

El disfrute efectivo de las  
vacaciones anuales retribuidas:  
una cuestión de derecho y de  
libertad personal, de seguridad  
en el trabajo y de igualdad  
(A propósito de la Sentencia del Tribunal de  
Justicia de las Comunidades Europeas, de 18 de  
marzo de 2004, en un caso de coincidencia  
temporal entre descanso por maternidad y  
período de vacaciones)

*Santiago González Ortega*

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.  
Universidad Carlos III de Madrid

SUMARIO

1. LA VARIEDAD DE LAS CUESTIONES QUE SE SUSCITAN EN TORNO AL TEMA DEL DISFRUTE EFECTIVO DE LAS VACACIONES
2. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE 18 DE MARZO DE 2004 (C-342/2001) Y SU CASO
3. LA CUESTIÓN CENTRAL DE LA FINALIDAD DEL DERECHO A LAS VACACIONES VISTA, ADEMÁS, DESDE LA PERSPECTIVA ANTIDISCRIMINATORIA—3.1. *Vacaciones y derecho al descanso: la función de las vacaciones como instrumento de protección de la salud laboral; su retribución*—3.2. *Las vacaciones anuales como un derecho y una prerrogativa del trabajador: un concepto del tiempo vacacional no necesariamente funcionalizado sólo a la garantía de la salud*—3.3. *La cuestión concreta de la coincidencia entre período vacacional y descanso por maternidad. La posible extensión a otros supuestos de solapamiento*—3.4. *El argumento antidiscriminatorio*—3.5. *El reparto del riesgo como forma de compromiso definitivamente desplazada*
4. EL INSTRUMENTO DE APLICACIÓN: LA FIJACIÓN DE LA FECHA DE DISFRUTE POR CONVENIO COLECTIVO

## **1. LA VARIEDAD DE LAS CUESTIONES QUE SE SUSCITAN EN TORNO AL TEMA DEL DISFRUTE EFECTIVO DE LAS VACACIONES**

El presente comentario tiene como referencia principal la Sentencia, de 18 de marzo de 2004, del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Asunto C-342/2001, Merino Gómez-Continental Industrias del Caucho, SA). Esta Sentencia resuelve dos cuestiones prejudiciales planteadas por el Juzgado de lo Social núm. 33 de Madrid, relativas al disfrute efectivo del período de vacaciones anuales por parte de una trabajadora cuando las fechas fijadas para esas vacaciones coinciden, en todo o en parte, con el período de descanso por maternidad.

Se trata de una cuestión aparentemente sencilla, sin prejuzgar que la respuesta sea favorable o contraria a ese solapamiento. Porque todo parece resumirse en un debate en el que, por una parte, se considere que el derecho a las vacaciones no es un derecho absoluto, que no puede garantizarse en cualquier caso y que, incluso, puede limitarse en los supuestos en que, en el tiempo vacacional previsto, coinciden circunstancias ajenas a la voluntad de las partes, sobre todo del empresario, que colocan a la trabajadora en una posición jurídica de imposibilidad objetiva para el disfrute de las vacaciones. Consideración a la que pueden añadirse argumentos relacionados con la función reparadora de las vacaciones anuales, que se entiende de alguna forma alterada cuando no siguen a períodos anuales de trabajo efectivo, en la idea de que el disfrute efectivo de las vacaciones sólo es legítimo cuando hay previamente trabajo efectivo. Como también pueden agregarse razones relativas a las reglas de reparto de la carga del riesgo de la maternidad que se desplazaría en su integridad sobre el empresario, de forma un tanto desequilibrada, de aceptarse el disfrute efectivo de las vacaciones como un derecho intangible.

La postura contraria al solapamiento, en cambio, entiende que el disfrute real, efectivo y completo de las vacaciones debe prevalecer y que, en consecuencia, produciéndose esa coincidencia temporal con otras causas de suspensión de la relación laboral, particularmente en el caso de la maternidad, la trabajadora debe tener la opción de un tiempo vacacional alternativo equivalente al que quedó absorbido por el período de descanso, baja o permiso por razón de la maternidad. Argumentos como la diferente función de las interrupciones del trabajo por vacaciones anuales o por maternidad, o el ahorro de costes que, en perjuicio de la trabajadora, supone para el empresario esa aceptación del solapamiento, se suman al primero para llegar a una conclusión favorable al disfrute efectivo del tiempo de vacaciones al margen del período de descanso por maternidad.

He dicho que la cuestión es sólo aparentemente sencilla, pero ya en la exposición que se acaba de hacer de las dos posturas anteriores se plantean, directa o indirectamente, otros aspectos o dimensiones de la coincidencia conflictiva que merecen ser tenidos en cuenta. Reitero el primero de ellos, esto es, la función de las vacaciones anuales retribuidas en el contexto de la relación laboral, los intereses o valores que su reconocimiento como derecho tutela, la indispensabilidad de su disfrute, la prohibición, tanto de su mera renuncia como de una compensación en metálico por su no disfrute. En definitiva, el sentido y la finalidad última del derecho a las vacaciones anuales retribuidas. Muy conectado con el anterior se encuentra el tema de la dimensión de las vacaciones anuales como una forma necesaria de tutela de la salud laboral y de la seguridad en el trabajo, con la cobertura, pero también con los condicionantes, que este tipo de enfoques da a los trabajadores para reclamar el tiempo íntegro de disfrute.

