

LA INFLUENCIA “COMUNITARIA” EN LA CONFIGURACIÓN “INTERNA” DEL DERECHO A LAS VACACIONES ANUALES RETRIBUIDAS

EU’S INFLUENCE ON DOMESTIC CONFORMATION AS TO THE ENTITLEMENT TO PAID ANNUAL LEAVE

LUIS ENRIQUE NORES TORRES

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universitat de València

<http://orcid.org/0000-0001-6128-8552>

lenores@uv.es

RESUMEN

El derecho a las vacaciones anuales constituye una materia que ha sido objeto de tratamiento doctrinal en numerosas ocasiones. Por esta razón, podría parecer que el interés por su estudio resulta limitado; con todo, de manera cíclica, aparecen nuevas perspectivas de análisis que vuelven a situar a esta institución en el foco de atención de los laboristas. Ello sucede especialmente con ocasión de la jurisprudencia comunitaria en la materia, así como con su recepción por el TS. Así las cosas, este trabajo tiene por objetivo analizar cómo ha repercutido la labor normativa y jurisprudencial efectuada desde las instituciones comunitarias en la configuración interna del derecho a las vacaciones y, de manera más concreta, en qué materias ha coadyuvado a revitalizar el interés por éstas.

Palabras clave: Vacaciones; tiempo de trabajo; derecho social; jurisprudencia comunitaria.

ABSTRACT

The entitlement to a paid annual leave appears as a subject that has been studied by the authors very often. For this reason, it might seem that interest in its analysis is limited. However, cyclically, new analytical perspectives appears and

this puts this matter back in the spotlight of the studies. This happens especially with the CJEU case law in the matter as well as with its reception by the TS. Thus, the purpose of this paper is to analyze how the EU's normative and case law has had an impact on the domestic conformation as to the entitlement to paid annual leave and, more specifically, in which areas have helped to revitalize interest in these.

Keywords: annual leave; working time; social policy; CJEU case law.

RESUMO

O dereito ás vacacións anuais constitúe unha materia que foi obxecto de tratamento doutrinal en numerosas ocasións. Por esta razón, podería parecer que o interese polo seu estudo resulta limitado; con todo, de maneira cíclica, aparecen novas perspectivas de análises que volven situar esta institución no foco de atención dos laboristas. Iso sucede especialmente con ocasión da xurisprudencia comunitaria na materia, así como coa súa recepción polo TS. Así as cousas, este traballo ten por obxectivo analizar como repercutiu o labor normativo e xurisprudencial efectuada desde as institucións comunitarias na configuración interna do dereito ás vacacións e, de maneira máis concreta, en que materias coaduxvou a revitalizar o interese por estas.

Palabras clave: Vacacións; tempo de traballo; dereito social; xurisprudencia comunitaria.

1. INTRODUCCIÓN

1.- El derecho a unas vacaciones anuales retribuidas constituye una conquista histórica de la clase trabajadora que encuentra reconocimiento en los instrumentos normativos más relevantes, no solo internos, sino también supranacionales; además, se trata de un derecho que podríamos tildar de "clásico" y, desde esa perspectiva, considerar que su análisis no presenta un excesivo interés,

pues los problemas jurídicos que puede suscitar deberían estar ya apuntados y, sobre todo, resueltos.

1.1.- No obstante, de manera cíclica surgen dudas interpretativas de relevancia sobre el mismo que vuelven a situar a esta institución en el punto de mira de los laboristas. El ejemplo más reciente lo ha traído –no podría ser de otra manera- la COVID-19, en concreto, en todos esos casos en que las empresas han hecho uso de los ERTES, pues la utilización de este mecanismo suspensivo ha determinado que, de manera derivada, se cuestione su repercusión en el devengo y disfrute de las vacaciones.

1.2.- Pero al margen de este problema absolutamente coyuntural, un claro motor de cambio en la configuración del derecho referido ha venido de la mano de las instituciones comunitarias. En efecto, la influencia desarrollada por las mismas en este terreno, como en tantos otros, ha sido muy importante; y ello no solo porque las vacaciones anuales retribuidas aparecen reconocidas como derecho en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y en la Directiva sobre ordenación del tiempo de trabajo 2003/88, de 4 de noviembre, sino, sobre todo, por la labor hermenéutica realizada por el TJUE en ciertos aspectos vinculados a su disfrute que presentan gran relevancia.

2.- Así las cosas, el objetivo de este trabajo se encamina, precisamente, a dar cuenta de cómo ha repercutido la labor normativa y jurisprudencial efectuada desde las instituciones comunitarias en la configuración interna del derecho a las vacaciones y, de manera más concreta, en qué materias han coadyuvado a revitalizar el interés por éstas. En este sentido, un primer acercamiento permite constatar que esta influencia se aprecia de forma especialmente notoria en tres grandes bloques de materias.

2.1.- De entrada, un primer grupo de pronunciamientos o de problemas gira en torno a la duración de las vacaciones, especialmente, en los aspectos relacionados con su devengo y los períodos computables para ello.

2.2.- Por otro lado, en segundo lugar, hay una serie de pronunciamientos que inciden en las garantías para su efectivo disfrute, de manera principal, en lo relativo a su

retribución, la prohibición de sustitución por dinero y la caducidad del derecho.

2.3.- Finalmente, no faltan pronunciamientos que abordan la relación de las vacaciones con la incapacidad temporal y la maternidad, tanto desde la perspectiva de su devengo como desde la específica de su disfrute.

2.- LA REGULACIÓN DE LAS VACACIONES Y SU FINALIDAD

3.- En todo caso, antes de descender a analizar todas estas cuestiones, no resulta superfluo recordar cuál es la normativa que regula la materia, así como su finalidad.

3.1.- Si nos detenemos en la determinación del bloque normativo, esta labor se presenta, en principio, como una tarea relativamente sencilla que no debería presentar mayores complicaciones.

A) De entrada, hemos de tener en cuenta las previsiones contenidas en el convenio nº 132 OIT, sobre vacaciones pagadas, firmado el 24 de junio de 1970 y ratificado por España el 30 de junio de 1972, así como las presentes en la Directiva comunitaria 2003/88, de 4 noviembre, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo –entre ellas, las vacaciones anuales pagadas- y en la propia Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, cuyo art. 31, relativo a las “*condiciones de trabajo justas y equitativas*”, reconoce en el apartado segundo el derecho a un período de vacaciones anuales retribuidas.

Por lo que respecta al primero, al margen de su discutida aplicabilidad directa en ciertos puntos¹, debe destacarse el

¹ Así, por ejemplo, GARCÍA ORTEGA, J., Nacimiento, duración y disfrute del derecho a vacaciones, *Tribuna Social*, 38, 1994, p. 8; MONREAL BRINGSVAERD, E., *La jornada de trabajo: ley y convenio colectivo*, Madrid, CES, 2005, p. 149. En efecto, el alcance del convenio, ya sea en general o en alguna de sus disposiciones ha sido objeto de discusión doctrinal. Al respecto, *vid.* MATIA PRIM, J., Vacaciones anuales, EN: BORRAJO DACRUZ, E. (Dir.), *Comentarios a las leyes laborales: el Estatuto de los Trabajadores, Tomo VII*, Madrid, EDESA, 1982, pp. 415 y ss.; GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., Las garantías del derecho a vacaciones (disfrute efectivo, indisponibilidad, prohibición de compensación en metálico, no acumulación y otras), *Tribuna Social*, 38, 1994, p. 42; BEJARANO HERNÁNDEZ, A., *El derecho a vacaciones anuales retribuidas*, Granada, Comares, 2002, pp. 15 y ss., y SEMPERE NAVARRO, A. V.; CHARRO

hecho de que, en todo caso, proporciona unos importantes criterios interpretativos para solucionar los problemas que se suscitan en relación con el ejercicio de este derecho²; así lo ha recordado el propio TJUE en alguna sentencia³.

Por lo que respecta a la segunda, ya he destacado la trascendencia que ha tenido la Directiva comunitaria y la propia Carta, pero, sobre todo, la labor hermenéutica realizada por el TJUE en ciertos aspectos vinculados al disfrute de las vacaciones. Una regulación que, además, tiene una eficacia directa, incluso entre particulares, según nos ha recordado la jurisprudencia comunitaria⁴.

B) En segundo lugar, si descendemos al ámbito meramente interno, nos encontramos, por un lado, con el artículo 40 CE, donde se encomienda a los poderes públicos que garanticen el descanso necesario mediante una serie de medidas, entre ellas, las vacaciones periódicas retribuidas; por otro lado, en el plano ordinario, el artículo 38 ET.

