, la negociación colectiva tampoco ha sido capaz de resolver todos los problemas que pueden plantearse, pues si bien tiene un gran papel en la regulación sobre vacaciones, la falta de referencias legales ha hecho que existan dudas relevantes sobre el contenido y alcance del derecho de los trabajadores. Es por ello que en nuestro país ha tenido especial importancia las interpretaciones jurisprudenciales en el ámbito de las vacaciones. Los ejemplos son múltiples: la compatibilidad de los períodos de vacaciones con el disfrute de prestaciones de incapacidad temporal o de maternidad; la retribución de las vacaciones, admitiéndose por nuestra jurisprudencia la posibilidad de que la negociación colectiva establezca un salario de vacaciones inferior al salario normal o medio percibido en periodos de trabajo; la compensación económica de las vacaciones en caso de extinción del contrato antes del disfrute de las mismas; la posibilidad o no de trabajar en otra actividad laboral durante el disfrute de las vacaciones; la duración de las vacaciones en caso de trabajo a tiempo parcial; y un largo etc.

² En este sentido Gorelli Hernández, J.: “El derecho a las vacaciones anuales retribuidas y su coincidencia con la incapacidad temporal: de la jurisprudencia comunitaria a la nueva regulación estatutaria”, *Relaciones Laborales* nº 1 de 2014, página 20.

³ En este sentido Matia Prim, J.: “Vacaciones anuales”, en AA.VV., dirigidos por Efrén Borrajo Dacruz, *Comentarios a las Leyes Laborales*, Tomo VII, EDERSA, Madrid, 192, página 399; también Argüelles Blanco, A.R.: “La regulación del derecho a vacaciones: ¿una redefinición del papel del convenio 132 de la OIT?”, *Actualidad Laboral* nº 41 de 1998, página 774; Bejarano Hernández, A.: *El derecho a las vacaciones anuales retribuidas*, Comares, Granada 2002, página 10.

La parquedad de la normativa nacional ha hecho que se acuda frecuentemente al Convenio nº 132 OIT con el objetivo de intentar suplir las lagunas existentes, habiendo llegado a adquirir una enorme importancia dentro de nuestra regulación sobre tiempo de trabajo. Sin embargo, la tradicional consideración de la jurisprudencia española de que los Convenios OIT rara vez tienen carácter auto ejecutivos, ha limitado la eficacia de esta regulación de carácter internacional y la extensión de importantes elementos normativos a la regulación nacional.

También el ordenamiento UE ha tenido una relevancia inusitada en esta materia de las vacaciones; o más concretamente, la interpretación que de la normativa comunitaria han realizado TJCE y TJUE. De entrada nos encontramos cómo la Carta de Derechos Fundamentales de la UE recoge en su art. 31.2 que “Todo trabajador tiene derecho a la limitación de la duración máxima del trabajo y a períodos de descanso diarios y semanales, así como a un período de vacaciones anuales retribuidas”. En realidad no dice nada que la regulación española no contemple incluso en la propia Constitución, sin embargo, esta norma es especialmente relevante, pues impulsa la interpretación de que el derecho a las vacaciones se configura como un principio social básico que no admite interpretaciones restrictivas. De otro lado, la Carta de Derechos Fundamentales de la UE tiene una relevante eficacia, pues tiene el mismo valor jurídico que los Tratados (TUE y TFUE), tal como reconoce el art. 6.1 del TUE⁴.

Por otra parte debe reconocerse que la normativa de la UE es tan escueta como la propia normativa española: de una parte el art. 158 TFUE afirma que “Los Estados miembros procurarán mantener la equivalencia existente entre los regímenes de vacaciones retribuidas”; es decir, se limita a reconocer el derecho a las vacaciones y que estas deben ser retribuidas y la obligación de los Estados de mantener este derecho, pero poco más. En cuanto al derecho derivado, tenemos lo previsto por el artículo 7 de la Directiva 2003/88/CE relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo⁵, a tenor del cual los Estados miembros deben adoptar las medidas necesarias para que los trabajadores dispongan de un período de, al menos, cuatro semanas de vacaciones anuales retribuidas, de conformidad a las condiciones de obtención y concesión

⁴ “La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (...), la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados”.

⁵ Esta Directiva deroga y sustituye a la anterior Directiva 93/104/CE.

establecidas en la regulación nacional. Por otra parte, su apartado segundo señala que este derecho no puede ser sustituido por compensación financiera, excepto en los casos de conclusión de la relación laboral (como es obvio se refiere a aquellos supuestos en los que la extinción del contrato de trabajo se haya producido con anterioridad a las fechas de disfrute de las vacaciones)⁶. En líneas generales podemos señalar que la Directiva comunitaria poco aporta, expresamente, sobre la regulación nacional, si exceptuamos la expresa consagración del derecho a la paga de vacaciones cuando estas no se disfrutaron por la extinción previa del contrato de trabajo (obviamos los últimos párrafos del art. 38.3 ET, pues estos son consecuencia directa del ordenamiento comunitario y de la interpretación jurisprudencial del mismo); y aún así, la jurisprudencia nacional acudía al Convenio nº 132 OIT para resolver esta situación, pues también allí se regula expresamente esta cuestión (concretamente su art. 11). Por lo tanto, la parquedad propia de la regulación nacional también puede predicarse sin problema alguno respecto de la regulación comunitaria.

Sin embargo, hemos de señalar, y este va a ser el objeto de nuestro trabajo, la relevancia de la jurisprudencia UE a la hora de interpretar lo regulado en el citado art. 7 de la Directiva 2003/88/CE. Puede afirmarse que la jurisprudencia del TJCE y del TJUE han sido una fuente más del derecho, pues sus interpretaciones sobre el art. 7 han ido constituyendo un “corpus” jurídico que supone ir más allá de lo expresamente previsto por la literalidad de la norma comunitaria, configurando una doctrina flexibilizadora y ampliadora del derecho a las vacaciones; lo cual ha chocado directamente con interpretaciones jurisprudenciales nacionales; sirva de ejemplo los supuestos de concurrencia entre incapacidad temporal o la maternidad y las vacaciones; o de manera más reciente la interpretación de cuál ha de ser el salario de vacaciones. Pese a las limitaciones de la literalidad del art. 7 de la Directiva 2003/88/CE, se ha desarrollado una importante línea jurisprudencial deduciéndose todo un conjunto de consecuencias netamente favorable a los intereses de los trabajadores. Y lo más relevante es que dicha jurisprudencia ha tenido una enorme repercusión tanto sobre la jurisprudencia nacional, obligando a alterar ciertas interpretaciones que podemos consi-

⁶ Literalmente establece este precepto: “1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que todos los trabajadores dispongan de un período de al menos cuatro semanas de vacaciones anuales retribuidas, de conformidad con las condiciones de obtención y concesión establecidas en las legislaciones y/o prácticas nacionales (...) 2. El período mínimo de vacaciones anuales retribuidas no podrá ser sustituido por una compensación financiera, excepto en caso de conclusión de la relación laboral”.

derar restrictivas del derecho, como sobre la labor del legislador. La evolución normativa del apartado 3º del art. 38 ET, cuya redacción actual se debe directamente a la divergente interpretación del TJCE en materia de concurrencia de incapacidad temporal o maternidad con el disfrute del período de vacaciones, prueba cómo ha incidido la jurisprudencia comunitaria sobre nuestro ordenamiento.

La jurisprudencia comunitaria se ha convertido en un elemento de especial importancia a la hora de interpretar la regulación nacional sobre vacaciones, lo que obliga a tener que dar respuesta a diversas dudas interpretativas a la luz del dictado de dicha jurisprudencia.

Desde nuestro punto de vista, resulta especialmente importante el siguiente conjunto de sentencias, pues son las que han establecido los principales criterios interpretativos en el TJCE y posteriormente en el TJUE:

- STJCE de 26 de junio de 2001, C-173/99, caso BECTU⁷.
- STJCE de 18 de marzo de 2004, C-342/01, caso Merino Gómez⁸.
- STJCE de 16 de marzo de 2006, C-131/04 y C-257/04, caso Robinson-Steele⁹.
- STJCE de 6 de abril de 2006, C-124/05, caso Federatie Nederlandse Vakbeweging¹⁰.
- STJCE de 20 de enero de 2009, C-520/06, caso Schultz-Hoff¹¹.
- STJCE de 10 de septiembre de 2009, C-277/08, caso Pereda¹².
- STJUE de 22 de abril de 2010, C-486/08, Caso Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols¹³.
- STJUE de 15 de septiembre de 2011, C-155/10, caso Williams y otros¹⁴.
- STJUE de 22 de noviembre de 2011, C-214/10, caso KHS AG¹⁵.

⁷ TJCE 2001\179.

⁸ TJCE 2004\69.

⁹ TJCE 2006\81.

¹⁰ TJCE 2006\114.

¹¹ TJCE 2009\7.

¹² TJCE 2009\261.

¹³ TJCE 2010\117.

¹⁴ TJCE 2011\272.

¹⁵ TJCE 2011\369.

- STJUE de 24 de enero de 2012, C-282/10, caso Domínguez¹⁶.
- STJUE de 3 de mayo de 2012, C-33710, caso Neidel¹⁷.
- STJUE de 21 de junio de 2012, C-78/11, caso ANGED¹⁸.
- STJUE de 8 de noviembre de 2012, C-229/11 y C-230/11, caso Heimann¹⁹.
- STJUE de 22 de mayo de 2014, C-539/12, caso Lock²⁰.
- STJUE de 12 de junio de 2014, C-118/13, caso Bollacke²¹.

Procedemos ahora a analizar las principales líneas interpretativas y cómo ha podido influir en el ordenamiento español esta jurisprudencia.

2. EL DERECHO A LAS VACACIONES COMO PRINCIPIO DE DERECHO SOCIAL QUE NO DEBE SER INTERPRETADO DE MANERA RESTRICTIVA

Estimo que cualquier análisis de la jurisprudencia comunitaria ha de comenzar por un planteamiento fundamental: la consideración de que el derecho a las vacaciones de los trabajadores es un principio de derecho social de carácter básico, que no debe ser interpretado de manera restrictiva o reductora.

El origen de este planteamiento lo vamos a encontrar en la primera de las Sentencias que hemos mencionado, la STJCE de 26 de junio de 2001, C-173/99, caso BECTU²². En ella se resolvían las cuestiones prejudiciales planteadas por la jurisdicción británica en torno a la interpretación del art. 7 de la Directiva 93/104/CE (normativa antecedente a la Directiva 2003/88/CE, que mantiene la misma dicción en su propio art. 7). La cuestión planteada giraba a si la regulación inglesa era conforme a la citada Directiva en materia de vacaciones: en líneas generales el sindicato BECTU con afiliados en el sector de las comunicaciones y espectáculos, reclamaba en el litigio principal ante la jurisdicción

¹⁶ TJCE 2012\7.

¹⁷ TJUE 2012\104.

¹⁸ JUR\2012\210796.

¹⁹ JUR\2012\351144.

²⁰ TJCE 2014\191.

²¹ TJCE 2014\200.

²² TJCE 2001\179.

nacional que el ordenamiento interno del Reino Unido no era conforme al art. 7 de la Directiva 93/104, pues la regulación nacional (la *Working Time Regulations 1998*) exigía para poder acceder al derecho a vacaciones, que los trabajadores hubiesen realizado una prestación de trabajo ininterrumpida de al menos trece semanas. Se consideraba por BECTU que la regulación británica suponía una restricción del derecho a las vacaciones, contraria a lo dispuesto por el art. 7 de la Directiva. Ante esta situación se suspende el litigio principal y se plantea como cuestión prejudicial si era conforme al art. 7 de la Directiva 93/104/CE una legislación nacional con arreglo a la cual “un trabajador no comienza a adquirir el derecho a vacaciones anuales retribuidas previsto en el art. 7 (...) hasta que haya transcurrido un período mínimo de empleo con el mismo empresario”.

Ante esta situación el TJCE estimó que de conformidad a lo previsto por el art. 118 A del Tratado CE (recordemos que es el Tratado previo al TFUE), la Directiva tiene por objetivo establecer “disposiciones mínimas destinadas a mejorar las condiciones de vida y trabajo de los trabajadores”, para lo cual era necesario una mejora de la protección de la seguridad y salud de los trabajadores, “haciendo que éstos disfruten de períodos mínimos de descanso y de períodos de pausa adecuados”. Bajo este objetivo, destaca la Sentencia que la propia Directiva se refiere a la relevancia de la Carta comunitaria de derechos sociales fundamentales de los trabajadores de 9 de diciembre de 1989, a tenor de la cual todo trabajador de la CE debe disfrutar de “condiciones satisfactorias de protección de su salud y de su seguridad y que tiene derecho, en particular, a unas vacaciones anuales pagadas”. Con estas afirmaciones la STJCE va preparando el terreno para una afirmación posterior de especial importancia: que el derecho a las vacaciones es un principio fundamental del derecho social.