Otra dimensión, sin duda crucial en la Sentencia que se comenta hasta convertirse en la más determinante, es la relativa a la discriminación por razón de sexo que la negativa a conceder el tiempo vacacional alternativo puede significar, por cuanto sólo, o fundamentalmente, es la mujer la que debe soportar ese recorte de su derecho a las vacaciones en los casos en que su tiempo asignado coincida con el descanso por maternidad. La prohibición discriminatoria, entendida como eliminación de las consecuencias negativas que se derivan de un tratamiento jurídico objetivamente perjudicial para uno de los sexos, en este caso el femenino, plantea inevitablemente, en conexión con el permiso de maternidad, la relación entre género y disfrute efectivo de las vacaciones.

La última cuestión es más formal y tiene que ver con el instrumento de fijación de la fecha de disfrute de las vacaciones, que tanto puede ser legal (aunque no es lo normal), como convencional colectivo (lo habitual) o por pacto individual. La disposición (o, mejor, imposición) de otra fecha de disfrute, sustitutiva de la que ha quedado comprendida por el período de descanso por maternidad (o por otro tipo de suspensión, típicamente, la incapacidad temporal; o también el tiempo de suspensión por riesgo durante el embarazo), puede ser tomada, cuando la fijación de la fecha se ha hecho por convenio o pacto colectivo, como una lesión por inaplicación de lo acordado, e indirectamente como un atentado a la autonomía colectiva.

Todavía pueden apuntarse otras cuestiones menores como serían: el sentido de la condición de norma mínima de las Directivas comunitarias en materia de tiempo de trabajo, la forma de combatir la relativa obsesión por el posible fraude del trabajador consistente en encadenar ausencias por enfermedad con vacaciones, la repercusión del mismo período de descanso por maternidad no ya en el disfrute sino en la generación del derecho a las vacaciones, la posibilidad de una compensación económica en los casos de imposibilidad de disfrute en el año natural aunque la relación laboral siga subsistente, o la extensión de lo resuelto en la Sentencia a otros supuestos de solapamiento entre vacaciones y suspensión del contrato debido a, por

ejemplo, incapacidad temporal. Sobre todos estos temas se dirá algo a la par que se abordan los principales que se han enumerado.

## **2. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE 18 DE MARZO DE 2004 (C-342/2001) Y SU CASO**

Como he señalado, es el Juzgado núm. 33 de lo Social de Madrid el que plantea las dos cuestiones prejudiciales, referidas a la interpretación del art. 7.1 de la Directiva 93/104/CE del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo (Directiva de ordenación del tiempo de trabajo); del art. 11.2, a) de la Directiva 92/1985/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (Directiva de salud laboral de la mujer embarazada); y del art. 5.1 de la Directiva 76/207/CEE, del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa al 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 profesionales y a las condiciones de trabajo (Directiva de igualdad de trato).

El litigio en el marco del cual se plantean las cuestiones prejudiciales es el existente entre una trabajadora (la Sra. Merino Gómez) y la empresa (Continental Industrias del Caucho, SA), al solicitar la trabajadora, y negar la empresa, el disfrute efectivo de sus vacaciones anuales tras su reincorporación al trabajo, una vez agotado el período de descanso por maternidad, al haber coincidido en el tiempo el descanso por maternidad y el período de vacaciones anuales del centro de trabajo, establecido en convenio colectivo. Más concretamente, la Sra. Merino Gómez estuvo en período de descanso por maternidad desde el 5 de mayo al 24 de agosto de 2001, solicitando disfrutar de las vacaciones a continuación de dicho período de descanso, esto es, desde el 25 de agosto al 21 de septiembre de 2001; o, subsidiariamente, desde el 1 al 27 de septiembre de 2001. Ha de subrayarse que la fijación del momento de disfrute de las vacaciones, en lo que se refiere a la empresa Continental Industrias del Caucho, SA, se regulaba, de forma general, por el Convenio Colectivo para la Industria Química; y, en particular, por un acuerdo colectivo de empresa, de fecha 7 de mayo de 2001, según el cual existían dos períodos generales (del 16 de julio al 12 de agosto; y del 6 de agosto al 2 de septiembre) para el disfrute de las vacaciones de toda la plantilla. Sólo excepcionalmente seis trabajadores podían disfrutar de las vacaciones en el mes de septiembre; si bien el acuerdo atribuía la preferencia a los trabajadores que no hubieran podido elegir turno el año anterior, preferencia que la Sra. Merino no tenía, al haber elegido turno de vacaciones el año 2000.