C) En fin, tanto el texto estatutario como las normas internacionales y comunitarias citadas dejan un amplio margen de actuación a la negociación colectiva en este terreno⁵, tanto para mejorar el derecho como para, sobre todo, concretar diversos aspectos relacionados con su ejercicio.

3.2.- Tampoco la concreción de la finalidad atribuible a este conjunto de normas presenta unas grandes dificultades. Así,

BAENA, P., *Las vacaciones laborales*, Cizur Menor, Aranzadi, 2003, pp. 39-40, quienes entienden, por un lado, que el art. 1 del Convenio no niega la ejecutividad inmediata del mismo, sino que simplemente establece las diferentes fórmulas para darle cumplimiento; por otro lado, señalan que en aquellos supuestos en los que el Convenio limita la obligatoriedad de sus disposiciones a los términos en que se determinen en cada Estado, ello no significa que no deban respetarse los principios inherentes a tales disposiciones

² GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., *Las garantías del derecho a vacaciones...*, *op. cit.*, p. 41.

³ STJUE 4 de octubre de 2018, asunto C-12/17, *María Dicu*.

⁴ STJUE 6 de noviembre de 2018, C-569/16 y C-570/16, asuntos acumulados *Maria Elisabeth Bauer y Martina BroBonn*.

⁵ En este sentido, por ejemplo, DE VICENTE PACHÉS, F.; MIÑARRO YANINI, M., *Vacaciones anuales* (art. 38 ET), EN: GARCÍA NINET, J. I. (Dir.), *Salario y tiempo de trabajo en el Estatuto de los Trabajadores (de 1980 a 2005)*, Madrid, CEF, 2005, p. 496; MONREAL BRINGSVAERD, E., *La jornada de trabajo...*, *op. cit.*, p. 150

el descanso vacacional, por un lado, permite reponer las fuerzas consumidas por la actividad laboral; igualmente, proporciona un tiempo libre durante el cual se pueden desarrollar una pluralidad de actividades ajenas al trabajo.

En definitiva, según ha indicado la doctrina científica, las vacaciones cumplen una doble finalidad⁶: por un lado, recuperadora; por otro, de dedicación al ocio. Este extremo, por lo demás, también aparece expresamente reconocido en la jurisprudencia, tanto interna⁷, como comunitaria⁸.

En todo caso, el modo de aprovecharlas es una cuestión que corresponde decidir libremente al trabajador, quien podría destinarlas a desarrollar otra actividad retribuida sin que ello determine una transgresión de la buena fe contractual que legitime un despido disciplinario, salvo que se incurriera en competencia desleal, según tuvo la ocasión de indicar el TC⁹.

3.- LA DURACIÓN DE LAS VACACIONES

4.- El texto estatutario señala que la duración de las vacaciones anuales retribuidas será la fijada en convenio colectivo o contrato individual, sin que en ningún caso pueda ser inferior a treinta días naturales -artículo 38.1 ET-, lo que supone una clara mejora tanto del Convenio núm. 132 de la OIT -que alude a tres semanas por un año de servicios (artículo 3.3), sin computar los días feriados

⁶ Así, entre otros, MATIA PRIM, J., *Vacaciones...*, *op. cit.*, p. 583; GARCÍA ORTEGA, J., *Nacimiento, duración y disfrute...*, *op. cit.*, p. 7; GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., *Las garantías del derecho a vacaciones...*, *op. cit.*, p. 41; ALFONSO MELLADO, C. L.; PEÑA OBIOL, S., *Vacaciones, fiestas y descanso semanal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, p. 25; FITA ORTEGA, F., *Límites legales a la jornada de trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, p. 148; BODAS MARTÍN, R., *La jornada laboral*, Madrid Dykinson, 2002, p. 60; SEMPERE NAVARRO, A. V.; CHARRO BAENA, P., *Las vacaciones...*, *op. cit.*, pp. 50- 51; DE VICENTE PACHÉS, F.; MIÑARRO YANINI, M., *Vacaciones anuales...*, *op. cit.*, p. 494; MONREAL BRINGSVAERD, E., *La jornada de trabajo...*, *op. cit.*, p. 149.

⁷ SsTS de 30 de abril de 1996, rec. 3084/1995, de 13 de febrero de 1997, rec. 3265/1996 y de 25 de febrero de 2003, rec. 2155/2002.

⁸ SsTJUE de 4 de octubre de 2018, C-12/17, asunto *María Dicu*, párr. 27, de 6 de noviembre, C-619/16, asunto *Kreuziger*, párr. 39 y de 13 diciembre de 2018, C-385/17, asunto *Torsten Hein*, párr. 26.

⁹ STC 192/2003, de 27 de octubre.

oficiales o establecidos por la costumbre (artículo 6.1)-, como de la Directiva 2003/88 -cuyo artículo 7.1 recoge un período mínimo de cuatro semanas-.

4.1.- La duración prevista en ET presenta claramente la naturaleza de mínimo de derecho necesario¹⁰; en efecto, la literalidad del precepto no ofrece dudas al respecto. Así pues, la autonomía colectiva -y también la individual- podría mejorar dicha duración, pero no empeorarla.

4.2.- Por otra parte, al fijar la duración mínima de las vacaciones retribuidas, nótese que el precepto emplea el calificativo de *anuales*, sin mayores concreciones; la misma técnica emplea el arts. 31.2 Carta DDFF o el art. 7 de la Directiva 2003/88 (vacaciones anuales); algo más preciso -no mucho más- resulta el artículo 3.3 del Convenio núm. 132 de la OIT cuando señala que surgen «por un año de servicios». Así pues, el carácter anual del derecho a las vacaciones retribuidas es evidente; lo que no resulta tan claro es el significado que quepa atribuir a la mencionada anualidad.

A) Al respecto, la doctrina científica ha ofrecido diferentes interpretaciones¹¹: De entrada, la de la postanualidad: el devengo del derecho surge *después* de un año de servicios o, más exactamente, tras once meses de trabajo¹². En segundo lugar, la de la intranualidad: las vacaciones se devengan *por* un año de servicios ya completados o que previsiblemente se vayan a completar durante el año

¹⁰ Entre otros, GARCÍA ORTEGA, J., Nacimiento, duración y disfrute ..., *op. cit.*, p. 17; GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., Las garantías del derecho a vacaciones..., *op. cit.*, p. 44; ALFONSO MELLADO, C. L.; PEÑA OBIOL, S., *Vacaciones, fiestas...*, *op. cit.*, p. 29; SALA FRANCO, T. *et alii*, *Los límites legales al contenido de la negociación colectiva. El alcance imperativo o dispositivo de las normas del Estatuto de los Trabajadores*, Madrid, MTAS, 2001, p. 117; BEJARANO HERNÁNDEZ, A., *El derecho a vacaciones...*, *op. cit.*, p. 146; BODAS MARTÍN, R., *La jornada...*, *op. cit.*, p. 61; SEMPERE NAVARRO, A. V.; CHARRO BAENA, P., *Las vacaciones...*, *op. cit.*, p. 97; MONREAL BRINGSVAERD, E., *La jornada de trabajo...*, *op. cit.*, p. 153

¹¹ Las diferentes teorías aparecen recogidas y desarrolladas ampliamente en BEJARANO HERNÁNDEZ, A., *El derecho a vacaciones...*, *op. cit.*, pp. 25 y ss., con las oportunas referencias doctrinales y judiciales a las mismas

¹² En efecto, que surgen tras once meses de trabajo se intuye en la STS de 15 de febrero de 2018, rec. 47/2017, pues se deduce de la fórmula de cálculo empleada para determinar la retribución.

natural. Finalmente, la de la interanualidad: las vacaciones se devengan durante un año de servicios, sin exigir que éste sea el natural.

B) Las dos últimas lecturas son las que tradicionalmente han parecido tener un mayor predicamento doctrinal¹³ e, incluso, en la jurisprudencia interna¹⁴, sin que la comunitaria se haya pronunciado al respecto.

4.3.- El hecho de que las vacaciones se devenguen por un año de servicios plantea la cuestión de si deben computarse determinadas ausencias del trabajador durante el período en que se está gestando el derecho. Al respecto, el artículo 5.4 del Convenio núm. 132 de la OIT tan sólo alude a que se computen «*las ausencias por motivos independientes de la voluntad de la persona interesada, como enfermedad, accidente o maternidad,*» pero «*en las condiciones que en cada país se determinen por la autoridad competente o por el organismo apropiado*».

A) El silencio del texto estatutario en este punto debería conducir a que la negociación colectiva asumiera un rol fundamental en esta tarea; sin embargo, habitualmente, los convenios no afrontan esta labor y cuando lo hacen, por lo general, se limitan a concretar la incidencia que tienen la maternidad y la incapacidad temporal en este terreno¹⁵, algo que trataré más adelante, si bien ya anticipo, aun siendo “*verdad universalmente reconocida*”, que tales períodos computan a efectos del devengo.