Pero volviendo a la cuestión de fondo, la posibilidad de establecer un requisito como el de una prestación de servicios mínima para tener derecho a las vacaciones, cabe resaltar que dicho requisito no está reconocido por la Directiva, lo cual es de relevante, pues la propia Directiva establece que su regulación sólo puede ser exceptuada a tenor de lo previsto por su art. 17 que menciona expresamente en qué normas se admite la excepción. Y, desde luego, entre estas excepciones no se encuentra el derecho a las vacaciones: el art. 7 de la Directiva “no figura entre las disposiciones a las cuales ésta permite expresamente establecer excepciones”; de lo que se deduce que “el derecho de cada trabajador a vacaciones anuales retribuidas debe considerarse un principio del Derecho social comunitario de especial importancia, respecto al cual no pueden establecerse excepciones y cuya aplicación por parte de las autoridades nacionales competentes únicamente puede efectuarse respetando los límites establecidos expresamente por la propia Directiva”.

En consecuencia con lo anterior, el derecho a las vacaciones se otorga directamente por la Directiva a cada trabajador, siendo una disposición mínima que debe ser respetada necesariamente por los ordenamientos legales. Por lo tanto, una regulación nacional que establece un requisito que limita el ejercicio del derecho, es contraria a la Directiva²³.

Con posterioridad la jurisprudencia comunitaria volvió a pronunciarse sobre la posibilidad de que el ordenamiento nacional establezca límites al nacimiento del derecho a vacaciones reconocido por el art. 7 de la Directiva a través de la STSJU de 24 de enero de 2012²⁴, C-282/10, asunto Domínguez. En este caso la cuestión prejudicial que se planteaba era si el citado artículo (en este caso ya de la vigente Directiva 2003/88/CE) “se opone a unas disposiciones o prácticas nacionales que supeditan el derecho a vacaciones anuales retribuidas a la existencia de un tiempo de trabajo efectivo mínimo de diez días (o de un mes) durante el período de devengo de estas vacaciones”. Lógicamente la Sentencia aplicó la doctrina ya afirmada por la Sentencia BECTU y entendió que el art. 7 de la Directiva debía interpretarse en el sentido de que ésta se opone a la normativa nacional por la que se limita el derecho a las vacaciones, aplicando un requisito como el descrito²⁵. No obstante, la Sentencia Domínguez realizaba una

²³ Tal como señalan los apartados nº 48 a 51 de la STJCE de 26 de junio de 2001, BECTU, “(...) una normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el procedimiento principal, que establece un requisito para el nacimiento del derecho a vacaciones anuales retribuidas que impida la propia existencia de éste por lo que a determinados trabajadores se refiere, no solamente vacía de contenido un derecho individual otorgado expresamente por la Directiva 93/104, sino que está también en contradicción con el objetivo de ésta (...) En efecto, con arreglo a una normativa de esta naturaleza, los trabajadores cuya relación laboral concluya antes de que haya transcurrido el período mínimo de trece semanas de empleo ininterrumpido con el mismo empresario quedan privados de todo derecho a vacaciones anuales retribuidas (...) Además, tal normativa nacional es manifiestamente incompatible con la sistemática de la Directiva 93/104 que, contrariamente a otras materias incluidas en su ámbito de aplicación, no admite ninguna posibilidad de establecer excepciones por lo que respecta al derecho a vacaciones anuales retribuidas y se opone, por consiguiente, con mayor motivo, a que un Estado miembro pueda restringir unilateralmente este derecho otorgado por la citada Directiva a todos los trabajadores (...). Además, una normativa como la controvertida en el procedimiento principal puede dar lugar a abusos, ya que los empresarios podrían estar tentados de eludir la obligación de conceder las vacaciones anuales retribuidas a las que tiene derecho todo trabajador recurriendo con mayor frecuencia a relaciones laborales de corta duración.

²⁴TJCE 2012\7.

²⁵ Vid. al respecto lo establecido en los apartados 17 a 18 de la Sentencia: “(...) la Directiva 93/104 debe interpretarse en el sentido de que se opone a que los estados miembros limiten unila-

importante puntualización: que la limitación a los ordenamientos nacionales para establecer requisitos no reconocidos en la propia Directiva, se refiere al período de vacaciones regulado en la propia Directiva: el período mínimo de cuatro semanas; de manera que es posible que se establezcan requisitos para el nacimiento de un derecho a vacaciones que excede de esas cuatro semanas²⁶.

En realidad la resolución del fondo de la cuestión prejudicial no ha tenido una especial incidencia en el ordenamiento nacional, pues en nuestro sistema jurídico se rechaza el principio de postanualidad, pudiendo disfrutarse de las vacaciones a lo largo del año natural y en cualquier momento, por lo que en ningún caso es necesario esperar un período mínimo de tiempo para poder acceder al disfrute de las vacaciones, ni es necesario una prestación mínima de servicios²⁷. Debe resaltarse que esta posibilidad sí está permitida por el Convenio nº 132 OIT (art. 5.1). En todo caso, es una posibilidad que no se impone a los Estados signatarios del Convenio.

Desde luego el ordenamiento español no ha establecido esta posibilidad prevista en el Convenio 132 OIT, por lo que no sería admisible su exigencia a través de convenio colectivo²⁸; posibilidad que, a la luz de la Sentencia BECTU, es contraria al ordenamiento UE.

En realidad, al margen del problema de fondo, lo verdaderamente relevante de la Sentencia BECTU es su afirmación de que el derecho a las vacaciones se

teralmente el derecho a vacaciones anuales retribuidas concedido a todos los trabajadores, aplicando un requisito para el nacimiento de este derecho que da lugar a que determinados trabajadores queden privados del mismo (...) Ciertamente, los Estados miembros tienen la posibilidad de establecer, en su normativa interna, las condiciones de ejercicio y aplicación del derecho a vacaciones anuales retribuidas, pero no pueden supeditar a ningún tiempo de requisito la propia constitución de este derecho (...) dicha Directiva no permite que los Estados miembros impidan el propio nacimiento de un derecho concedido expresamente a todos los trabajadores”.

²⁶ Se afirma por la Sentencia Domínguez en su apartado 47 que la argumentación anterior “no implica que la Directiva 2003/88 se oponga a disposiciones nacionales que establezcan un derecho a vacaciones anuales retribuidas de una duración superior a cuatro semanas atribuido con sujeción a los requisitos de obtención y concesión establecidos por el Derecho nacional.”

²⁷ Gorelli Hernández, J.: El derecho al disfrute (...), op. cit., página 106.

²⁸ Rechazan este planteamiento, Sempere Navarro, A.V. y Charro Baena, P.: *Las vacaciones laborales*, Thomson-Aranzadi, Pamplona 2003, página 63; García-Perrote Escartin, I.: “Las garantías del derecho a vacaciones (disfrute efectivo, indisponibilidad, prohibición de compensación en metálico, no acumulación y otras)”, *Tribuna Social* nº 38 (1994), página 49.

configura como un principio del Derecho social comunitario de especial importancia, que no admite de interpretaciones restrictivas, más allá de los límites establecidos expresamente por la Directiva 93/104/CE (y posteriormente la Directiva 2003/88/CE). Esta afirmación supone fijar las bases para afrontar la interpretación del art. 7 de la citada normativa de forma especialmente favorable a los intereses laborales, pues en la práctica todo lo que no se restrinja directamente por la propia Directiva sería contrario a la misma. En este sentido la jurisprudencia posterior a BECTU reitera este planteamiento, comenzando el análisis de las cuestiones de fondo reiterando la doctrina afirmada por dicha Sentencia²⁹.

Ese carácter esencial se refuerza por el hecho de tratarse de un derecho reconocido en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (art. 31.2)³⁰, instrumento que a tenor de lo previsto por el art. 6 del TUE tiene el mismo valor jurídico que los Tratados; es decir, estamos ante una norma que resulta absolutamente esencial en el ordenamiento social.

²⁹ Literalmente la Sentencia BECTU afirmaba en su apartado 43 “el derecho de cada trabajador a vacaciones anuales retribuidas debe considerarse un principio de Derecho social comunitario de especial importancia, respecto al cual no pueden establecerse excepciones y cuya aplicación por parte de las autoridades nacionales competentes únicamente puede efectuarse respetando los límites establecidos por la propia Directiva”. Esta literalidad se reitera por las SSTJCE y SSTJUE de 18 de marzo de 2004, C-342/01, caso Merino Gómez, TJCE 2004\69 (apartado 29); 16 de marzo de 2006, C-131/04 y C-257/04, caso Robinson-Steele, TJCE 2006\81 (apartado 48); 6 de abril de 2006, C-124/05, caso Federatie Nederlandse Vakbeweging, TJCE 2006\114 (apartado 28); 20 de enero de 2009, C-520/06, caso Schultz-Hoff, TJCE 2009\7 (apartado 22); 10 de septiembre de 2009, C-277/08, caso Vicente Pereda, TJCE 2009\261 (apartado 18); 22 de abril de 2010, C-486/08, Caso Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols, TJCE 2010\117 (apartado 27), además, esta sentencia añade expresamente que “este principio de Derecho social de la Unión que reviste especial importancia no puede ser interpretado de manera restrictiva” (apartado 29); 15 de septiembre de 2011, C-155/10, caso Williams y otros, TJCE 2011\369 (apartado 23); 24 de enero de 2012, C-282/10, caso Domínguez, TJCE 2012\7 (apartado 16); 21 de junio de 2012, C-78/11, caso ANGED (apartado 16), que también reitera lo señalado por la STJUE Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols sobre que el derecho a vacaciones no puede ser interpretado de manera restrictiva (apartado 18); de 8 de noviembre de 2012, C-229/11 y C-230/11, caso Heilmann, JUR\2012\351144 (apartado 22), que también reitera la literalidad de las Sentencias Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols y ANGED en cuanto a la proscripción de interpretaciones restrictivas; 22 de mayo de 2014, C-539/12, caso Lock, TJCE 2014\191 (apartado 14) y 12 de junio de 2014, C-118/13, caso Bollacke, TJCE 2014\200 (apartado 22).

³⁰ Sobre este precepto vid. Gorelli Hernández, J.: “Artículo 31.2. Condiciones justas y equitativas (tiempo de trabajo)”, en AA.VV., dirigidos por J.L. Monereo Pérez, *Comentario a la Carta Europea de Derechos Fundamentales*”, pendiente de publicación.

3. COINCIDENCIA ENTRE VACACIONES Y MATERNIDAD

La jurisprudencia comunitaria no sólo ha incidido con carácter general sobre nuestro ordenamiento jurídico en materia de vacaciones, sino que, de un lado, nuestro propio ordenamiento ha sido protagonista de esta jurisprudencia, pues en diversas ocasiones nuestros tribunales nacionales han elevado cuestiones prejudiciales; además, los pronunciamientos jurisprudenciales, en estos casos, han obligado incluso al legislador español a modificar nuestra propia regulación para adaptarlo a la interpretación que del art. 7 de la Directiva ha realizado el TJCE. El primer ejemplo lo encontramos en el supuesto de coincidencia entre las vacaciones y la suspensión del contrato por maternidad, cuestión esta que se dilucidó, a nivel comunitario a través de la STJCE de 18 de marzo de 2004, el caso Merino Gómez, que implicaba a nuestro ordenamiento, pues se trataba de un supuesto de origen español. Para comprobar el impacto de esta Sentencia en nuestro ordenamiento basta comprobar la redacción del art. 38.3 ET, que en su párrafo segundo obedece a una modificación introducida por la LO 3/2007, de 22 de marzo de 2007; posteriormente redactada de nuevo por la Ley 3/2012, que añadió un nuevo párrafo referido a un supuesto diferente al que nos referiremos después (la coincidencia de la IT con las vacaciones).