¹³ Así, entre otros, MATIA PRIM, J., Vacaciones..., *op. cit.*, pp. 409 y ss.; GARCÍA ORTEGA, J., Nacimiento, duración y disfrute ..., *op. cit.*, pp. 8-9, si bien admite que el convenio podría establecer el criterio de la postanualidad; ALFONSO MELLADO, C. L.; PEÑA OBIOL, S., Vacaciones, fiestas..., *op. cit.*, pp. 26 y ss.; SEMPERE NAVARRO, A. V.; CHARRO BAENA, P., Las vacaciones..., *op. cit.*, pp. 59 y ss. Por el contrario, en defensa de la postanualidad, *vid.* BODAS MARTÍN, R., La jornada..., *op. cit.*, p. 61; DE VICENTE PACHÉS, F.; MIÑARRO YANINI, M., Vacaciones anuales..., *op. cit.*, p. 497, aunque reconocen el derecho al disfrute proporcional cuando el tiempo trabajado sea inferior al año.

¹⁴ SsTS de 17 de septiembre de 2002, rec. 4255/2001 y de 27 de mayo de 2019, rec. 1518/2017, que implícitamente opta por la intranualidad.

¹⁵ NORES TORRES, L. E., Las vacaciones, EN: GOERLICH PESET, J. M^a (Dir.), *El tiempo de trabajo en la negociación colectiva*, Madrid, Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2008, p. 328.

B) Por lo que respecta a otras situaciones, al margen del tratamiento doctrinal¹⁶, algunas han sido objeto de solución judicial.

- Así, se ha entendido que debe tomarse en consideración como trabajo efectivo a efectos del cálculo -es decir, no descontarse- los días correspondientes a la participación en huelga legal¹⁷; o los períodos de tramitación de un despido que finalmente deriva en una readmisión tras la conciliación¹⁸, por lo que todo apuntaba hacia que, seguramente, la misma solución debiera darse cuando ello derivase de la calificación judicial como nulo o improcedente y se optase por la readmisión. Y así se ha sostenido la jurisprudencia más reciente, tanto la interna como la comunitaria. En efecto, por lo que respecta a la primera, el TS ha señalado que *"Ese tiempo de sustanciación del proceso de despido y de los recursos interpuestos, cuando finalmente se opta por la readmisión efectiva del trabajador, ha de ser considerado como tiempo de actividad laboral, puesto que si en ese lapso de tiempo no ha habido trabajo efectivo, no ha sido precisamente por la voluntad del trabajador, sino que la inactividad se debe a un acto extintivo de la empresa que después se declara ilícito, y cuyos efectos antijurídicos se tratan de restaurar completamente a través de la readmisión, tal y como se desprende de los arts. 278, 282 y 284 para la ejecución de sentencias de despido con readmisión. Por ello, ese tiempo de tramitación equiparable a tiempo de trabajo tras la readmisión, proyectará sus efectos sobre los parámetros de la relación laboral, entre los que se encuentra el derecho a*

¹⁶ Así, entre otros, pueden consultarse GARCÍA ORTEGA, J., Nacimiento, duración y disfrute ..., *op. cit.*, pp. 10 y ss.; ALFONSO MELLADO, C. L.; PEÑA OBIOL, S., *Vacaciones, fiestas...*, *op. cit.*, pp. 33 y ss.; BODAS MARTÍN, R. (2002), *op. cit.*, pp. 61 y ss.; BEJARANO HERNÁNDEZ, A., *El derecho a vacaciones...*, *op. cit.*, pp. 53 y ss.; SEMPERE NAVARRO, A. V.; CHARRO BAENA, P., *Las vacaciones...*, *op. cit.*, pp. 70 y ss.; DE VICENTE PACHÉS, F.; MIÑARRO YANINI, M., *Vacaciones anuales...*, *op. cit.*, pp. 497-498; BASTERRA, HERNÁNDEZ, M., *Tiempo de trabajo y tiempo de descanso*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 232 y ss.

¹⁷ SsTS de 1 de octubre de 1991, rec. 368/1991, y de 22 de enero de 1993, rec. 32/1992.

¹⁸ STS de 10 de abril de 1990, ROJ: TS: 3220/1990.

las vacaciones no disfrutadas por el trabajador debido a causas que en absoluto le son imputables"¹⁹. En cuanto a la segunda, el TJUE ha efectuado una interpretación posterior de corte similar al entender que sería contrario a la Directiva que un trabajador ilícitamente despedido y posteriormente readmitido no tuviera derecho a vacaciones –o a una compensación económica– por los períodos comprendidos entre el despido y la readmisión²⁰. Por cierto, la solución alcanzada al respecto por el TS no deja de llamar la atención, pues en el supuesto de hecho sometido a su consideración la retribución de las vacaciones iría ya incluida en los propios salarios de tramitación correspondientes al año 2014. En efecto, la base fáctica de la sentencia viene referida a un trabajador que ostentaba la condición de representante legal de la plantilla a quien la empresa jubila de manera forzosa con efectos 22 de febrero de 2012; el 4 de febrero de 2015 se dicta la STS en UD que reconoce la improcedencia del despido; en marzo de 2015, el trabajador insta la readmisión y reclama los salarios de tramitación; finalmente, el 14 de mayo de 2015 solicita las vacaciones de 2014 y de 2015, pero solo se le reconocen por la empresa la parte proporcional de las de 2015. El TS entiende que se le deben reconocer en su integridad las de 2014 y las de 2015. Por lo demás, el TS se encarga de subrayar que esta sentencia no contradice la STS de 12 de junio de 2012, rec. 2484/2011, porque dicha sentencia resolvía un despido en el que la empresa había optado por la extinción indemnizada

- Por el contrario, se han entendido no computables los correspondientes a licencias retribuidas de larga duración concedidas al trabajador por decisión de la empresa²¹. Asimismo, el TJUE ha señalado que la exclusión del tiempo durante el cual el trabajador permanece disfrutando de un permiso parental a efectos de calcular el devengo no

¹⁹ STS 27 de mayo de 2019, rec. 1518/2017.

²⁰ STJUE de 25 de junio de 2020, C-762/18 y C-37/19, asuntos acumulados *Vahoven jasatsionen sad na Republika Bulgaria e Iccrea Banca SpA*, respectivamente.

²¹ STS de 30 de abril de 1996, rec. 3084/1995.

vulnera la Directiva²². La razón del diferente tratamiento dispensado a estos permisos respecto el otorgado a la IT o a la maternidad se justifica en atención a diversas razones, según reconoce el propio TJUE. En efecto, a diferencia de la IT, el permiso parental no es imprevisible ni ajeno a la voluntad del trabajador; por otro lado, durante el permiso, el trabajador no está sujeto a limitaciones físicas o psíquicas causadas por una enfermedad. Por otra parte, en contraposición a lo que sucede con la maternidad, el objetivo de ambas figuras es bien distinto –en la maternidad, la protección biológica de la mujer y las relaciones madre-hijo tras el parto-. Por estas razones, el TJUE concluye que no estamos ante un período de trabajo efectivo. En fin, igualmente, ésta también era la solución que se venía sosteniendo en el pasado para las empresas que habían procedido a la suspensión del contrato de trabajo por la vía del art. 47 ET²³ y la que se ha propugnado en los últimos tiempos para aquéllas que, a raíz de la crisis sanitaria, han adoptado un ERTE suspensivo, sea por fuerza mayor o por causas económicas, no así en los ERTes de reducción de jornada en los que se afirma que el derecho se sigue generando, eso sí, en proporción al tiempo trabajado²⁴. Todo ello sin perjuicio de que la solución sea susceptible de mejora vía pacto colectivo o individual, singularmente, el colectivo que se pueda alcanzar en el seno del período de consultas previo y de los problemas de ajuste a la jurisprudencia comunitaria en cuanto a la retribución que la solución plantea y a los que luego aludiré.

²² STJUE de 4 de octubre de 2018, C-12/17, asunto *Dicu*, al hilo de un permiso parental de algo mas de siete meses solicitado para el cuidado de un hijo y que se disfruta tras la suspensión por maternidad.

²³ Al respecto, *vid.* BASTERRA HERNÁNDEZ, M., *Tiempo de trabajo...*, *op. cit.*, p. 239 y ss, y bibliografía por él citada.

²⁴ En este sentido, *vid.* las respuestas de LÓPEZ-TAMES IGLESIAS, R., BLANCO PERTEGAZ, T. P., SÁNCHEZ ANDRADA, J., MARTÍNEZ MOYA, J., MORENO GONZÁLEZ-ALLER, I. y RENTERO JOVER, J., en el Foro: ERTE, vacaciones y pagas extraordinarias, *Revista de Jurisprudencia. El derecho*, julio 2020.