El origen de la Sentencia reside en la reclamación judicial presentada por la Sra. Merino a su empresa, tras la elección del turno de vacaciones del año natural correspondiente, lo cual realizó de conformidad a las reglas del convenio colectivo de la Industria Química que resultaba de aplicación. La Sra. Merino quedó embarazada y antes del comienzo de las vacaciones solicita unas fechas alternativas posteriores al término de su baja por maternidad. La empresa se negó al cambio solicitado. Presentada la demanda ante los Juzgados de lo Social de Madrid, el órgano judicial plantea como primera cuestión prejudicial la siguiente:

“¿Cuándo unos acuerdos colectivos establecidos entre la empresa y los representantes de los trabajadores fijan las fechas de disfrute de vacaciones para la totalidad de la plantilla y esas fechas resultan coincidentes con las de baja maternal de una trabajadora, el art. 7.1 de la Directiva 93/104 (...), garantizan el derecho de esa trabajadora a disfrutar de sus vacaciones anuales en períodos distinto del pactado y no coincidente con el de su baja maternal?”. El Juzgado de lo social era consciente de que la doctrina jurisprudencial en relación a la coincidencia entre maternidad (en realidad los supuestos mayoritariamente se referían a coincidencia entre incapacidad temporal) y vacaciones era netamente favorable a entender que dicha coincidencia no generaba un derecho a concretar nuevas fechas de vacaciones; pues la jurisprudencia española había venido

negando el derecho al cambio de la fecha de vacaciones en aquellos casos de coincidencia, al entender que al haberse pactado las fechas de las vacaciones, debería primar el respeto a lo pactado sobre el derecho individualizado al disfrute por parte de la trabajadora³¹.

Para responder a esta cuestión, el TJCE tomó como punto de partida la afirmación resaltada por el anterior epígrafe: que el derecho a vacaciones es un principio del Derecho social comunitario de especial relevancia, no siendo admisible que los ordenamientos nacionales establezcan excepciones que estén fuera de los límites fijados por la Directiva. Es decir, el derecho a las vacaciones ha de interpretarse siempre de conformidad a la Directiva de manera que hay que evitar la pérdida del derecho en base a restricciones no establecidas expresamente por la regulación comunitaria.

A partir de aquí la sentencia se va a centrar en el análisis de la finalidad propia tanto de las vacaciones como del descanso por maternidad. La lógica sería la siguiente: si hay coincidencia de finalidades, puede existir una situación de coexistencia entre maternidad y las vacaciones, de manera que la trabajadora no tendría derecho a un nuevo período de vacaciones. En caso contrario, cuando no haya afinidad entre los fines perseguidos por una y otra, no será posible esa coexistencia, de manera que la trabajadora tendría derecho a un nuevo período de vacaciones. Pues bien, el TJCE se inclina por entender, como no podía ser de otra manera, que la finalidad de las vacaciones y del permiso por maternidad no son coincidentes, pues el descanso o suspensión por maternidad tiene como objetivo tanto la protección física de la mujer como su relación con el hijo recién nacido³²; lo cual no es coincidente con la finalidad de las vacaciones que no es sino facilitar un período de tiempo para permitir la recuperación física y psíquica

³¹ La jurisprudencia española había sido favorable a entender que ante la coincidencia entre descanso maternal y de la fecha fijada colectivamente para el disfrute de vacaciones de la plantilla, la trabajadora no tiene derecho a disfrutar de sus vacaciones anuales en período distinto del fijado por el acuerdo colectivo, imponiéndose el acuerdo colectivo a los intereses individuales. Así las SSTs de 30 de noviembre de 1995, RJ 1995\8771; y 27 de junio de 1996, RJ 1996, 5389; o las SSTSJ de Navarra de 10 de febrero de 2000, AS 2000\5214; Andalucía de 7 de diciembre de 1999, AS 1999\4606; o Madrid de 13 de julio de 1999, AS 1999\6301).

³² Tal como afirma la STJCE de 18 de marzo de 2004, “La finalidad del derecho a disfrutar de vacaciones anuales es diferente de la del derecho al permiso de maternidad. Este último tiene por objeto, por una parte, la protección de la condición biológica de la mujer durante su embarazo y después de éste y, por otra parte, la protección de las particulares relaciones entre la mujer y su hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto” (apartado 32).

tras un largo período de trabajo; se trata, por tanto, de finalidades diferentes³³. En virtud de esta diferente finalidad, el TJCE se manifiesta a favor de entender que en caso de coincidencia entre maternidad y vacaciones, no puede considerarse cumplido la regulación comunitaria, lo que supone el derecho de la trabajadora a un nuevo período de vacaciones³⁴.

Al argumento anterior referido a la discrepancia entre los fines de una y otra institución, el TJCE añade otro argumento: que el rechazo al disfrute efectivo de las vacaciones supondría una afectación del derecho a la igualdad material de las trabajadoras. En este caso el TJCE parte de la Directiva 76/207, del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesional. En sus apartados 37 a 39 la STJCE reflexiona en el sentido de entender que la mujer no puede tener un trato desfavorable en materia de condiciones de trabajo a consecuencia de una situación de embarazo y maternidad, por lo que la trabajadora “deberá poder disfrutar de sus vacaciones anuales durante un período distinto del de su permiso de maternidad”; todo ello con independencia de que las fechas de vacaciones se hayan fijado mediante un acuerdo colectivo para la totalidad de la plantilla. Tal como ha entendido la doctrina laboral española, entender lo contrario sería una reducción de los derechos laborales de la trabajadora embarazada³⁵.

La conclusión a la que llega finalmente la STJCE Merino es que “una trabajadora deberá poder disfrutar de sus vacaciones anuales en un período distinto del de su permiso de maternidad, también en caso de coincidencia entre el período de permiso de maternidad y el fijado con carácter general, mediante un acuerdo colectivo, para las vacaciones anuales de la totalidad de la plantilla”³⁶.

Además de la cuestión anterior, la STJCE resolvía una segunda cuestión prejudicial que estaba condicionada a la respuesta de la anterior: una vez que se

³³ Pedrosa Alquezar, S.I.: “La compatibilidad entre maternidad y vacaciones; el caso Merino Gómez”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social* nº 102 (2013), página 193.

³⁴ Así, afirma la STJCE que “no pueden considerarse cumplidas las exigencias de la Directiva relativas a las vacaciones anuales retribuidas” (apartado 33).

³⁵ En este sentido Pedrosa Alquezar, S.I: Op. cit., páginas 192 y 193.

³⁶ Apartado 41.

admite el derecho al disfrute de las vacaciones en otras fechas, se plantea si la Directiva protege este derecho no sólo en la cuantía de los días de vacaciones que como mínimo se establecen en la misma (28 días), sino también en el exceso de tales días que se puedan reconocer por el ordenamiento nacional (recuérdese que el art. 38 ET otorga 30 días naturales de vacaciones). Para responder a esta cuestión la STJCE Merino parte de reconocer que la Directiva reconoce expresamente la posibilidad de que los Estados establezcan una regulación más favorable en sus ordenamientos internos³⁷. Por lo tanto, considera esta Sentencia, que el derecho que queda protegido por la Directiva se refiere no sólo al mínimo regulado en la misma, sino también a la ampliación que se establece por el ordenamiento interno³⁸. Obsérvese a este respecto cómo en este caso la solución que ha dado la jurisprudencia comunitaria es diferente a la que se contiene en la anteriormente mencionada STSJU de 24 de enero de 2012³⁹, C-282/10, asunto Domínguez: en esta última se afirmaba, tal como hemos visto, que los requisitos que pueden establecerse por los Estados a la hora de acceder a las vacaciones no pueden afectar al período mínimo de 28 días reconocidos directamente, pero si pueden afectar a la ampliación del derecho que se realiza por cada ordenamiento. Ciertamente se trata de dos cuestiones muy diferentes, pero es evidente que existe una cierta falta de sintonía en relación a la protección que puede tener un trabajador cuando disfruta de la ampliación del derecho reconocido por el art. 7 de la Directiva.

Esta doctrina jurisprudencial tuvo una rápida influencia en el ordenamiento español. De entrada, la STC 324/2006, de 20 de noviembre de 2006, resolvió una situación en la que también coincidía la suspensión del contrato por maternidad con el período de vacaciones, estimando que la limitación del derecho al disfrute de las vacaciones en otro momento diferentes suponía una discriminación por razón de sexo. La Sentencia partía de considerar, al igual que las SSTJCE BECTU y Merino Gómez, que el derecho a vacaciones anuales “forma parte del núcleo irrenunciable de los derechos propios de un Estado social”; más

³⁷ Apartado 34.

³⁸ “Procede, pues, responder a la segunda cuestión que el artículo 11, apartado 2, letra a), de la Directiva 92/85 ha de interpretarse en el sentido de que se refiere también al derecho de una trabajadora que se encuentre en unas circunstancias como las del asunto principal a unas vacaciones anuales más largas, establecidas por la normativa nacional, que las vacaciones mínimas establecidas por la Directiva 93/104”.

³⁹ TJCE 2012\7.

aún considera que no existe coincidencia entre las finalidades perseguidas por una y otra institución⁴⁰.

De otro lado, la STS de 10 de noviembre de 2005⁴¹ ya se adhería a la doctrina que había sentado la STJCE Merino Gómez, en base a la argumentación sostenida por la STJCE, de las diferentes finalidades del derecho de vacaciones y de la suspensión por maternidad⁴².

Pero al margen de la incidencia que ha tenido sobre la jurisprudencia nacional, es evidente que la Sentencia Merino tuvo una importante repercusión sobre la propia regulación nacional, pues con la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres, se procedió a modificar la literalidad del art. 38.3 ET, de manera que se añadió un nuevo párrafo que resolvía expresamente los supuestos en los que se producía la concurrencia entre las vacaciones y el disfrute de la suspensión por maternidad⁴³.

La nueva regulación seguía las directrices fijadas por la jurisprudencia comunitaria, admitiendo el derecho de la trabajadora al disfrute de las vacaciones en unas fechas diferentes de las inicialmente fijadas, cuando éstas coincidían con una suspensión del contrato de trabajo por maternidad; planteamiento, que tal como hemos visto, ya se asumía por la jurisprudencia nacional.

⁴⁰ Afirmó esta STC que la finalidad de las vacaciones es “posibilitar a los trabajadores un período de ocio que se reputa necesario para compatibilizar su vida laboral con el descanso (...) la vinculación entre vacaciones y descanso no es única ni exigible de modo que el período vacacional legalmente previsto es un tiempo caracterizado por la libertad del trabajador para la auto-determinación consciente y responsable de la propia vida”.

⁴¹ RJ 2005\10084.

⁴² “(...) la finalidad del derecho a disfrutar de vacaciones anuales es diferente del derecho al permiso de maternidad, dado que, este último, tiene por objeto la protección de la condición biológica de la mujer durante el embarazo y, de otra, la protección de las particulares relaciones de la mujer y su hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto”.

⁴³ Concretamente el precepto establecía: “Cuando el período de vacaciones fijado en el calendario de vacaciones de la empresa al que se refiere el párrafo anterior coincida en el tiempo con una incapacidad temporal derivada del embarazo, el parto o la lactancia natural o con el período de suspensión del contrato de trabajo previsto en el artículo 48.4 y 48.bis de esta Ley, se tendrá derecho a disfrutar las vacaciones en fecha distinta a la de la incapacidad temporal o a la del disfrute del permiso que por aplicación de dicho precepto le correspondiera, al finalizar el período de suspensión, aunque haya terminado el año natural a que correspondan.”

Sin embargo, y esto debe ser necesariamente subrayado, la nueva regulación española iba más lejos de lo que había previsto la jurisprudencia comunitaria. Recordemos que la STJCE Merino planteaba el derecho de la trabajadora a disfrutar de las vacaciones en un período diferente del permiso por maternidad. Sin embargo la regulación española reconoce el derecho a disfrutar las vacaciones en fecha distinta cuando estas coincidan, no sólo con el permiso de maternidad, sino también cuando las vacaciones coinciden con otros derechos a la interrupción de la prestación de trabajo vinculados con las responsabilidades familiares. Así, en primer lugar, se tiene derecho a un nuevo período cuando se suspenda el contrato como consecuencia de una suspensión por maternidad, adopción y acogimiento (la STJCE Merino sólo se refería al supuesto de maternidad, si bien creo que con ello no estaba restringiendo la cuestión sólo a la maternidad biológica, pudiendo englobar también estos otros supuestos); pero, además nuestro ordenamiento facilita también el derecho a unas nuevas fechas de disfrute de las vacaciones en los supuestos de suspensión en base al art. 48 bis ET; es decir, en el caso de un permiso de paternidad coincidente con las fechas de vacaciones inicialmente fijadas (este supuesto se ha incorporado a nuestro ordenamiento a través de la Ley 3/2012, soslayando así el problema que suponía la más que probable discriminación normativa de reconocer el derecho al cambio de fechas sólo en los casos de suspensión por maternidad⁴⁴); por último, también se tiene derecho al disfrute de vacaciones en otras fechas, cuando estas coincidían con una incapacidad temporal derivada del embarazo, el parto o la lactancia natural. Es decir, el legislador incrementa las situaciones que dan derecho a un nuevo período de vacaciones, no limitándose sólo al fenómeno estricto del permiso por maternidad; además, la LO 3/2007, ya incluía ciertos supuestos de incapacidad temporal que podían dar derecho al cambio de fechas de vacaciones. Tal como destacó la doctrina laboral más atenta⁴⁵, esto suponía que a partir de la entrada en vigor de la LO 3/2007 había que distinguir entre dos tipos de incapacidades temporales (las derivadas de la maternidad –que pueden generar nuevas fechas de vacaciones- y el resto de situaciones de IT). En todo caso, tal como veremos en el próximo epígrafe, la jurisprudencia comunitaria volvería a actuar con carácter general sobre los supuestos de incapacidad temporal, afectando esta doctrina a nuestra propia jurisprudencia de manera directa.