4. LAS GARANTÍAS DE DISFRUTE

5.- El ordenamiento jurídico cuenta con una serie de medidas que tratan de garantizar el disfrute efectivo de las vacaciones. En este sentido deben destacarse tres notas que acompañan a las vacaciones: de entrada, su carácter retribuido; en segundo lugar, la prohibición de compensación económica o minoración por sanción; por último, teóricamente, la caducidad del derecho. Y en todas estas vertientes también podemos apreciar la influencia de la labor desarrollada desde las instituciones de la UE.

4.1. EL CARÁCTER RETRIBUIDO: ALCANCE

5.- La primera de las garantías a las que he aludido es el carácter retribuido que acompaña al período vacacional, algo expresamente reconocido en el artículo 38 ET, que no efectúa mayores precisiones sobre el particular; lo mismo sucede con el art. 7 de la Directiva 2003/88/CE. Todo ello puede ocasionar ciertas dudas interpretativas en el momento de su aplicación práctica. En este sentido, de manera especial, cabe detenerse en el alcance de la retribución, en concreto, a qué cuantía tiene derecho el trabajador. Al respecto, el artículo 7.1 del Convenio núm. 132 de la OIT dispone que *«toda persona que tome vacaciones... percibirá, por el período entero de esas vacaciones, por lo menos su remuneración normal o media (incluido el equivalente en efectivo de cualquier otra 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»*.

5.1.- Así las cosas, y teniendo en cuenta el silencio del texto estatutario en este punto, la negociación colectiva tradicionalmente se ha colocado en un primer plano de la escena a la hora de resolver la cuestión, pues tiene la consideración de «organismo apropiado» a estos efectos, como destacaban con insistencia los tribunales²⁵; de hecho,

²⁵ Entre otras, SsTS de 16 de diciembre de 2005, rec. 4790/2004, de 29 de diciembre de 2005, rec. 764/2005, de 14 de marzo de 2006, rec. 998/2005 o de 2 de febrero de 2007, rec. 57/2006.

éstos llegaron a afirmar que la norma internacional era subsidiaria del convenio colectivo y que aquélla se aplicaría en la medida en que éste careciese de una regulación específica²⁶, algo que refrenda un importante sector doctrinal²⁷.

A) Ello implicaba que si la negociación colectiva no regulaba la cuestión, se recurría al criterio de la retribución normal o media, esto es, la retribución que de modo regular y ordinario viniera percibiendo el trabajador, que funcionaría como regla general respecto los conceptos retributivos computables²⁸ y cuya aplicación, por lo demás, trataba de ser concretada por la jurisprudencia que procedió a integrar todos los conceptos salariales y excluir los de tipo excepcional que compensaban actividades extraordinarias²⁹.

B) Por el contrario, la existencia de previsiones convencionales, llevaba a la aplicación de éstas, gozando el convenio colectivo de una amplia libertad a la hora de concretar los factores de cálculo de la retribución correspondiente, completando la regla general de la retribución normal o media, pudiéndose apartar de ella³⁰ y

²⁶ SsTS de 9 de noviembre de 1996, rec. 3318/1995, de 7 de julio de 1999, rec. 4320/1998.

²⁷ En este sentido, por ejemplo, ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., *La retribución de las vacaciones*, *Tribuna Social*, 38, 1994, p. 38; ALFONSO MELLADO, C. L.; PEÑA OBIOL, S., *Vacaciones, fiestas...*, *op. cit.*, p. 50; en sentido diverso, BEJARANO HERNÁNDEZ, A., *El derecho a vacaciones...*, *op. cit.*, pp. 171 y ss.

²⁸ SsTS de 21 de enero de 1992, rec. 792/1991, de 29 de octubre de 1996, rec. 1030/1996, de 16 de diciembre de 2005, rec. 4790/2004, de 29 de diciembre de 2005, rec. 764/2005, de 14 de marzo de 2006, rec. 998/2005, de 25 de abril de 2006, rec. 16/2005, de 6 de junio de 2006, rec. 2733/2005, de 26 de enero de 2007, rec. 4284/2005 o de 2 de febrero de 2007, rec. 57/2006.

²⁹ STS de 17 de diciembre de 1996, rec. 1321/1996; en esta línea, STS de 19 de abril de 2000, rec.. 2980/1999, señala que ante el silencio habrá que tomar los conceptos retributivos que correspondan a la jornada normal.

³⁰ SsTS de 21 de enero de 1992, rec. 792/1991, de 29 de octubre de 1996, rec. cas. 1030/1996, de 16 de diciembre de 2005, rec. 4790/2004, de 29 de diciembre de 2005, rec. 764/2005, de 14 de marzo de 2006, rec. 998/2005, de 25 de abril de 2006, rec. 16/2005, de 6 de junio de 2006, rec. 2733/2005, de 26 de enero de 2007, rec. 4284/2005 o de 2 de febrero de 2007, rec. 57/2006. Al respecto, *vid.* las críticas a esta postura en BEJARANO HERNÁNDEZ, A., *El derecho a vacaciones...*, *op. cit.*, pp. 171 y

excluir partidas que habitualmente se percibiesen³¹, siempre que se respetasen los mínimos indisponibles de derecho necesario³². Este era el caso de las comisiones: si el convenio no las excluía se percibían, pero podían excluirse por obra del primero.

5.2.- Pues bien, en esta materia, hemos asistido a un importantísimo giro en los últimos años que ha venido, precisamente, de la mano de la jurisprudencia comunitaria.

A) En efecto, al margen de un primer acercamiento, en el que en relación con unos pilotos de líneas aéreas el TJUE señaló que el carácter retribuido de las vacaciones reconocido por el artículo 7 de la Directiva 2003/88/CE implica el derecho a que se mantenga no sólo el salario base, sino también los complementos intrínsecamente vinculados a la ejecución de sus tareas, así como los vinculados a su estatuto personal y profesional³³, hay que destacar otro posterior en el que se plantea la cuestión relativa a las comisiones y su incidencia en la retribución de las vacaciones. Me refiero al conocido asunto Lock³⁴.

En este pronunciamiento, el TJUE sienta la doctrina de que resulta contraria a la Directiva unas disposiciones nacionales en las que *“un trabajador cuya retribución está compuesta, por un lado, por un salario base y, por otro, por una comisión cuyo importe se fija en función de los contratos celebrados por el empresario gracias a las ventas obtenidas por este trabajador sólo tiene derecho, en concepto de vacaciones anuales retribuidas, a una retribución formada*

ss. y en MONREAL BRINGSVAERD, E., *La jornada de trabajo...*, op. cit., pp. 165-167.

³¹ Así, en la jurisprudencia, STS de 22 de septiembre de 1995, rec. 1348/1994.

³² SsTS de 21 de enero de 1992, rec. 792/1991, de 29 de octubre de 1996, rec. 1030/1996, de 16 de diciembre de 2005, rec. 4790/2004, de 29 de diciembre de 2005, rec. 764/2005, de 14 de marzo de 2006, rec. 998/2005, de 25 de abril de 2006, rec. 16/2005, de 6 de junio de 2006, rec. 2733/2005, de 26 de enero de 2007, rec. 4284/2005 o de 2 de febrero de 2007, rec. 57/2006.

³³ STJUE de 15 de septiembre de 2011, C-155/2010, asunto *Williams y otros*.

³⁴ STJUE de 22 de mayo de 2014, C-539/12, asunto *Lock*.

exclusivamente por su salario base". Asimismo, la sentencia fija una serie de claves sobre cómo calcular la retribución de las vacaciones –lo que denomina la retribución "normal"–, haciendo acopio de pronunciamientos anteriores. La primera idea que destaca al respecto es la de que los conceptos retributivos ligados a los inconvenientes intrínsecamente vinculados a la ejecución de las tareas que incumben al trabajador según su contrato de trabajo deben ser tenidos en cuenta. La segunda idea sería la de que todos los componentes de la retribución global inherentes a la condición personal y profesional del trabajador también deben mantenerse (cita expresamente los relacionados con su calidad de superioridad jerárquica, la antigüedad o las cualificaciones profesionales). Finalmente, como tercera idea y en sentido contrario, estaría la de que los elementos de la retribución global del trabajador que tienen por objeto cubrir los gastos ocasionales o accesorios que surjan con ocasión de la ejecución de las tareas que incumben al trabajador según su contrato no se toman en consideración. Por lo demás, como ya he indicado, este pronunciamiento resolvía un asunto sobre la trascendencia de las comisiones que tuvo una gran repercusión tanto en los foros prácticos como en los académicos. Con todo, llama la atención que hay un aspecto de esta sentencia que ha pasado inadvertido: su incongruencia. Y es que la cuestión planteada, en realidad, no era si durante las vacaciones se percibían comisiones o no, pues de hecho se percibían; el problema era que las previsiones convencionales relativas al devengo de las mismas hacían que surgiesen *a posteriori* de las ventas, de manera que en vacaciones no se podían generar comisiones para el futuro o, mejor dicho, al tomarse las vacaciones quedaban comprometidas las comisiones de meses venideros, lo cual constituiría un desincentivo para su disfrute. Por su parte, el razonamiento y la argumentación desarrollada por la sentencia aborda ambas cuestiones (la retribución durante las vacaciones y la eventual repercusión del disfrute del período vacacional en eventuales comisiones futuras). Pues bien, a pesar de ello, el fallo de la sentencia tan sólo alude al derecho a percibir las comisiones durante las vacaciones, algo que en ningún

momento se discutía en el asunto del que trae causa la cuestión prejudicial.

B) En todo caso, como decía, esta sentencia ha sido el motor del cambio en la jurisprudencia interna sobre retribución de las vacaciones y el papel del convenio colectivo al respecto. En efecto, el Tribunal Supremo, con expreso apoyo en la jurisprudencia comunitaria mencionada³⁵, modificó su postura tradicional sobre el rol asignado a la negociación colectiva en la materia afirmando lo siguiente³⁶:

“...si bien hasta la fecha hemos mantenido que el Convenio Colectivo puede válidamente limitar los elementos salariales de la jornada «ordinaria» que hayan de retribuirse en vacaciones, apartándose así de la «remuneración normal o media», siempre -se decía- que en cómputo anual se respetasen los mínimos indisponibles de Derecho necesario [FJ Sexto], de todas formas tal criterio ha de ser rectificado -y se rectifica por esta sentencia-, atendiendo a que tanto la doctrina del TJUE - elemento interpretativo de nuestro régimen normativo y convencional-, como el art. 7.1 Convenio 132 atienden a la «remuneración normal o media», si bien -art. 7.1 citado- «calculada en la forma» que pudiera acordar -entre otras posibilidades- la negociación colectiva.

Pues bien, aclarado ello nos parece razonable entender que aunque la fijación de esa retribución [«normal o media»] por parte de la negociación colectiva admita un comprensible grado de discrecionalidad, pues a ello indudablemente alude la expresión «calculada en la forma...» que el citado art. 7.1 del Convenio 132 utiliza, de todas las maneras la misma no puede alcanzar la distorsión del concepto -«normal o media»- hasta el punto de hacerlo irreconocible, puesto que se trata concepto jurídico indeterminado y como tal ofrece:

a).- Lo que se ha denominado «núcleo» -zona de certeza-, que parece debe integrarse, en su faceta «positiva» por los conceptos que integran la retribución «ordinaria» del

³⁵ STJUE de 22 de mayo de 2014, C-539/12, asunto *Lock*, pero también STJUE de 12 de junio de 2014, C-118/13, asunto *Bollacke*.

³⁶ SsTS de 8 de junio de 2016, recs. 207/2015 y 112/2015.

trabajador individualizado, como por ejemplo, el salario base, los conceptos - complementos- debidos a «condiciones personales» del trabajador [antigüedad, titulación, idiomas...] y a circunstancias de la «actividad empresarial» [toxicidad; penosidad; peligrosidad...], que siempre son percibidos por los trabajadores individualmente considerados; y en su faceta «negativa», por términos generales, los conceptos retributivos extraordinarios [con carácter general y sin perjuicio de su excepción en singulares circunstancias, los bonus; determinados incentivos; horas extraordinarias...].

b).- El llamado «halo» -zona de duda-, que bien pudiera estar integrado por complementos atribuibles a circunstancias relativas al concreto «trabajo realizado» [esporádica nocturnidad; aislada turnicidad; las mismas horas extraordinarias, pero dotadas de una cierta reiteración ...], y cuya calificación -como retribución ordinaria o extraordinaria- dependerá de las circunstancias concurrentes [particularmente la habitualidad en su ejecución], y que es precisamente el punto en el que puede operar una cierta discrecionalidad de la negociación colectiva” .

Con posterioridad, la misma orientación se aprecia en distintos pronunciamientos que han ido configurando un sólido cuerpo doctrinal en la materia³⁷. Así, se ha considerado que deben tenerse en cuenta, a efectos de

³⁷ SSTS de 9 de junio de 2016, rec. 235/2015, de 16 de junio de 2016, rec. 146/2015, de 30 de junio de 2016, rec. 47/2015, de 15 de septiembre de 2016, rec. 258/2015, de 29 de septiembre de 2016, rec. 233/2015, de 25 de enero de 2017, rec. 96/2016, de 30 de enero de 2017, rec. 44/2016, de 14 de febrero de 2017, rec. 45/2016, de 21 de marzo de 2017, rec. 80/2016, de 20 de julio de 2017, rec. 261/2016, de 28 de febrero de 2018, rec. 16/2017, de 18 de abril de 2018, rec. 257/2016, de 29 de noviembre de 2018, rec. 167/2017 y, más recientemente, STS de 22 de mayo de 2020, rec. 172/2018. En todo caso, la aplicación al caso concreto no siempre resulta clara. En este sentido, basta contrastar la solución sostenida por la STS de 25 de enero de 2017, rec. 96/2016, sobre convenio que deduce de las comisiones mensuales una parte para entregarlas en vacaciones, con la STS de 15 de febrero de 2018, rec. 47/2017, en la que, a la hora de efectuar el cálculo, las partidas se obtienen dividiendo entre 330 o 333 y no entre 365, multiplicando luego el resultado por el número de días vacaciones.

proceder al cálculo de la retribución vacacional, los pluses de "cambio de turno", de "descanso de área de mantenimiento" y de "destacamento y de retén laborales"³⁸, así como los pluses de "nocturnidad", "disponibilidad por días de guardia", "flexibilidad; especial matinal" y de "ruptura de franjas"³⁹ o el "plus de asistencia"⁴⁰. Por el contrario, se ha entendido que cabe excluir del computo de la media el "plus de cambio de horario", el de "cambio de convocatoria", "la compensación por desplazamiento" y "el complemento fin de semana y festivo intersemanal" –estos últimos pertenecerían a la "zona de duda", si bien en el supuesto se aprecia su ocasionalidad⁴¹.

C) En fin, la influencia comunitaria en este terreno no finaliza en lo señalado, ya que el TJUE también se ha pronunciado sobre la repercusión que en la retribución de las vacaciones pueda tener la realización de horas extraordinarias o la reducción del tiempo de trabajo a instancia de la empresa por causas atinentes a la misma, en ambos casos, durante el período de devengo⁴².

En relación con las horas extraordinarias, el TJUE ha afirmado que no forman parte de la retribución ordinaria a la que el trabajador tiene derecho; ahora bien, podrán tener tal consideración si concurren ciertas notas, tales como la exigibilidad de su realización, su carácter previsible y habitual o la relevancia en la retribución habitual. Y esta idea es la que subyace en la solución dada por el TS a la retribución de las vacaciones de los trabajadores a tiempo parcial que experimentaron una "ampliación" de su jornada durante el período de devengo que ya no está vigente al tiempo del disfrute, quienes tendrían derecho a que se calcule su retribución atendiendo a la jornada ampliada⁴³.

En cuanto a la segunda parte, el TJUE ha indicado que no cabe reducir la retribución por el hecho de que durante el

³⁸ STS de 20 de julio de 2017, rec. 261/2016

³⁹ STS de 28 de febrero de 2018, rec. 16/2017.

⁴⁰ STS de 29 de noviembre de 2018, rec. 167/2017.

⁴¹ STS de 18 de abril de 2018, rec. 257/2016.

⁴² STJUE de 13 de diciembre de 2018, asunto C-385/17, asunto *Torsten Hein*.

⁴³ STS de 22 de mayo de 2020, rec. 172/2018.

período de devengo no haya habido trabajo efectivo porque la empresa haya aplicado reducciones temporales del tiempo de trabajo por motivos empresariales. Esta solución, por cierto, se olvida cuando se aborda la cuestión relativa a las vacaciones de los trabajadores afectados por un ERTE suspensivo o de reducción de jornada, cuando a mi juicio debe ser extrapolable.