⁴⁴ Pedrosa Alquezar, S.I.: “La compatibilidad entre maternidad y vacaciones; el caso Merino Gómez”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social* n° 102 (2013), página 196.

⁴⁵ Velasco Portero, M.T.: “El derecho a vacaciones y las bajas por incapacidad laboral del trabajador”, *Actualidad Laboral* n° 1 de 2010, página 19.

En cuanto a la concreción de las nuevas fechas de vacaciones, la jurisprudencia comunitaria no reconoce el derecho a que sea el o la trabajadora quienes fijen unilateralmente las nuevas fechas de disfrute⁴⁶. El precepto introducido con la LO 3/2007 (cuya redacción en este punto se mantiene tras la Ley 3/2012) puntualiza que dicho disfrute ha de ser en fecha distinta a “la de la incapacidad temporal o a la del disfrute del permiso (...), al finalizar el período de suspensión”. Por lo tanto, si se produce una de estas situaciones, hay que volver a concretar las fechas de disfrute, lo cual nos remite a lo señalado por el art. 38.2 ET: habrá que fijarlas de común acuerdo entre empresario y trabajador, respetando en todo caso lo establecido (en su caso) en los convenios colectivos sobre planificación de vacaciones. Tal como acabamos de señalar, el art. 38.3 ET señala que las fechas de vacaciones puedan ponerse en cualquier otro momento siempre que finalice la suspensión por los motivos señalados; es decir, no es factible fijar unas nuevas fechas que vuelvan a coincidir con la situación de suspensión; de ahí que se puntualice que las vacaciones se disfrutarán al finalizar la suspensión. Ahora bien, ¿han de disfrutarse inmediatamente después de la finalización de la suspensión, o pueden disfrutarse en otro momento posterior, que se acuerde entre las partes? Creo que la interpretación más correcta ha de ser esta última, de manera que las nuevas fechas puedan concretarse en cualquier momento posterior a la finalización de la suspensión, según el acuerdo alcanzado en virtud de los intereses de ambas partes.

Además, la redacción del art. 38.3 ET introducida por la LO 3/2007 (que también se mantiene en la redacción actual) puntualiza que el disfrute puede realizarse “aunque haya terminado el año natural a que correspondan”. En materia de vacaciones existe un principio de anualidad, a tenor del cual, el trabajador debe disfrutar de sus vacaciones durante el año natural, computándose a los efectos de concretar su duración, el período trabajado, o que se prevea trabajar en dicho año, lo que supone la caducidad del derecho si deja de realizarse el disfrute en dicho año natural⁴⁷. Pues bien, es evidente que al reconocerse el derecho al disfrute, incluso cuando ha finalizado el año natural correspondiente, se rompe (si bien parcialmente) el criterio de anualidad. La jurisprudencia comunitaria admite que el bien jurídico protegido con el disfrute de las vacaciones no desaparece por el hecho de que estas hayan de disfrutarse durante

⁴⁶ Gorelli Hernández, J.: “El derecho al disfrute efectivo de las vacaciones: de la jurisprudencia comunitaria a la regulación estatutaria”, *Relaciones Laborales* nº 1 de 2014, página 28.

⁴⁷ Gorelli Hernández, J.: *El derecho al disfrute efectivo de las vacaciones*, Tecnos, Madrid 2014, páginas 100 y ss.

un período de tiempo posterior a la finalización del año natural donde se devengan las vacaciones. Así, la STJCE de 6 de abril de 2006, C-124/05, asunto *Federatie Nederlandse Vakbeweging*, afirmaba expresamente (ante un supuesto en que el ordenamiento nacional permite que se pacte por escrito que cuando un trabajador no haya disfrutado sus vacaciones anuales, se le concede una compensación económica en el año posterior) que “el efecto positivo de estas vacaciones para la seguridad y la salud del trabajador se despliega plenamente cuando se disfrutan en el año previsto, es decir durante el año en curso. Sin embargo, este tiempo de reposo no pierde interés a este respecto si se disfrute en un período posterior”. Se admite así la posibilidad del disfrute de las vacaciones no aprovechadas en el año posterior, cuando no se ha podido durante el año de devengo. De igual manera la STJUE de 22 de abril de 2010, C-486/08, *Caso Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols*⁴⁸ reitera lo señalado por la STJCE de 6 de abril de 2006⁴⁹. Con posterioridad, se planteará esta misma cuestión cuando las vacaciones coinciden con la IT llegándose como veremos a la misma conclusión.

4. COINCIDENCIA ENTRE VACACIONES E INCAPACIDAD TEMPORAL

Junto con la doctrina afirmada por el TJCE en materia de maternidad, existe otro ámbito en el que se produce la coincidencia de las vacaciones con otro fenómeno suspensivo, la incapacidad temporal.

En la actualidad el art. 38.3 ET en su tercer párrafo establece de manera expresa que si el período de vacaciones coincide con una incapacidad temporal (IT) por contingencias diferentes a las del párrafo anterior (se refiere a las bajas médicas derivadas del embarazo, parto o lactancia natural –la puntualización es del todo lógica, pues tal como hemos visto el problema de dichas bajas ya está resuelto por el párrafo anterior), de manera que dicha IT impide el disfrute efectivo de las vacaciones durante el año natural correspondiente de manera total o parcial, el trabajador podrá disfrutarlas una vez finalice la IT y siempre que no

⁴⁸ TJCE 2010\117.

⁴⁹ Vid. en concreto su apartado nº 30.

hayan transcurrido más de 18 meses a partir del final del año natural de devengo en el que se ha originado el derecho a las vacaciones. Pues bien, esta norma no es sino consecuencia directa de la doctrina jurisprudencial comunitaria en materia de vacaciones, habiendo dado lugar, en primer lugar, a que la jurisprudencia nacional haya tenido que dar un vuelco radical en sus planteamientos; y, en segundo lugar, a la nueva redacción del art. 38.3 ET por la Ley 3/2012, que pretendía acomodar la regulación española a dicha jurisprudencia comunitaria.

El punto de partida es recordar cómo la jurisprudencia española venía manteniendo una posición totalmente contraria a admitir en los casos de coincidencia entre vacaciones e IT el derecho de los trabajadores a unas nuevas fechas de vacaciones, acudiendo para ello a diferentes argumentos jurídicos, si bien fundamentalmente se sostenía que una vez alcanzado un acuerdo de carácter colectivo, los intereses individuales debían ceder ante el mismo⁵⁰.

Frente a este planteamiento encontramos como la jurisprudencia que dicta el TJCE en la Sentencia de 20 de enero de 2009, C-520/06, caso Schultz-Hoff⁵¹ se aparta totalmente del mismo estableciendo una postura distinta (inspirada en la ya señalada STJCE de 18 de marzo de 2004, Merino Gómez). El supuesto se refiere a la situación que atravesaba un trabajador que sufre una discapacidad grave, que motiva períodos de incapacidad laboral por enfermedad, que se alternan con períodos de aptitud para trabajar. El Sr. Schultz-Hoff pese a solicitar el disfrute a las vacaciones durante una baja por enfermedad, ve como esta solicitud se le deniega por estimarse que previamente debe recuperar su aptitud para el trabajo. Antes de que se recupere se declara su derecho a una pensión de vejez. Ante esta situación el trabajador demandó para obtener una compensación económica por las vacaciones no disfrutadas. El órgano judicial planteó dos

⁵⁰ Sobre esta cuestión vid. Goñi Sein, J.L.: “Efectos de la superposición de la situación de incapacidad laboral al período de vacaciones”, *Actualidad Laboral* nº 43 de 1987, páginas 2411 y 2412; Fita Ortega, F.: “Las consecuencias de la superposición de la situación de incapacidad temporal sobre el período acordado para el disfrute de las vacaciones anuales”, *Actualidad Laboral* nº 13 de 2010, páginas 1507 y 1508; García-Perrote Escartín, I. y Mercader Uguina, J.R.: “Incapacidad temporal y vacaciones: las plurales interpretaciones por el Tribunal Supremo de la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el asunto Merino”, *Justicia Laboral* nº 28 (2006), página 5 ampliamente tratado este tema en Gorelli Hernández, J.: “El derecho al disfrute efectivo de las vacaciones: de la jurisprudencia (...)”, op. cit., páginas 29 y ss.; este mismo autor en *El derecho al disfrute efectivo de las vacaciones*, op. cit., páginas 169 y ss.

⁵¹ TJCE\2009\7.

cuestiones prejudiciales, afectando la primera de ellas al tema que ahora nos interesa (la segunda versaba sobre el derecho a una compensación económica para sustituir el derecho a las vacaciones no disfrutadas). Esta primera cuestión planteaba si en base al art. 7 de la Directiva 2003/88/CE “deben concederse vacaciones en un momento posterior cuando el trabajador no haya disfrutado de ellas por enfermedad en el período anual de su devengo, o puede disponerse en la legislación nacional y/o en las prácticas nacionales que el derecho a vacaciones anuales retribuidas se extingue cuando los trabajadores sufran, durante el período anual de devengo anterior a la concesión de vacaciones, una enfermedad que les impida trabajar y no recuperen su capacidad laboral antes de transcurrir dicho período de devengo o el período máximo de prórroga de su disfrute (...)”.

Para responde a esta cuestión, la STJCE parte, como no puede ser de otra manera, de considerar a las vacaciones como un principio de derecho social que no admite ser interpretado de manera restrictiva; es decir, se reitera la doctrina BECTU (Vid apartados 22 a 24). A partir de ahí la Sentencia recupera la doctrina establecida por la Sentencia Merino Gómez; si bien resalta que a diferencia del permiso por maternidad, que sí está reconocido por el ordenamiento comunitario, la incapacidad temporal no se rige por el Derecho comunitario (se trata de una cuestión propia de Seguridad Social en la que la competencia normativa es estatal). Ahora bien, dado que se ha reconocido que los Estados han de reconocer el derecho a las vacaciones, sin poder supeditar a ningún tipo de requisito la propia constitución del derecho; de esta manera se reconoce que la Directiva 2003/88 “no se opone, en principio, a las disposiciones o prácticas nacionales según las cuales un trabajador en situación de baja por enfermedad no tiene derecho a disfrutar de las vacaciones anuales retribuidas durante un período que coincida con su baja por enfermedad, siempre que dicho trabajador tenga, no obstante, la posibilidad de ejercitar en un período distinto el derecho que le confiere la citada Directiva”⁵². Dicho de otro modo, el ordenamiento comunitario no se opone a que si las vacaciones coinciden con la IT, el ordenamiento nacional regule que el trabajador no pueda disfrutar de sus vacaciones en ese período (justamente lo que ocurría en el supuesto de hecho de la Sentencia Schultz-Hoff); pero siempre y cuando, tal como se señala literalmente, el trabajador tenga la posibilidad de ejercer su derecho en un momento distinto, reconociendo, por tanto, que se tiene derecho al disfrute posteriormente.

⁵² Vid. apartado 29 de la Sentencia de 20 de enero de 2009, C-520/06, caso Schultz-Hoff.

Más aún, dado que el derecho reconocido por la Directiva 2003/88/CE no puede resultar afectado por disposiciones nacionales que impiden la constitución del derecho o su nacimiento, de igual manera ha de responderse cuando se trata de disposiciones nacionales que facilitan la extinción del derecho en el caso de que un trabajador no haya podido disfrutar de sus vacaciones durante el período de devengo por haber estado en situación de baja por enfermedad: así se declara que el art. 7.1 de la Directiva “se opone a disposiciones o prácticas nacionales que prevean que el derecho a vacaciones anuales retribuidas se extingue al finalizar el período de devengo de las vacaciones anuales y/o el período de prórroga fijado por el propio Derecho nacional, incluso cuando el trabajador se haya encontrado en situación de baja por enfermedad durante todo el período de devengo y su incapacidad laboral haya perdurado hasta la finalización de su relación laboral, razón por la cual no haya podido ejercitar su derecho a vacaciones anuales retribuidas”⁵³.

Además, de la Sentencia Schultz-Hoff, contamos con una STJCE que aborda de manera directa el problema de la inadecuación de la jurisprudencia española al disfrute del derecho a las vacaciones por coincidir con una situación de IT, me refiero a la STJCE de 10 de septiembre de 2009, C-277/08, asunto Pereda⁵⁴. En este caso el trabajador de una empresa española tenía derecho a sus vacaciones según el calendario de vacaciones entre el 16 de julio y el 14 de agosto. Debido a un accidente el trabajador causa baja el día 13 de julio hasta el 13 de agosto, perdiendo de esta manera la práctica totalidad de las vacaciones, pues al reclamar la concesión de un nuevo período de vacaciones, la empresa se negó. El trabajador demandó a su empresa y el Juez de lo Social planteó como cuestión prejudicial si el art. 7.1 de la Directiva 2003/88 se oponía a las disposiciones nacionales o convenios que establezcan que un trabajador que se encuentre en situación de IT durante las vacaciones, no tiene derecho a disfrutar de un nuevo período de vacaciones, distinto al inicialmente fijado una vez que sea dado de alta médica.

Partiendo de la doctrina afirmada por la Sentencia BECTU (la consideración de que el derecho a vacaciones es un principio del Derecho social comunitario de especial relevancia, a tenor del cual las autoridades nacionales deben respetar

⁵³ Apartado nº 49 de la Sentencia de 20 de enero de 2009, C-520/06, caso Schultz-Hoff.

⁵⁴ TJCE\2009\261.

los límites establecidos por la Directiva 2003/88. A partir de aquí recuerda la doctrina afirmada por la Sentencia Schultz-Hoff, subrayando que los trabajadores mantienen su derecho a las vacaciones aún cuando haya finalizado el año de devengo, cuando haya estado en situación de baja por enfermedad durante la totalidad o parte del período de referencia, sin que el trabajador haya tenido la posibilidad de ejercitar este derecho⁵⁵, reiterando también que es absolutamente pacífico que la finalidad de las vacaciones anuales retribuidas consiste en permitir que le trabajador descanse y disponga de un período de ocio, finalidad que es totalmente distinta a la propia del derecho a la baja por enfermedad⁵⁶.

Teniendo en cuenta la doctrina afirmada por las Sentencias BECTU y Schultz-Hoff, se afirma con rotundidad “que cuando un trabajador se encuentre en situación de incapacidad temporal durante el período de vacaciones anuales fijado previamente tiene derecho, a petición suya y al objeto de poder disfrutar efectivamente sus vacaciones anuales, a tomarlas en fecha distinta a la de la incapacidad temporal. La fijación de este nuevo período de vacaciones anuales, cuya duración equivaldrá al tiempo en que hayan coincidido el período de vacaciones anuales fijado inicialmente y la incapacidad temporal, está sometido a las disposiciones y procedimientos de Derecho nacional aplicables a la fijación de las vacaciones de los trabajadores, teniendo en cuenta los diversos intereses concurrentes y, en particular, las razones imperiosas que se deriven de los intereses de la empresa”. En conclusión, “el empresario está obligado a asignar al trabajador otro período de vacaciones anuales que éste proponga y que sea compatible con dichos intereses, sin excluir a priori que ese período pueda quedar fuera del período de referencia de las vacaciones anuales en cuestión”⁵⁷. Es decir, a la luz de esta jurisprudencia, queda claro que el trabajador afectado por una incapacidad temporal durante sus vacaciones, tiene derecho a un nuevo período de vacaciones, lógicamente con fechas diferentes de las inicialmente fijadas; fechas que se concretarán en función de las reglas nacionales, teniendo en cuenta los intereses de las partes, y pudiendo disfrutarse las vacaciones fuera del período de devengo en estos casos.

⁵⁵ Apartado nº 19 de la STJCE de 10 de septiembre de 2009, C-277/08, asunto Pereda.

⁵⁶ Apartado nº 21 de la STJCE de 10 de septiembre de 2009.

⁵⁷ Apartados nº 22 y 23 de la STJCE de 10 de septiembre de 2009.

Esta jurisprudencia originó un cambio de dirección de la posición del Tribunal Supremo en esta materia⁵⁸. De entrada, la STS de 24 de junio de 2009⁵⁹ (apenas un par de meses posterior a la STJCE Merino), que aplicando la propia jurisprudencia comunitaria (Sentencias Merino y Schultz-Hoff) señalaba que la “doctrina comunitaria obliga a una nueva lectura de los textos internos en liza”, llegando a la conclusión que el derecho a las vacaciones implica no sólo una finalidad de protección de la salud de la institución de las vacaciones, sino también la posibilidad de conciliación de la vida personal con la laboral, así como el derecho al esparcimiento y el ocio, las relaciones sociales e incluso el derecho al ejercicio físico reparador. A partir de aquí el TS desmonta alguno de los argumentos que él mismo había sostenido en su doctrina jurisprudencial sobre la materia.

No obstante, pese al intento de adaptar la jurisprudencia española a la línea interpretativa comunitaria, la doctrina del TS español sólo aceptaba los planteamientos comunitarios de manera parcial: la STS de 24 de junio de 2009 diferencia entre dos situaciones diferentes a las que otorga respuestas distintas. De un lado, si la incapacidad temporal es anterior al inicio del disfrute de las vacaciones, coincidiendo, al extenderse en el tiempo con las vacaciones; por otra parte, el supuesto en que la IT surge durante el disfrute de las vacaciones. Mientras que en el primer caso el trabajador tiene derecho al cambio de fechas, en el segundo la STS considera que estamos ante “un riesgo que, en tal situación, ha de asumir el propio trabajador”, de manera que el trabajador no tiene derecho a un nuevo período de vacaciones en fechas diferentes⁶⁰. De esta manera, si bien desaparece en buena medida la jurisprudencia que tradicionalmente se había mantenido por el TS español, no se renuncia a la misma en aquellos casos en los que la IT aparece durante el disfrute de las vacaciones⁶¹. Era, sin dudas, una aceptación limitada de la jurisprudencia comunitaria.

⁵⁸ Sobre esta cuestión y con carácter general vid. Gorelli Hernández, J.: “El derecho al disfrute efectivo de las vacaciones”, op. cit., páginas 181 y ss.

⁵⁹ RJ 2009\4286.

⁶⁰ Vid. sobre esta cuestión la ST de 23 de enero de 2012, RJ 2012\5106.

⁶¹ Vid. en este sentido las SS.TS de 21 de enero de 2010, RJ 2010\3116; 4 de febrero de 2010, RJ 2010\645; 8 de febrero de 2010, RJ 2010\2320; 11 de febrero de 2010, RJ 2010\2321; 19 de abril de 2010, RJ 2010\2637; 27 de abril de 2010, RJ 2010\4985; 31 de mayo de 2010, RJ 2010\5928; 13 de julio de 2010, RJ 2010\3495; 15 de noviembre de 2010, RJ 2010\9146; 28 de abril de 2010, RJ 2011\2723; 25 de mayo de 2011, RJ 2011\5101. Entre los TSJ vid. las SS.TSJ de Canarias de 21 de marzo de 2012, AS\2013\109; Castilla y León de 24 de febrero de 2010, AS\2010\1442; Navarra de 16 de diciembre de 2009, AS\2009\2708.

Ya he tenido ocasión de señalar que este planteamiento del TS era, a mi juicio, artificioso, pues con la Sentencia Vicente Pereda o incluso con la Sentencia Merino Gómez existían ya argumentos suficientes para sostener el derecho al disfrute de las vacaciones con independencia de que la IT se produjese con anterioridad a las vacaciones o durante las vacaciones⁶², dado que la jurisprudencia comunitaria, no diferenciaba en absoluto entre que la incapacidad temporal comenzase antes del inicio de las vacaciones o dentro del período de disfrute de las mismas. Según esta doctrina, basta y es suficiente que durante las vacaciones el trabajador se encuentre en situación de incapacidad temporal.

La STJUE de 21 de junio de 2012, C-78/11 asunto ANGED⁶³ resolvía nuevamente el problema de la coincidencia entre el período de vacaciones y la incapacidad temporal. ANGED (patronal del sector de grandes empresas de distribución) consideraba que el trabajador que sufría una IT producida antes del inicio de las vacaciones fijadas o bien cuando ésta se producía durante el período de vacaciones, no tenía derecho a un nuevo período de vacaciones, salvo situaciones expresamente reconocidas por convenio colectivo. Este planteamiento suscitó una demanda de conflicto colectivo ante la AN que terminó con una sentencia contraria a la empresa, que interpuso recurso de casación contra la misma. El TS planteó ante el TJUE como cuestión prejudicial si el art. 7.1 de la Directiva 2003/88 se oponía a una interpretación del ordenamiento nacional, “que no permita interrumpir el período vacacional para el disfrute, en un momento posterior, del período completo -o que reste-, si la incidencia de un proceso de incapacidad temporal aconteciera de forma sobrevenida durante el período de disfrute”. En definitiva, se planteaba el derecho del trabajador a un nuevo período de vacaciones cuando durante las mismas surge una situación de IT.

La respuesta que da el TJUE es la de estimar que el derecho al disfrute de vacaciones es un principio de Derecho social de la UE de especial importancia, no pudiendo establecerse excepciones por el ordenamiento nacional (recordemos que es la doctrina mantenida desde la Sentencia BECTU). En este sentido se considera expresamente que “el derecho a vacaciones anuales retribuidas no puede ser interpretado de manera restrictiva”⁶⁴; y se reitera una cuestión que ha

⁶² En este sentido Gorelli Hernández, J.: “El derecho al disfrute efectivo de las vacaciones: de la jurisprudencia comunitaria a la regulación estatutaria”, op. cit., página 34; en el mismo sentido Velasco Portero, M.T.: “El derecho (...)”, op. cit., página 26.

⁶³ JUR\2012\210796, asunto C-78/11.

⁶⁴ Apartado 18 de la Sentencia de 21 de junio de 2012, C-78/11 asunto ANGED.

sido señalada por la jurisprudencia comunitaria sobre concurrencia de IT o maternidad y vacaciones: que la finalidad del derecho a las vacaciones es más amplia que la finalidad misma de la baja por enfermedad, pues (en el primer caso la finalidad consiste en que los trabajadores descansen y dispongan de un período de ocio y esparcimiento; mientras que en el segundo, el objetivo es recuperarse de una enfermedad)⁶⁵. A partir de aquí se recuerda la doctrina fijada en el asunto Vicente Pereda, que como hemos visto ya afirmaba el derecho del trabajador a un nuevo período de vacaciones cuando se produce la concurrencia entre éstas y la IT; pero además, ahora, se afirma expresamente que “resulta que carece de pertinencia el momento en que sobrevive dicha incapacidad. Por consiguiente, el trabajador tiene derecho a disfrutar de sus vacaciones anuales retribuidas coincidentes con un período de baja por enfermedad en un período posterior, con independencia del momento en que haya sobrevenido esa incapacidad laboral”⁶⁶.

La conclusión, evidentemente, es que se opondría a la Directiva un planteamiento por el que el trabajador que de manera sobrevenida pasa a situación de IT durante las vacaciones, no tiene derecho a disfrutar posteriormente de las vacaciones anuales.

Con estas afirmaciones se evidencia que la jurisprudencia española, en su interpretación del art. 38 ET no era conforme al art. 7.1 de la Directiva, por lo que se requería una corrección inmediata de la misma para favorecer que los trabajadores afectados durante el disfrute de las vacaciones de una situación de incapacidad temporal, con independencia de cuándo surge esta, puedan disfrutar realmente de las vacaciones a partir de una fecha diferente, una vez finalizada la suspensión del contrato por incapacidad temporal. A partir de esta Sentencia del TJUE surge una rápida reacción jurisprudencial en el TS que se adapta a los criterios comunitarios⁶⁷.

⁶⁵ Apartado nº 19 de la Sentencia de 21 de junio de 2012, C-78/11 asunto ANGED.