4.2. LA PROHIBICIÓN DE SUSTITUCIÓN POR COMPENSACIÓN ECONÓMICA

6.- El carácter retribuido de las vacaciones no es la única medida prevista para garantizar su disfrute efectivo. En efecto, una segunda garantía importante para ello es la prohibición de sustituirlas por una compensación económica, algo que aparece expresamente impuesto por el artículo 38.1 ET, en consonancia con lo establecido en el artículo 12 del Convenio núm. 132 de la OIT y en el artículo 7.2 de la Directiva 2003/88, que tan sólo permiten exceptuar los casos de finalización del contrato⁴⁴, a los que se pueden unir otras situaciones excepcionales, como puede ser el fallecimiento del trabajador, en cuyo caso, según ha recordado el TJUE⁴⁵, la compensación pasa a los herederos. Precisamente, al hilo de la excepción primeramente indicada, han surgido ciertos pronunciamientos judiciales a los que resulta conveniente hacer referencia.

6.1.- Así, de entrada, debe señalarse que la admisión de sustituir las vacaciones por compensación económica en los casos de finalización de la relación laboral conduce en la práctica a que, en ocasiones, los trabajadores temporales cuyo contrato finaliza durante el año natural no disfruten

⁴⁴ Así, entre otros, GARCÍA ORTEGA, J., *Nacimiento, duración y disfrute...*, *op. cit.*, pp. 18-19, que añade los casos en que no se disfrutaban por estarse tramitando un despido que después deriva en la readmisión; GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., *Las garantías del derecho a vacaciones...*, *op. cit.*, pp. 46 y ss.; ALFONSO MELLADO, C. L.; PEÑA OBIOL, S., *Vacaciones, fiestas...*, *op. cit.*, p. 52; FITA ORTEGA, J., *Límites legales...*, *op. cit.*, p. 63; BODAS MARTÍN, R., *La jornada...*, *op. cit.*, p. 62; DE VICENTE PACHÉS, F.; MIÑARRO YANINI, M., *Vacaciones anuales...*, *op. cit.*, p. 503.

⁴⁵ STJUE de 6 de noviembre de 2018, C-569/16 y 570/16, asuntos *Maria Elizabeth Bauer y Martina BroBonn*.

realmente de éstas, sino que se les abone en la liquidación final. Algún convenio colectivo trata de reaccionar frente a estas maniobras y establece que tales trabajadores las disfrutarán durante la vigencia del contrato⁴⁶.

6.2.- Por otra parte, para los casos en que no se haya cumplido con la obligación compensatoria, la jurisprudencia ha señalado que su reclamación en sede judicial está sujeta al plazo de prescripción de un año, siendo el *dies a quo* el momento del cese y no el de la sentencia que, en su caso, enjuicie el despido⁴⁷ o el de la extinción de la relación laboral⁴⁸.

6.3.- En fin, en dicha sede también se ha recalcado la naturaleza salarial de estas percepciones –esto es, la compensación por vacaciones no disfrutadas- a los efectos de la determinación de la responsabilidad solidaria prevista por el artículo 42 ET para las contratas de propia actividad⁴⁹.

6.4.- Por lo demás, la excepción se ha extendido a todos aquellos casos en los que deviene imposible el disfrute. Antes aludía al fallecimiento del trabajador, pero pensemos también en los casos en los que al trabajador se le reconoce una incapacidad permanente, como nos enseña la jurisprudencia al resolver un supuesto en el que las vacaciones correspondientes a un determinado período –en concreto, el correspondiente a los años 2010, 2011 y de 2012- se compensan económicamente al pasar de la incapacidad temporal a la incapacidad permanente total y extinguirse el contrato⁵⁰. Por cierto, el plazo de reclamación sigue siendo aquí de un año y el *dies a quo* el momento en que se produce el tránsito de una situación a otra.

⁴⁶ Al respecto, *vid.*, NORES TORRES, L. E. (2008), Las vacaciones..., *op. cit.*, p. 337.

⁴⁷ STS de 20 de enero de 2006, rec. 3811/2004.

⁴⁸ STS de 28 de mayo de 2013, rec. 1914/2012.

⁴⁹ SsTS de 23 de diciembre de 2004, rec. 4525/2003, de 9 de marzo 2005, rec. 6537/2003, de 31 de enero de 2006, rec. 4895/2004, de 1 de febrero de 2006, rec. 3306/2004, de 27 de abril de 2006, rec. 112/2005, de 24 de abril de 2006, rec. 112/2015; más reciente, la STS de 11 de noviembre de 2013, rec. 2674/2012.

⁵⁰ STS de 14 de marzo de 2019, rec.466/2017.

4.3. LA CADUCIDAD DEL DERECHO

7.- En fin, una última cuestión relacionada con la fijación del período vacacional y las garantías de su disfrute es la relativa a la caducidad del derecho.

7.1.- En este punto, los tribunales suelen defender un planteamiento, ya tradicional, de conformidad con el cual el carácter anual de las vacaciones implica que caduquen con el año natural, por lo que si no se han disfrutado al finalizar éste, en principio, se pierden⁵¹, aunque ello se matice posteriormente dando entrada a supuestos excepcionales en los que se admite el disfrute posterior⁵², algunos de los cuales cuentan, en la actualidad, con un reconocimiento normativo, como se verá más adelante.

7.2.- Con todo, esta tesis, que inicialmente pretendía funcionar como una garantía del efectivo disfrute de las vacaciones por parte del trabajador, resulta abiertamente criticable por los injustos resultados a los que puede conducir. Por ello, es compartible la opinión del sector doctrinal que aporta fundamentos para no seguirla o, al menos, para flexibilizarla⁵³.

En este sentido, de entrada, cabría aludir a la ausencia en el texto estatutario de dicho plazo. Así las cosas, a falta de un plazo específico, se aboga por la aplicación del general de un año recogido en el artículo 59.1 ET o, con mayor probabilidad, las previsiones del artículo 59.2 ET, donde

⁵¹ SsTS de 17 de septiembre de 2002, rec. 4255/2001, y de 25 de febrero de 2003, rec. 2155/2002.

⁵² Entre otros, ALFONSO MELLADO, C. L.; PEÑA OBIOL, S., *Vacaciones, fiestas...*, op. cit., p. 55; DE VICENTE PACHÉS, F.; MIÑARRO YANINI, M., *Vacaciones anuales...*, op. cit., p. 505.; BASTERRA HERNÁNDEZ, M., *Tiempo de trabajo...*, op. cit., pp. 254 y ss. Así, por ejemplo, GARCÍA ORTEGA, J., *Nacimiento, duración y disfrute...*, op. cit., p. 18 alude entre tales casos excepcionales a los supuestos en los que la empresa ha impedido el ejercicio del derecho y éste viniera impuesto judicialmente; por su parte, BODAS MARTÍN, R., *La jornada...*, op. cit., p. 62 menciona como ejemplo los casos que obedezcan a una causa imputable al empresario o los supuestos en que la suspensión del contrato impidió su ejercicio.

⁵³ MATIA PRIM, J., *Vacaciones...*, op. cit., p. 450; GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., *Las garantías del derecho a vacaciones...*, op. cit., p. 47; ALFONSO MELLADO, C. L.; PEÑA OBIOL, S., *Vacaciones, fiestas...*, op. cit., p. 55; BEJARANO HERNÁNDEZ, A., *El derecho a vacaciones...*, op. cit., p. 204; SEMPERE NAVARRO, A. V.; CHARRO BAENA, P., *Las vacaciones...*, op. cit., p. 169.

para las obligaciones de tracto único que no puedan tener lugar una vez finalizado el contrato, se fija el plazo de un año a contar a partir del momento en que la acción pudo ejercitarse.

Por otra parte, ello podría quedar corroborado por el artículo 9.1 del convenio núm. 132 de la OIT, a cuyo tenor *«La parte ininterrumpida de las vacaciones pagadas anuales mencionada en el párrafo 2 del artículo 8 deberá concederse y disfrutarse a más tardar en el plazo de un año, a partir del final del año en que se haya originado el derecho a esas vacaciones, y el resto de las vacaciones anuales pagadas, a más tardar dentro de los dieciocho meses, contados a partir de dicha fecha»*, añadiendo el apartado segundo que *«con el consentimiento de la persona empleada interesada, se podrá autorizar que se aplaze por un período superior al indicado en el párrafo 1 del presente artículo, y hasta un límite determinado, el disfrute de cualquier fracción de las vacaciones anuales que exceda de cierto mínimo que se determine al efecto»*.

Finalmente, la jurisprudencia comunitaria dictada en los últimos años nos da pie para modificar este criterio o, cuando menos, matizarlo. En este sentido, al afrontar la cuestión relativa a la pérdida del derecho por parte del trabajador, por no haberlo ejercitado en tiempo, así como a la compensación económica, el TJUE señala que resulta contrario a la directiva una normativa en virtud de la cual *“si el trabajador no ha solicitado ejercer su derecho de vacaciones anuales retribuidas durante el período de referencia de que se trate, al término de dicho período pierde, automáticamente y sin que se verifique previamente si el empresario le ha permitido efectivamente ejercer ese derecho, en particular informándole de manera adecuada los días de vacaciones anuales retribuidas devengados por dicho período en virtud de esas disposiciones y correlativamente su derecho a una compensación económica por las vacaciones no disfrutadas en el caso de que se extinga la relación laboral”*⁵⁴.