⁶⁶ Apartado nº 21. El apartado nº 22 añade que “sería aleatorio y contrario a la finalidad del derecho a las vacaciones anuales retribuidas (...) conceder ese derecho al trabajador únicamente a condición de que este último ya se encuentre en situación de incapacidad laboral cuando se inicie el período de vacaciones anuales retribuidas”.

⁶⁷ Vid. SSTs de 28 de mayo de 2013, Ar 5351; 19 de marzo de 2013, Ar 3610; 17 de enero de 2013, Ar 4101; 29 de octubre de 2012, Ar 1565; 3 de octubre de 2012, Ar 10302; 23 de enero de 2012, Ar 5106. Entre la doctrina de los Tribunales Superiores de Justicia, vid. la STSJ de Andalucía de 20 de diciembre de 2012, AS\2013\1048; o Navarra de 9 de mayo de 2012, AS\2013\111.

Junto con todo lo anterior existe otro aspecto que en estos casos de coincidencia entre vacaciones e IT ha sido tratado por la jurisprudencia comunitaria y que debe tenerse en cuenta, pues también ha incidido de manera directa en nuestro ordenamiento, me refiero a la posibilidad de disfrutar de las vacaciones fuera del período de devengo cuando se produce esta coincidencia, lo que rompería el tradicional principio de anualidad del ordenamiento y la jurisprudencia española, a tenor de la cual, el año natural sirve como período de devengo y al mismo tiempo período dentro del cual han de disfrutarse las vacaciones.

De entrada, la STJCE de 20 de enero de 2009, caso Schultz-Hoff, al responder a la cuestión de si se pierde el derecho a las vacaciones por su imposibilidad de disfrute en el año de devengo por la coincidencia con la IT, acudía al Convenio 132 OIT, cuyo art. 5.4 señala que a los efectos del período de devengo para adquirir el derecho a las vacaciones, las ausencias debidas a motivos independientes de la voluntad del trabajador, como la enfermedad, serán contadas como parte del período de servicios (estar en incapacidad temporal se tiene en cuenta como período trabajado a los efectos de las vacaciones). En base a este argumento, teniendo en cuenta que la Directiva no diferencia en modo alguno entre períodos de baja y períodos de trabajo efectivo, y sobre todo reiterando lo ya afirmado por la STJCE BECTU sobre la consideración del las vacaciones como un Derecho básico de especial trascendencia, llega a la conclusión de que no cabe admitir la extinción del derecho a las vacaciones por agotamiento del período de devengo sin disfrutarlas⁶⁸. Por lo tanto, el trabajador tiene derecho a nuevas fechas para las vacaciones incluso si el año de devengo finaliza, si como consecuencia de una IT, coincidente con las fechas originales de las vacaciones, que se prolonga durante el año natural, no es posible el disfrute de las mismas en dicho año natural de devengo. A esta jurisprudencia debemos sumar la que ya analizamos sobre idéntica cuestión en el epígrafe anterior.

Con posterioridad la doctrina afirmada ha sido puntualizada por la STJUE de 22 de noviembre de 2011, C-214/10, caso KHS⁶⁹. Esta Sentencia, admite de

⁶⁸ Como afirmaba la STJCE Schultz-Hoff, “lo mismo que en las circunstancias del asunto que dio lugar a la sentencia BECTU, antes citada, en la que el Tribunal de Justicia declaró que los Estados miembros no podían impedir el nacimiento del derecho a vacaciones anuales retribuidas, en una situación como la del Sr. Schultz-Hoff los Estados miembros no pueden prever la extinción de ese derecho”.

⁶⁹ TJCE\2011\369.

manera expresa que en caso de concurrencia entre vacaciones e incapacidad temporal el trabajador debe tener la posibilidad efectiva de un nuevo período de vacaciones, incluso cuando se haya agotado el período de devengo; sin embargo, considera que el trabajador no tiene un derecho ilimitado a la acumulación de períodos anuales de vacaciones no disfrutados por estar de baja médica, de manera que el derecho puede ser extinguido cuando haya transcurrido un amplio plazo de tiempo después de agotarse el período de devengo. Ello supone que la posibilidad de disfrutar de las vacaciones fuera del año de devengo quedaría limitada a un período de tiempo máximo tras la finalización del período anual de devengo⁷⁰.

Consideró esta STJUE KHS que era conforme al art. 7 de la Directiva que un ordenamiento nacional establezca un límite temporal para el mantenimiento del derecho a las vacaciones una vez agotado el período de devengo; se excluye así que de la Directiva derive una acumulación ilimitada de los períodos de vacaciones. Los argumentos de esta Sentencia se basan, de un lado, en que una de las finalidades de las vacaciones es facilitar que el trabajador descanse como instrumento para la seguridad y salud del trabajador, de manera que esta finalidad se cumple fundamentalmente cuando el derecho se disfruta durante el período de devengo (conexión inmediata entre el período de descanso y el período de devengo), aún cuando esta finalidad también puede cumplirse si el disfrute se realiza fuera del período de devengo; ahora bien, siempre que su disfrute no se dilate excesivamente en el tiempo una vez agotado el período anual de devengo; pues de lo contrario las vacaciones carecerán de efecto positivo para el trabajador⁷¹.

También tiene en cuenta la Sentencia KHS que es necesario proteger tanto los intereses de los trabajadores como los empresariales que podrían verse dañados tanto por el hecho de que se produzca una acumulación prolongada de períodos de inactividad laboral del trabajador, como por las dificultades de la

⁷⁰ Vid. Rodríguez Cardo, A.: “De nuevo sobre la incapacidad temporal y el derecho a vacaciones”, *Actualidad Laboral* n° 4 de 2012, páginas 427 y 428; también Velasco Portero, M.T.: “Coincidencia del derecho a vacaciones con un período de incapacidad; el caso Vicente Pereda”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social* n° 102 (2013), página 208; Rodríguez-Piñero, M.: “Derecho a vacaciones y baja del trabajador en la reciente jurisprudencia del TJUE”, *Relaciones Laborales* n° 13-14 de 2012, página 8.

⁷¹ Tal como se afirma en el apartado 33 de esta STJUE, “En efecto, más allá de ese límite, las vacaciones anuales carecen de su efecto positivo para el trabajador en su calidad de tiempo de descanso y sólo conservan su condición de período de ocio y esparcimiento”.

organización del trabajo cuando haya que encajar largos períodos de vacaciones acumulados o varios períodos sucesivos. También acude a lo previsto en el art. 9.1 del Convenio 132 OIT, precepto que establece que en aquellos casos de fraccionamiento de las vacaciones anuales (posibilidad regulada en el art. 8 del Convenio, siempre que al menos haya un período de disfrute ininterrumpido de 15 días), el período de 15 días deberá concederse como muy tarde en el plazo de un año desde que finaliza el período de devengo.

La conclusión es la adecuación al art. 7 de la Directiva de la regulación nacional que limita el disfrute de las vacaciones no aprovechadas durante el período de devengo, a un plazo de tiempo de quince meses desde el agotamiento del período de devengo.

Como hemos visto la jurisprudencia comunitaria ha incidido de manera directa en la jurisprudencia nacional, que debió adecuarse a la necesidad de respetar el derecho del trabajador al disfrute efectivo de las vacaciones cuando éstas coinciden con una IT. Pero, además, el propio legislador procedió a la modificación de la literalidad del art. 38.3 ET, regulando el supuesto de coincidencia de las vacaciones con una IT. Concretamente la Ley 3/2012 redacta nuevamente el art. 38.3 ET, y en cuanto al supuesto de coincidencia de las vacaciones con la IT por contingencias diferentes a las derivadas de maternidad, parto o lactancia (recordar que éstas ya están protegidas a los efectos de coincidencia con vacaciones, tal como hemos visto *supra*, desde la redacción que se introdujo del art. 38.3 ET por la LO 3/2007, que fue respetada por la Ley 3/2012), de manera que el trabajador no pueda disfrutar de su derecho a vacaciones durante el año natural de devengo, podrá disfrutarlas una vez que termine la IT, siempre que no hayan transcurrido más de 18 meses a partir del final del año en que se ha devengado el derecho a vacaciones. Es evidente cómo la actual regulación española es tributaria de la jurisprudencia comunitaria cuando hay coincidencia entre vacaciones, IT o maternidad: hemos llegado a esta regulación, no por el ánimo del legislador que deseaba recoger legalmente una jurisprudencia reiterada; al contrario, la jurisprudencia española era fundamentalmente contraria a admitir un derecho a un nuevo período de vacaciones; muy al contrario, el legislador ha pretendido trasladar a nuestra regulación, la jurisprudencia del TJCE y del TJUE que hemos analizado.

En realidad, la literalidad de la nueva redacción se refiere realmente sólo al supuesto en que coincidiendo las vacaciones con una IT, ésta impide que el trabajador pueda disfrutar, total o parcialmente de las mismas en el año natural de devengo. La respuesta es que el trabajador podrá disfrutar de las vacaciones una vez que finalice dicha IT agotado el período de devengo. Se regula sólo

aquellos casos de coincidencia en que la incapacidad temporal se prolonga dentro del año natural de manera que no quede tiempo dentro del mismo para poder disfrutar de las vacaciones. Por lo tanto, la actual regulación legal no resuelve, de manera expresa, el problema de la coincidencia entre incapacidad temporal y vacaciones. En todo caso, ha de entenderse que si bien se reconoce expresamente el derecho al disfrute efectivo de las vacaciones en el año posterior al devengo por coincidir con una IT, de igual manera hay que entender que ese mismo derecho se tiene cuando pese a la coincidencia con la IT es factible el disfrute de las vacaciones durante en el año natural de devengo⁷².

Por otra parte, basta con recordar lo establecido por la jurisprudencia comunitaria sobre la materia, y especialmente las STJCE Merino Gómez, Schultz-Hoff y Vicente Pereda. Es evidente que a tenor de la jurisprudencia comunitaria es imposible sostener que una regulación nacional sea conforme con el art. 7.1 de la Directiva 2003/88 cuando suponga la pérdida del derecho de vacaciones por coincidir con una IT. Por lo tanto, hay que aceptar que con la actual regulación se reconoce el derecho del trabajador al disfrute efectivo de las vacaciones fijando un nuevo período de disfrute cuando éstas coinciden con una IT.

En cuanto a la concreción de las nuevas fechas de vacaciones, es evidente que el art. 38.3 ET no establece regla alguna, por lo que resulta de aplicación la regla general: las fechas se determinan según el acuerdo entre empresario y trabajador, de conformidad a las reglas establecidas en el convenio colectivo. Ante la falta de acuerdo será la jurisdicción social la que dilucide la cuestión.

No obstante lo anterior, podemos plantear alguna duda la actual redacción del art. 38.3 ET señala respecto del nuevo período de disfrute que “podrá hacerlo una vez finalice su incapacidad”. Esta literalidad podría hacernos pensar en que es obligatorio que las nuevas fechas de disfrute sean inmediatamente después de finalizar la IT. Sin embargo, tras dicha literalidad se afirma por el precepto que dicho disfrute se deberá producir “siempre que no hayan transcurrido más de dieciocho meses a partir del final del año en que se hayan originado”; luego expresamente se está admitiendo que pueda disfrutarse a partir de fechas distintas del momento en que finaliza la incapacidad temporal y no de manera inmediata tras dicha finalización.

⁷² Gorelli Hernández, J.: “El derecho al disfrute efectivo de las vacaciones: de la jurisprudencia comunitaria a la regulación estatutaria”, op. cit., página 38.

En todo caso, se establece, tal como acabamos de ver un límite máximo a la posibilidad de disfrute de nuevas vacaciones, pues para mantener el derecho no puede haber transcurrido más de dieciocho meses a partir del final del año en que se hayan originado. Por lo tanto, las nuevas fechas deben estar comprendidas dentro de este período, sin que pueda fijarse un disfrute posterior a tales dieciocho meses. Con ello nuestro legislador hace suya la doctrina afirmada por la STJUE de 22 de noviembre de 2011, caso KHS; si bien ampliando el plazo al que se refería dicha sentencia, quince meses, pues nuestro ordenamiento establece un total de dieciocho meses computados a partir del final del año de devengo⁷³. Con ello se establece normativamente una nueva quiebra al principio de anualidad, que se ha justificado por la necesidad de dotar de eficacia a un derecho que pretende facilitar a los trabajadores un período de descanso para garantizar la salud y seguridad, objetivo que se vería comprometido si fuera posible retrasar el disfrute a un año posterior al del devengo⁷⁴.