⁵⁴ SsTJUE de 6 de noviembre de 2018, C-684/16 y C-619/16, asuntos *Shimizu y Kreuziger*, respectivamente.

5.- LA INCIDENCIA DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL Y LA MATERNIDAD

8.- Un último foco de interés en materia de vacaciones es el relacionado con la incidencia que sobre éstas tiene la Incapacidad Temporal y la maternidad, tanto a efectos de su devengo, como en relación con su disfrute. Y nuevamente, sobre todo en el último terreno mencionado, la influencia comunitaria en la configuración interna del derecho ha tenido una gran relevancia.

5.1.- LA INCIDENCIA EN EL DEVENGO

9.- En todo caso, desde la primera perspectiva, el punto de partida debe ser el artículo 5.4 del Convenio núm. 132 de la OIT, de conformidad con el cual, *«las ausencias del trabajo por motivos independientes de la voluntad de la persona interesada, como enfermedad, accidente o maternidad, serán contadas como parte del período de servicios»*.

9.1.- A partir de tal presupuesto normativo, la doctrina científica ha venido entendiendo mayoritariamente que los períodos de tiempo correspondientes a tales situaciones se tienen en cuenta en el momento de calcular el nacimiento del derecho a las vacaciones o, en otras palabras, que la suspensión del contrato por incapacidad temporal o por maternidad computan como período de servicios a tales efectos⁵⁵.

9.2.- Asimismo, también el Tribunal Supremo ha insistido en ello de manera reciente, incluso en supuestos en los que la incapacidad temporal presentaba una larga duración. En este sentido, algún pronunciamiento recuerda que el hecho de haber permanecido durante un dilatado periodo de tiempo en situación de incapacidad temporal, en concreto,

⁵⁵ En este sentido, por ejemplo, ALFONSO MELLADO, C. L.; PEÑA OBIOL, S., *Vacaciones, fiestas...*, op. cit., p. 36; BEJARANO HERNÁNDEZ, A., *El derecho a vacaciones...*, op. cit., p. 83; BODAS MARTÍN, R., *La jornada...*, op. cit., p. 61; SEMPERE NAVARRO, A. V.; CHARRO BAENA, P., *Las vacaciones...*, op. cit., p. 77; DE VICENTE PACHÉS, F.; MIÑARRO YANINI, M., *Vacaciones anuales...*, op. cit., p. 498;; en sentido diverso, GARCÍA ORTEGA, J., *Nacimiento, duración y disfrute...*, op. cit., p. 14, quien entiende que la norma internacional en este punto no es *self executing*, por lo que su aplicación requeriría de previsiones legales o convencionales que le dotasen de contenido.

desde el 3 de marzo de 2010 hasta el paso a una incapacidad permanente total el 14 de diciembre de 2012, con breves interrupciones –del 19 de marzo de 2010 al 30 de agosto de 2010–, no impide que se genere el derecho a las vacaciones correspondientes a los años 2010, 2011 y 2012⁵⁶.

5.2. LA INCIDENCIA EN EL DISFRUTE

10.- Desde la segunda perspectiva, nuevamente cabe acudir al Convenio núm. 132 de la OIT como punto de partida, en concreto, a su artículo 6.2, si bien dicho precepto tan sólo alude a «los períodos de incapacidad de trabajo resultantes de enfermedad o accidente», los cuales «*no podrán ser contados parte de las vacaciones*», pero nada prevé sobre la maternidad. Ello aconseja ofrecer un tratamiento diferenciado de ambas situaciones.

5.2.1.- La incidencia de la maternidad

11.- Por lo que respecta a la maternidad, a pesar del silencio del convenio nº 132 de la OIT al respecto, la solución se presenta en la actualidad bastante sencilla, pues viene dada por la propia normativa vigente.

11.1.- En efecto, la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, modificó el artículo 38.3 ET, añadiendo un nuevo párrafo en el que se reconoce el derecho a un nuevo señalamiento a disfrutar con posterioridad a la IT vinculada al embarazo, parto o lactancia o al período de suspensión por maternidad, incluso, más allá del año natural.

11.2.- Así, la reforma vino a recoger el criterio que en este punto se había forjado en la jurisprudencia comunitaria⁵⁷, posteriormente asumida por los tribunales internos⁵⁸ y que muchos convenios colectivos ya recogían⁵⁹.

⁵⁶ STS de 14 de marzo de 2019, rec.466/2017.

⁵⁷ STJUE de 18 de marzo de 2004, C-342/2001, asunto *Merino-Gómez*.

⁵⁸ STS de 10 de noviembre de 2005, rec. 4291/2004, frente a la postura contraria sostenida en el pasado por las SsTS de 30 de noviembre de 1995, rec. 1511/1994 y de 27 de junio de 1996, rec. 2241/1994.

⁵⁹ Al respecto, *vid.* NORES TORRES, L. E. (2008), *Las vacaciones... op. cit.*, p. 339.

5.2.2.- La incidencia de la Incapacidad Temporal

12.- Por lo que respecta a la incapacidad temporal, ciertamente el Convenio núm. 132 de la OIT no acaba de resolver el problema, pues la solución apuntada en el artículo 6.2 es aplicable *«en las condiciones que en cada país se determinen por la autoridad competente o por el organismo apropiado»*.

12.1.- La postura tradicional en esta materia había sido la de diferenciar en función de que la incapacidad fuera previa al inicio de las vacaciones o sobreviniera durante éstas⁶⁰: en el primer caso, se reconocía el derecho a un nuevo señalamiento, mientras en el segundo no, pues se entendía que era algo que entraría dentro del riesgo exclusivo del trabajador.

12.2.- Ese entendimiento fue abandonado por la jurisprudencia posterior, que negó el derecho a un nuevo señalamiento incluso en el caso de la incapacidad previa⁶¹, modificando la postura apuntada en pronunciamientos anteriores, que parecía proclive a extender a estos casos el tratamiento ofrecido para la maternidad⁶².

12.3.- En fin, nuevamente la influencia de la jurisprudencia comunitaria ha hecho que los tribunales internos modifiquen su postura en este punto.

En efecto, la doctrina sentada por el TJUE al resolver ciertas cuestiones prejudiciales presentadas desde el Reino Unido y Alemania, sobre las relaciones entre las vacaciones y las bajas por enfermedad⁶³, en las que un trabajador estando de baja pretendía disfrutar de las vacaciones durante la misma –es decir, justo la situación inversa a la que habitualmente se plantea; ello seguramente se debiera a la incidencia en una retribución superior- y en la que se afirma *“no se opone a la directiva que un trabajador de baja por*

⁶⁰ En todo caso, no se trataba de una postura unánime: al respecto, *vid.* BEJARANO HERNÁNDEZ, A., *El derecho a vacaciones...*, *op. cit.*, pp. 126 y ss.

⁶¹ SsTS de 11 de julio de 2006, rec. 87/2005 y de 3 de octubre de 2007, rec. 5068/2005.

⁶² SsTS de 10 de noviembre de 2005, rec. 4291/2004 y de 21 de marzo de 2006, rec. 681/2005.

⁶³ STJUE de 20 de enero de 2009, C-350/2006 y C-520/2006, asuntos acumulados *Schultz-Hoff y Stringer*.

enfermedad no tenga derecho a disfrutar de las vacaciones durante la misma”, llevó a que el TS importase de una forma harto discutible la solución dada por el TJUE y defendiese el derecho a disfrutar de las vacaciones en momento posterior al pactado si el trabajador iniciaba un período de incapacidad temporal con carácter previo a las fechas asignadas⁶⁴.

Las dudas sobre lo acertado o no de la asunción de tal doctrina se difuminaban en un pronunciamiento del TJUE posterior⁶⁵, al resolver una cuestión prejudicial, ahora planteada desde España, sobre este problema y en la que se indica que *«El artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003... debe interpretarse en el sentido de que se opone a disposiciones nacionales o convenios colectivos que establezcan que un trabajador que se encuentre en situación de incapacidad temporal durante el período de vacaciones anuales fijado en el calendario de vacaciones de la empresa en la que está contratado no tiene derecho, una vez dado de alta médica, a disfrutar sus vacaciones anuales en un período distinto del fijado inicialmente, en su caso fuera del período de referencia de que se trate»*.