Una duda que nos plantea esta nueva regulación es si el límite de los dieciocho meses se aplica no sólo a aquellos casos en los que la IT impide de manera efectiva el disfrute en el año natural de devengo, sino también en aquellos otros supuestos en los que la IT finaliza dentro del año de devengo, pudiendo el trabajador de manera efectiva disfrutar de las vacaciones en el año de devengo. Desde mi punto de vista, dado que el precepto señala que se establece este plazo especial en aquellos casos en los que las vacaciones coincidan con una IT “que imposibilite al trabajador disfrutarlas total o parcialmente, durante el año natural a que corresponden”; entiendo que dicho plazo sólo funciona cuando no hay una posibilidad efectiva de disfrute en el año natural de devengo. También entiendo que refuerza esta respuesta el hecho de que el plazo de dieciocho meses se compute a partir del final del año en que se generan las vacaciones.

5. POSIBLE NUEVA INCIDENCIA DE LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA: LA RETRIBUCIÓN DE LAS VACACIONES

Uno de los problemas que encontramos en la regulación sobre vacaciones en nuestro ordenamiento es la falta de regulación legal de una cuestión trascen-

⁷³ Sobre la explicación del plazo de dieciocho meses, vid. Gorelli Hernández, M.: “De nuevo (...)”, op. cit., página 2.

⁷⁴ Rabanal Carbajo, P.: Op. cit., (página 8 de 9 en la versión de internet).

dental: la cuantía de la retribución de vacaciones. El art. 38.1 ET se refiere tan sólo al “período de vacaciones retribuidas, no sustituibles por compensación económica”. Es decir, se reconoce el carácter retribuido de las vacaciones, lo cual, en realidad, ya se afirma por el art. 40.2 de la Constitución que reconocer el derecho a “las vacaciones periódicas retribuidas”. Ahora bien, no se señala cuál ha de ser la retribución de las vacaciones.

Ante esta ausencia de regulación, es posible dirigirse al Convenio nº 132 OIT, sobre vacaciones anuales pagadas, cuyo art. 7.1 establece que toda persona con derecho a las vacaciones percibirá “por lo menos su remuneración normal o media (incluido el equivalente en efectivo de cualquier parte de esa remuneración que se pague en especie, salvo si se trata de prestaciones permanentes de que disfruta el interesado independientemente de las vacaciones pagadas), calculada en la forma que determine en cada país la autoridad competente o el organismo apropiado”. Se establece así lo que ha sido denominado por algún sector doctrinal⁷⁵ y jurisprudencial⁷⁶ como principio de equivalencia en la retribución de vacaciones. Desde este punto de vista el trabajador no sólo tiene derecho a un descanso prolongado, sino que forma parte del derecho a vacaciones que el empresario abone una retribución equivalente a su salario habitual o normal.

Sin embargo, la jurisprudencia nacional ha minusvalorado absolutamente el papel del Convenio nº 132 a la hora de concretar el salario del trabajador durante las vacaciones. En líneas generales lo que viene a afirmarse es el carácter disponible del Convenio 132 OIT respecto de la negociación colectiva nacional. Se considera que el Convenio nº 132 OIT no tiene carácter autoejecutivo y requiere necesariamente de la normativa interna para que su regulación tenga eficacia. Y esa normativa nacional no es otra sino el convenio colectivo⁷⁷; que en la prác-

⁷⁵ Sempere Navarro, A.V. y Charro Baena, P.: *Las vacaciones laborales*, Thomson-Aranzadi, Pamplona 2003, página 114.

⁷⁶ Vid. la SSTS de 3 de octubre de 2007, RJ\2007\7908; SSTSJ de Castilla y León de 23 de junio de 2010, AS\2010\2164; Castilla y León de 17 de junio de 2009, AS\2009\1842; Navarra de 19 de noviembre de 2004, AS\2004\3717.

⁷⁷ Vid al respecto la STS de 16 de diciembre de 2005, RJ\2006\330 que ofrece un buen resumen de este planteamiento: “(...) tampoco vulnera los artículos 1 y 7 del Convenio 132 de la OIT que preceptúa, respectivamente, que «la legislación nacional dará efecto a las disposiciones del presente Convenio en la medida en que esto no se haga por medio de contratos colectivos, laudos arbitrales, decisiones judiciales, procedimientos legales para la fijación de salarios o de otra manera compatible con la práctica nacional» y que «toda persona que toma vacaciones de

tica tiene prioridad sobre esta normativa internacional⁷⁸. Hasta aquí el planteamiento podría ser perfectamente aceptable, si no fuese por una importante cuestión: que es perfectamente posible (de hecho no es algo precisamente anormal) que el convenio colectivo establezca una cuantía de retribución de vacaciones que resulta inferior a la ordinaria o normal abonada mensualmente al trabajador. Es en estos casos en los que se plantea con absoluta crudeza el problema que implica aceptar la prioridad de la regulación convencional sobre el Convenio 132 OIT.

Pues bien, es posible encontrar entre la jurisprudencia comunitaria un planteamiento contrario a admitir la posibilidad de que la retribución de vacaciones sea inferior a la retribución ordinaria o normal. Ciertamente la Directiva 2003/88/CE tiene el mismo problema del ordenamiento español: no establece de manera expresa cuál ha de ser el salario del trabajador. Sin embargo ya la SSTJCE de 16 de marzo de 2006, asuntos acumulados C-131/04 y C-257/04, caso Robinson-Steele⁷⁹, afirmaba que “La expresión «vacaciones anuales retribuidas» que figura en dicha disposición significa que, mientras duren las vaca-

conformidad con las disposiciones del preceptivo convenio percibirá, por el período entero de esas vacaciones por lo menos su remuneración normal o media calculada en la forma que determine en cada país la autoridad competente o el organismo apropiado». En definitiva, el Convenio 132 se remite a la vía interna para determinar los conceptos retributivos que deben pagarse durante las vacaciones, y, en este derecho interno, adquiere singular relieve en nuestro ordenamiento jurídico, el convenio colectivo dado su rango de fuente de derecho (art. 3.1.b) ET)”. De igual manera la STS de 25 de abril de 2006, RJ\2006\3104: “Y la sentencia de 30 de septiembre de 1992 precisó que «el art. 7º del Convenio de la OIT núm. 132, al establecer que durante las vacaciones percibirá el trabajador “por los menos su remuneración normal o media calculada en la forma que determine en cada país la autoridad competente o el Organismo apropiado” puesto en relación con el art. 1º del mismo Convenio que dispone que la legislación dará efecto a las disposiciones del citado convenio núm. 132, en la medida en que esto o se haga por medio de convenios colectivos, lo que lleva, conforme mandato del art. 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial ha de interpretarse conforme a los principios constitucionales y atendiendo a la fuerza vinculante de la contratación colectiva, recogida como fuente en el art. 3º del Estatuto de los Trabajadores» (...) Esta doctrina ha sido reiterada por otras muchas sentencias de esta Sala, entre las que podemos mencionar las de 6 de noviembre de 1992, 29 de diciembre de 1992, 22 de septiembre de 1995, y 14 de junio de 1996, entre otras. Manteniéndose en la actualidad doctrina similar en las sentencias de 16 de diciembre del 2005, 29 de diciembre del 2005 y 14 de marzo del 2006.

⁷⁸ Vid. los argumentos jurisprudenciales en Gorelli Hernández, J.: “Sobre el necesario retorno al principio de equivalencia en el salario de vacaciones”, *Revista de Derecho Social* nº 67 (2014), páginas 79 y ss.

⁷⁹ TJCE\2006\81.

ciones anuales en el sentido de la Directiva, debe mantenerse la retribución. En otras palabras, el trabajador debe percibir la retribución ordinaria por dicho período de descanso⁸⁰. Es evidente que la jurisprudencia comunitaria señala la necesidad de que el trabajador perciba, lo que denomina “retribución ordinaria” como salario de vacaciones, de modo que el trabajador tenga una retribución de vacaciones que ha de ser comparable a la que percibe mientras trabaja⁸¹.

Esta misma doctrina se ha repetido posteriormente por la STJCE de 20 de enero de 2009 caso Schultz-Hoff, que reitera, de manera literal, la necesidad de abonar al trabajador durante sus vacaciones la “retribución ordinaria”⁸²; es decir, aquella que es comparable (es decir, equivalente) a los períodos de trabajo. Así, se estima que “cuando se trate de un trabajador que, por razones ajenas a su voluntad, no haya estado en condiciones de ejercitar su derecho a vacaciones anuales retribuidas antes de que finalizara la relación laboral, la compensación económica a la que tiene derecho deberá calcularse de tal modo que el referido trabajador ocupe una situación comparable a aquella en la que se habría encontrado si hubiera ejercitado el mencionado derecho durante su relación laboral. De ello se sigue que la retribución ordinaria del trabajador, que es la que debe mantenerse durante el período de descanso correspondiente a las vacaciones anuales retribuidas, resulta asimismo determinante para el cálculo de la compensación económica en concepto de vacaciones anuales retribuidas no disfrutadas al finalizar la relación laboral”⁸³.

Desde mi punto de vista estas afirmaciones son suficientemente claras para que se entienda que el trabajador tiene un derecho a vacaciones que incluye, no sólo el necesario descanso, sino también una retribución “retribución ordinaria”; es decir, aquella que es equivalente a la que cobra el trabajador durante los períodos de trabajo y en ningún caso inferior a la misma. Como es lógico ello ha de afectar a la jurisprudencia española que es favorable a la plena libertad de la

⁸⁰ Apartado 50 de la TJCE\2006\81.

⁸¹ En este sentido vid., los apartados 58 y 59 de la TJCE\2006\81: “Por consiguiente, sin perjuicio de las disposiciones más favorables de conformidad con el artículo 15 de la Directiva, el momento en el que ha de abonarse la retribución de las vacaciones anuales debe fijarse de modo que, durante dichas vacaciones, el trabajador se encuentre en una situación que, desde el punto de vista del salario, sea comparable a los períodos de trabajo”.

⁸² TJCE\2009\7, asuntos acumulados C-350/06 y C-520/06; vid. apartados nº 58 y 59.

⁸³ Apartados nº 60 y 61 de la STJCE\2009\7.

negociación colectiva, que puede suponer una retribución de vacaciones inferior a la ordinaria.

Con posterioridad a las dos sentencias señaladas, se ha tratado expresamente la cuestión de cuál ha de ser el salario a abonar en caso de vacaciones. Me refiero, en primer lugar a la STJUE de 15 de septiembre de 2011, C-155/10, caso Williams y otros⁸⁴. En este caso se discutía sobre cuál debía ser la retribución de vacaciones de los pilotos de una compañía aérea británica. Esta Sentencia tomaba como punto de partida las afirmaciones antes señaladas de las sentencias Robinson-Steele y Schultz-Hoff, de manera que los trabajadores han de tener un derecho a salario de vacaciones equivalente a la retribución ordinaria por dicho período de descanso⁸⁵, pues “el objetivo de retribuir las vacaciones es colocar al trabajador, durante las citadas vacaciones, en una situación que, desde el punto de vista del salario, sea comparable a los períodos de trabajo”⁸⁶. Como vemos la base jurídica para defender que el trabajador tiene derecho a una retribución normal reside en que ha de evitarse que el trabajador renuncie a su derecho a las vacaciones ante una retribución de carácter insuficiente⁸⁷.

Por otra parte, la STJUE Williams también analizaba cuáles debían ser los conceptos salariales integrantes de la retribución de vacaciones. Concretamente los pilotos de la compañía aérea tenían derecho a un salario mensual integrado por tres elementos, una cuantía fija anual, un complemento salarial variable que dependía del tiempo de vuelo y un complemento en función del tiempo pasado fuera de la base (retribución por dietas). Es evidente que algunos de estos conceptos tienen naturaleza salarial y otros no; de manera que la STJUE aceptaba integrar en el salario de vacaciones la cuantía fija anual, siendo evidente que es retribución ordinaria; el problema va a residir en los otros dos conceptos retributivos de carácter variable. Respecto del primero, el complemento salarial variable que dependía del tiempo de vuelo, afirma con rotundidad esta sentencia que si el objetivo es percibir durante las vacaciones unas condiciones económicas equiparables a las recibidas por el desarrollo de su trabajo, “los inconvenientes intrínsecamente vinculados a la ejecución de las tareas que incumben al

⁸⁴ TJCE\2001\272.

⁸⁵ Apartado nº 19 de la Sentencia.

⁸⁶ Apartado nº 20 de la Sentencia.

⁸⁷ Apartado nº 21 de la Sentencia.

trabajador según su contrato de trabajo y compensados por un importe pecuniario incluido en el cálculo de la retribución global del trabajador, como, para los pilotos de línea aérea, el tiempo pasado en vuelo, deben necesariamente formar parte del importe al que tiene derecho el trabajador durante sus vacaciones anuales”⁸⁸. Además, este componente variable debe tenerse en cuenta para la retribución de las vacaciones en función de un promedio, correspondiendo al juez nacional determinarlo, es decir, fijar el período de referencia que se considere representativo para el cálculo de dicho promedio⁸⁹. Respecto del tercero de los componentes retributivos (tiempo pasado fuera de la base, que constituye básicamente una retribución por dietas), se afirma por el contrario, que “los elementos de la retribución global del trabajador que tienen por único objeto cubrir los gastos ocasionales o accesorios que surjan con ocasión de la ejecución de las tareas que incumben al trabajador según su contrato de trabajo, como los gastos vinculados al tiempo que los pilotos están obligados a pasar fuera de la base, no deben ser tenidos en cuenta para calcular el pago que se ha de abonar durante las vacaciones anuales”⁹⁰.

En definitiva, es evidente que la interpretación que se realiza por parte de la jurisprudencia UE favorece la aplicación estricta del principio de equivalencia, o lo que en estas resoluciones se señala como condición retributiva comparable a la percibida en el ejercicio del trabajo. Por lo tanto, también es claro que ello supone cuestionar esta jurisprudencia española por la que puede llegarse perfectamente a la conclusión de que mediante lo regulado en convenio colectivo, pueda abonarse al trabajador un salario inferior al normal o habitual⁹¹.

Más recientemente la cuestión ha sido abordada por la STJUE de 22 de mayo de 2014, C-539/12⁹². Esta parte de la necesidad de abonar al trabajador la retribución ordinaria durante el período de descanso por vacaciones, de modo que el trabajador perciba un salario comparable con los períodos de trabajo (se reitera, por tanto, lo afirmado por las Sentencias Robinson-Steele y Schultz-Hoff⁹³. En

⁸⁸ Apartado nº 24.

⁸⁹ Vid. apartado nº 26.

⁹⁰ Apartado nº 25.

⁹¹ Sobre la cuestión vid. Gorelli Hernández, J.: “Sobre el necesario retorno (...)”, op. cit., páginas 88 y ss.

⁹² TJCE\2014\191.

⁹³ Vid. apartados 16 y 17 de la Sentencia Lock.

esta Sentencia se discutía una cuestión que es de enorme interés: la retribución de comisiones en caso de vacaciones. Si bien la empresa afectada por la cuestión prejudicial afirmaba que durante el salario de vacaciones se abonaban las comisiones generadas en los meses anteriores, de manera que el salario de vacaciones incluía este complemento retributivo, la Sentencia daba la vuelta al argumento, al considerar que el problema residía en la no generación de comisiones durante las vacaciones (pues el trabajador no desarrolla prestación de trabajo), lo cual puede generar el efecto negativo o disuasorio del disfrute de las vacaciones, por la pérdida de salario que supone el no poder generar derecho a tales cuantías salariales una vez que el trabajador se incorpore tras las vacaciones⁹⁴. En base a ello se afirma que el art. 7.1 de la Directiva 2003/88/CE es contrario a las disposiciones o prácticas nacionales que centran la retribución del trabajador durante vacaciones exclusivamente sobre el salario base⁹⁵.

De otro lado, la Sentencia Lock reitera lo señalado por la Sentencia Williams en relación a que la retribución de vacaciones ha de calcularse de manera que se corresponda con la retribución normal del trabajador, de manera que “todos los componentes de la retribución global inherentes a la condición personal y profesional del trabajador deben mantenerse durante sus vacaciones anuales retribuidas. De este modo, debían mantenerse, en su caso, los complementos relacionados con su calidad de superiora jerárquica, con su antigüedad y con sus cualificaciones profesionales (...) En cambio, según esa misma jurisprudencia, los elementos de la retribución global del trabajador que tienen por único objeto cubrir los gastos ocasionales o accesorios que surjan con ocasión de la ejecución de las tareas que incumben al trabajador según su contrato de trabajo no deben ser tenidos en cuenta para calcular el pago que se ha de abonar durante las vacaciones anuales”⁹⁶.

⁹⁴ Tal como afirman los apartados 21 y 22 de esta sentencia “pese a la retribución que percibe el trabajador durante el período en que efectivamente disfruta de sus vacaciones anuales, ese trabajador puede ser disuadido de ejercer su derecho a disfrutar vacaciones anuales debido a la desventaja financiera diferida, pero sufrida de manera muy cierta durante el período que sigue al de sus vacaciones anuales (...) el período siguiente al de vacaciones anuales sólo dará lugar a una retribución limitada al salario base del trabajador. Esta repercusión financiera negativa puede engendrar un efecto disuasorio del disfrute efectivo de tales vacaciones (...)”.

⁹⁵ Sobre esta Sentencia vid. De La Villa Gil, L.E.: “La nueva lectura del artículo 7.1 de la Directiva 2003/88/CE, por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y su impacto en los complementos salariales”, Trabajo y Derecho n° 1 (2015), páginas 22 y ss.

⁹⁶ Apartados n° 30 y 31 de la Sentencia Lock.

Desde mi punto de vista esta jurisprudencia viene a imponer el principio de equivalencia, que ha sido eludido por la jurisprudencia española que admite la viabilidad de regulaciones convencionales que implican un salario de vacaciones inferior a la retribución ordinaria o normal del trabajador. Evidentemente ello supone la necesidad de que la jurisprudencia española aplique los parámetros fijados por el TJUE y rechace el abono de salarios de vacaciones por cuantía inferior al salario mensual del trabajador. Se trata de una línea jurisprudencial que ha de incidir, esperemos que de inmediato, en la doctrina del Tribunal Supremo español.

6. OTRAS LÍNEAS JURISPRUDENCIALES

Por otra parte también pueden encontrarse planteamientos jurisprudenciales que han de ser tenidos en cuenta a la hora de enfrentarnos a ciertos problemas prácticos en materia de vacaciones. Por ejemplo, podemos encontrar una cuestión que no está regulada expresamente por nuestro ordenamiento nacional, la relativa al momento del pago de las vacaciones. Nuestro ordenamiento se limita a hablar de vacaciones anuales retribuidas, pero ni cuantifica la retribución, ni fija el momento en que ha de abonarse la retribución de vacaciones. Lógicamente, ha de interpretarse que si las vacaciones son retribuidas, parece que la voluntad del legislador es que su abono se produzca en el momento del disfrute de las mismas. En este sentido el art. 7.2 del Convenio nº 132 OIT se pronuncia a favor del abono “antes de sus vacaciones, a menos que se haya previsto de otro modo en un acuerdo que vincule al empleado y a dicha persona”.

La dicción de esta última norma hace que nos planteemos la posibilidad del abono prorrateado de las vacaciones (en cada mensualidad de salario). De hecho nuestro ordenamiento permite esta posibilidad en la normativa sobre salario mínimo, cuando se trata de contratos temporales de corta duración (contratos de menos de 120 días de duración): a tenor del art. 4 del RD 1106/2014, de 26 de diciembre, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2015 señala que se percibirá junto con la cuantía del SMI “la parte proporcional de este correspondiente a las vacaciones legales mínimas en los supuestos en que no existiera coincidencia entre el período de disfrute de las vacaciones y el tiempo de vigencia del contrato. En los demás casos, la retribución del período de vacaciones se efectuará de acuerdo con el artículo 38 del Estatuto de los Trabajadores y demás normas de aplicación”.

Desde mi punto de vista este sistema de abono prorrateado en cada mensualidad sólo es aceptable en estos casos excepcionales, donde la escasa duración

del contrato implica que no se van a desarrollar dentro del mismo el período de vacaciones. Ahora bien, no es, a mi juicio, extensible con carácter general, pues el abono prorrateado puede suponer una limitación al disfrute efectivo, al carecer el trabajador de recursos económicos en el momento en que se le conceden las vacaciones. En este sentido hemos de tener en cuenta que la jurisprudencia comunitaria se ha enfrentado a esta cuestión; concretamente a través de la ya mencionada STJCE de 16 de marzo de 2006, C-131/04 y C-257/04, asunto *Robinson-Steele*⁹⁷. En ella se analizaba si se adecuaba a lo previsto en el art. 7 de la Directiva 93/104/CE la retribución de vacaciones a través del sistema “rolled-up holiday pay”. Este consiste en el abono de las vacaciones en forma de cantidad proporcional que se sumaba al salario ordinario que percibía el trabajador y con la periodicidad propia de la percepción retributiva ordinaria.

La respuesta que se da por el TJCE es la de rechazar este sistema de abono del salario de vacaciones, considerándolo contrario al art. 7 de la Directiva, pues la retribución de las vacaciones resulta esencial para el efectivo disfrute de las mismas de las mismas (el derecho a vacaciones implica necesariamente el abono de las mismas para que el trabajador pueda disfrutar efectivamente de las mismas –el derecho a vacaciones y el derecho a la retribución son dos vertientes del mismo derecho⁹⁸-); de manera que un abono fraccionado puede suponer que al llegar el momento de disfrute de las vacaciones el trabajador quede sin capacidad económica para disfrutar de las mismas.

En otros casos la jurisprudencia española y la comunitaria son divergentes, si bien se impone la posición española como consecuencia de estimarse como más favorable para los trabajadores (recordar a estos efectos lo dispuesto por el art. 15 de la Directiva 2003/88/CE). Me refiero a los supuestos de trabajadores con contrato a tiempo parcial. La duración mínima establecida por el ordenamiento nacional afecta a todo tipo de trabajadores, sin que se establezca distinción alguna en base al tipo de contrato, ya sea este indefinido o temporal⁹⁹, a

⁹⁷ TJCE 2006/81.

⁹⁸ Vid. el apartado 58 de la STJCE de 16 de marzo de 2006.

⁹⁹ Lógicamente aquellos contratos temporales que impliquen una prestación de servicios inferior a un año supondrán generar un derecho a vacaciones con una reducción proporcional, pero es lo mismo que ocurre con los contratos indefinidos el primer o el último año de la relación laboral. Vid. Bejarano Hernández, A.: *Op. cit.*, página 152; Ezquerria Escudero, L.: *Op. cit.*, página 322.

jornada completa o a tiempo parcial¹⁰⁰. No obstante, en el caso de la contratación a tiempo parcial debe señalarse cómo la jurisprudencia UE se ha pronunciado en un sentido diferente.

Así, la STSJUE de 8 de noviembre de 2012, C-229/11 y C-230/11, asunto Heimann¹⁰¹, que en un supuesto de un plan social negociado entre empresa y trabajadores, que suponía la reducción temporal del tiempo de trabajo, consideraba que debía aplicarse a estos trabajadores las condiciones propias de trabajadores a tiempo parcial, y que ello suponía la disminución de las vacaciones anuales pues existía una justificación objetiva. No obstante la propia sentencia reconocía que esta conclusión debía aplicarse hacia el futuro, hacia las vacaciones devengadas durante el período en que los trabajadores estaban a tiempo parcial, y no respecto de las vacaciones ya adquiridas trabajando a tiempo completo. Declaraba finalmente la Sentencia que “El artículo 31, apartado 2, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a disposiciones o prácticas nacionales, como un plan social negociado entre una empresa y su comité de empresa, conforme a las cuales el derecho a vacaciones anuales retribuidas del trabajador con reducción del tiempo de trabajo se calcula conforme al principio de *pro rata temporis*”.

En realidad la posibilidad de la reducción de la duración de las vacaciones en caso de contrato a tiempo parcial ya se planteaba en una Sentencia anterior, la STJCE de 22 de abril de 2010, C-486/08, asunto Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols¹⁰²; si bien en este caso se puntualizaba que el principio *pro rata temporis* resultaba de aplicación sólo al período durante el cual el trabajador había mantenido su contrato a tiempo parcial, no al período anterior, en que se encontraba desarrollando su prestación de servicios a jornada completa, pues dicho período ya había devengado las vacaciones¹⁰³.

¹⁰⁰ Bejarano Hernández, A.: Op. cit., páginas 155 y ss.; también página Ezquerra Escudero, L.: Op. cit., página 320; Sempere Navarro, A.V. y Charro Baena, P.: Op. cit., página 101.

¹⁰¹ JUR\2012\351144.

¹⁰² TJCE\2010\117.

¹⁰³ Vid. Apartados 32 a 34 de la Sentencia.