Estos pronunciamientos, en todo caso, no abordaban el problema de la incidencia que pudiera tener la incapacidad temporal sobrevenida durante el disfrute de las vacaciones; pues bien, la solución ha sido la misma. Así, recogiendo la respuesta dada por el TJUE a una cuestión prejudicial planteada nuevamente desde España⁶⁶, el TS ha señalado que el derecho a un nuevo señalamiento se tiene tanto en los casos de IT previa como sobrevenida⁶⁷, incluso una vez finalizado el año natural⁶⁸.

⁶⁴ STS de 24 de junio de 2009, rec. 1542/2008.

⁶⁵ STJUE de 10 de septiembre de 2009, C-277/2008, asunto *Vicente Pereda*.

⁶⁶ STJUE de 21 de junio de 2012, asunto C-78/2011.

⁶⁷ SsTS de 3 de octubre de 2012, rec. 249/2009, de 17 de enero de 2013, rec. 1744/2010, y de 19 de marzo de 2013, rec. 528/2012.

⁶⁸ SsTS de 29 de octubre de 2012, rec. 4425/2011 y 4 de febrero de 2015, rec. 2085/2013.

Por lo demás, algunas sentencias posteriores han reconocido que no se opone al derecho comunitario el hecho de que la normativa interna prevea la extinción de las vacaciones si ha pasado un tiempo de aplazamiento razonable, habiéndose entendido como no razonable un período de nueve meses⁶⁹ a contar desde la finalización del año en que se generó el derecho y, diversamente, como razonable otro de quince meses⁷⁰; obviamente, el criterio empleado para la medición de la razonabilidad conecta con las previsiones antes comentadas en el art. 9.1 del Convenio 132 OIT, esto es, la posibilidad de poder de la parte ininterrumpida de las vacaciones en un período de doce meses posterior a la finalización del año y el resto hasta en dieciocho meses.

12.4.- Pues bien, en este contexto, la redacción actual del art. 38.3.III ET asume de forma decidida esta orientación de la jurisprudencia comunitaria y permite que, en los casos de incapacidad temporal, las vacaciones puedan disfrutarse con posterioridad a la misma, incluso una vez finalizado el año natural en que se generaron con el límite de dieciocho meses; tales previsiones se ajustan perfectamente a la interpretación emanada del TJUE según se acaba de constatar.

13.- Con todo, está asunción de la doctrina comunitaria en la materia a veces fuerza a decisiones que parecen ir más allá de toda lógica. En efecto, alguna sentencia del TS ha aplicado esta doctrina a la pretensión de disfrutar los días de “vacaciones adicionales para navidad y semana santa” previstos en el convenio colectivo de enseñanza planteada por una camarera limpiadora que había estado de baja desde el mes de noviembre hasta el 4 de enero, permitiéndole disfrutar esas “vacaciones de navidad” en fechas ulteriores⁷¹.

13.1.- A mi juicio, además de sorprendente, esta solución se mueve en dirección contraria a la seguida por el TJUE cuando ha tenido que resolver una cuestión análoga que se le ha planteado sobre el disfrute de los días adicionales de

⁶⁹ STJUE de 3 de mayo de 2012, C-337/2010, asunto *ANGED*.

⁷⁰ STJUE de 22 de noviembre de 2011, C-214/2010, asunto *KHS*.

⁷¹ STS de 4 de julio de 2018, rec. 1619/2018.

vacaciones reconocidos en normativa interna pero no comunitaria; y es que, sobre dicho particular, el TJUE ha sostenido que el hecho de que esos días adicionales no gocen del aplazamiento no vulnera la normativa comunitaria⁷².

13.2.- Por lo demás, tal vez, la solución dada por el Tribunal Supremo se encuentre muy mediatizada por los propios términos del convenio colectivo; en este sentido, seguramente si se recogiesen otros diversos –por ejemplo, permisos retribuidos en lugar de vacaciones–, la solución hubiese sido distinta. Y es que, de hecho, existe un pronunciamiento previo de hecho, en el que se abordaba un asunto similar, pero sobre días que compensan los festivos: la dicción convencional condujo a que no se considerasen festivos y, en consecuencia, no se aplicase esa doctrina de disfrute ulterior cuando media incapacidad temporal o maternidad⁷³.

5.2.3. La (no) traslación de la doctrina de aplazamiento a otras situaciones

14. Esta doctrina del aplazamiento no se aplica a los permisos retribuidos, de manera que si los sucesos determinantes de su concesión (matrimonio, nacimiento de hijo, enfermedad de parientes, etc.) tienen lugar durante el período vacacional, no se tiene derecho a su disfrute ulterior, salvo, obviamente, previsión expresa en contrario. Así lo ha entendido el TJUE: *“Los artículos 5 y 7 de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, deben interpretarse en el sentido de que no se aplican a una normativa nacional que no permite a los trabajadores reclamar el disfrute de los permisos retribuidos*

⁷² STJUE 19 de noviembre de 2019, C-609/2017 y 610/2017, asuntos TSN y AKT. La doctrina sentada por esta sentencia, por lo demás, puede tener también una repercusión adicional en otra materia: el alcance de las subrogaciones convencionales. Al respecto, *vid.* NORES TORRES, L. E., Novedades jurisprudenciales en materia de transmisión de empresa: la labor del TJUE y del TS en los últimos dos años, *Revista Labos*, vol. 1, nº 1, 2020, p. 101.

⁷³ STS de 2 de marzo de 2017, rec. 107/2016.

que contempla esta normativa en días en los que estos trabajadores deben trabajar cuando las necesidades y obligaciones para las que están previstos estos permisos retribuidos se produzcan durante los períodos de descanso semanal o de vacaciones anuales retribuidas contemplados en estos artículos"⁷⁴.

6. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALFONSO MELLADO, C. L.; PEÑA OBIOL, S., *Vacaciones, fiestas y descanso semanal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996.
- ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., La retribución de las vacaciones, *Tribuna Social*, 38, 1994, pp. 36-40.
- BASTERRA HERNÁNDEZ, M., *Tiempo de trabajo y tiempo de descanso*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.
- BEJARANO HERNÁNDEZ, A. (2002), *El derecho a vacaciones anuales retribuidas*, Granada, Comares.
- BODAS MARTÍN, R., *La jornada laboral*, Madrid, Dykinson, 2002.
- GARCÍA ORTEGA, J. (1994), Nacimiento, duración y disfrute del derecho a vacaciones, *Tribuna Social*, 38, pp. 7-20.
- DE VICENTE PACHÉS, F.; MIÑARRO YANINI, M., Vacaciones anuales (art. 38 ET), EN: GARCÍA NINET, J. I. (Dir.), *Salario y tiempo de trabajo en el Estatuto de los Trabajadores (de 1980 a 2005)*, Madrid, CEF, 2005, p. 493-519.
- FITA ORTEGA, F., *Límites legales a la jornada de trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.
- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., Las garantías del derecho a vacaciones (disfrute efectivo, indisponibilidad, prohibición de compensación en metálico, no acumulación y otras), *Tribuna Social*, 38, 1994, pp. 41-50.
- LÓPEZ-TAMES IGLESIAS, R., BLANCO PERTEGAZ, T. P., SÁNCHEZ ANDRADA, J., MARTÍNEZ MOYA, J., MORENO GONZÁLEZ-ALLER, I.; RENTERO JOVER, J.,

⁷⁴ STJUE de 4 de junio de 2020, C-588/18, asunto DIA, S.A. y Twins Alimentación, S.A:

- Foro: ERTE, vacaciones y pagas extraordinarias, *Revista de Jurisprudencia. El derecho*, julio 2020 (en prensa).
- MATIA PRIM, J. (1982), Vacaciones anuales, EN: BORRAJO DACRUZ, E. (Dir.), *Comentarios a las leyes laborales: el Estatuto de los Trabajadores, Tomo VII*, Madrid, EDESA, p. 583.
- NORES TORRES, L. E., Las vacaciones, EN: GOERLICH PESET, J. M^a (Dir.), *El tiempo de trabajo en la negociación colectiva*, Madrid, Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2008, pp. 324-367.
- NORES TORRES, L. E., Novedades jurisprudenciales en materia de transmisión de empresa: la labor del TJUE y del TS en los últimos dos años, *Revista Labos*, vol 1, nº 1, 2020, pp. 91-108.
- SALA FRANCO, T. et altri, *Los límites legales al contenido de la negociación colectiva. El alcance imperativo o dispositivo de las normas del Estatuto de los Trabajadores*, Madrid, MTAS, 2001.
- MONREAL BRINGSVAERD, E. (2005), *La jornada de trabajo: ley y convenio colectivo*, Madrid, CES.
- SEMPERE NAVARRO, A. V.; CHARRO BAENA, P. (2003), *Las vacaciones laborales*, Cizur Menor, Aranzadi.