El Juzgado de lo Social núm. 33 de Madrid, ante quien se suscita el pleito por demanda de reconocimiento de derecho interpuesta por la Sra. Merino, plantea al Tribunal de Justicia una primera cuestión prejudicial central. La de si, pese a que un acuerdo colectivo de empresa que fija unas fechas de

disfrute de vacaciones anuales para todo el personal, cuando tales fechas coinciden con las de baja maternal de una trabajadora, los artículos de las Directivas antes citadas garantizan el derecho de esta trabajadora a disfrutar de sus vacaciones anuales en un período distinto del pactado y no coincidente con su baja maternal. Y, de ser positiva la respuesta a esta primera cuestión, la segunda, mucho menor, se refiere a si el contenido material del derecho al disfrute efectivo abarca sólo las cuatro semanas de descanso previstas por el art. 7.1 de la Directiva 93/104, de ordenación del tiempo de trabajo, o si debe extenderse a los días establecidos en la legislación nacional; que, como se sabe, en la norma española son 30 días naturales, según dispone el art. 38.1 del Estatuto de los Trabajadores –RDLeg 1/1995, de 24 de marzo–, sin que el convenio de la empresa afectada por el caso haya ampliado ese número de días.

### **3. LA CUESTIÓN CENTRAL DE LA FINALIDAD DEL DERECHO A LAS VACACIONES VISTA, ADEMÁS, DESDE LA PERSPECTIVA ANTIDISCRIMINATORIA**

#### **3.1. Vacaciones y derecho al descanso: la función de las vacaciones como instrumento de protección de la salud laboral; su retribución**

Las vacaciones anuales retribuidas surgen como un derecho de los trabajadores que la norma legal les concede en el contexto de los derechos al descanso; no en balde se caracterizan todavía hoy como descanso anual, junto a los descansos diario o semanal. Se trata de una regla de garantía de la salud del trabajador consistente en un obligado paréntesis en el desempeño productivo, mediante el cual se sustrae de la disciplina laboral un período de tiempo relativamente amplio que cobra sentido protector del descanso y de la salud laboral precisamente por su significado de ruptura, temporalmente consistente y continuada, de la práctica y de la obligación de trabajo. Así se refiere a las vacaciones el art. 40.2 de la Constitución Española, al regularlas tras el compromiso de garantizar al trabajador el descanso necesario; lo que se consigue, según la norma fundamental, ya sea limitando la jornada o a través de las vacaciones periódicas retribuidas.

Las vacaciones anuales son, pues, en su origen, sobre todo tiempo de descanso, establecido para salvaguardar la integridad física y mental del trabajador, para permitirle la recuperación de las fuerzas agotadas, o para facultarle el reemprender el trabajo con las capacidades restauradas y la predisposición personal íntegra. Una norma, en fin, de tipo sanitario o, más ampliamente, de seguridad laboral donde se juega no sólo el propio interés del trabajador en preservar sus fuerzas y recuperarlas para hacer menos arriesgado, rutinario y penoso el trabajo. También el empresario empeña, aceptando la limitación legal, su propio interés en esa recuperación: como una garantía indirecta de la productividad del trabajo y del mejor rendimiento del trabajador. No obstante, el interés del empresario es aquí secun-

dario; porque no es el objetivo central de la norma limitativa, sino más bien una consecuencia positiva para la empresa de una regla legal de tutela de la salud del trabajador que le impone otros costes, básicamente la prohibición de contar laboralmente con el trabajador en un determinado período del año.

Así consideradas las vacaciones anuales es perfectamente coherente con ello la regla jurídica que prohíbe la renuncia del trabajador a las mismas, como una manera de forzar el respeto, incluso por parte de su principal beneficiario, de la norma de salud laboral, así como para defender al trabajador frente a sus propias concesiones; seguramente por la sospecha de que, dada la desigualdad de la relación jurídica de base, tales concesiones, aparentemente libres, encubren en realidad una renuncia más o menos forzada o cuya dosis de voluntariedad es bastante reducida. Como también es coherente, con el fin de preservar ese tiempo de vacaciones como auténtico paréntesis de no trabajo, la prohibición de sustituir el derecho a las vacaciones por una compensación económica. En la medida en que, de nuevo, lo que se persigue es que, efectivamente, ese período de tiempo sea de descanso laboral, ya que, en caso contrario, las vacaciones no cumplirían la finalidad para la que se crearon, aunque sirvan para doblar la retribución del trabajador.

Esta anulación de un período anual como tiempo de trabajo difícilmente hubiera conseguido su propósito si, a la par que liberado del trabajo durante el período vacacional, el trabajador hubiera perdido su retribución habitual. En este escenario, la protección de la salud se hubiera hecho a costa del trabajador; y, con este precio, con muy escasas posibilidades de aplicarse realmente. Ni las ventajas del descanso, ni las prohibiciones legales de renuncia o de compensación económica hubieran impedido una inaplicación generalizada del disfrute de un tiempo de descanso pagado por el trabajador con la pérdida de su salario por ese tiempo. De aquí el adjetivo que acompaña siempre a las vacaciones; éstas, además de un descanso anual, son retribuidas. Es decir que, durante el tiempo de vacaciones, el empresario está obligado a abonar el salario aunque no se trabaje. De forma que la carga que el empresario soporta parece que es ya doble: no puede contar con el trabajador en determinados períodos del año y, además, ha de abonarle el salario como si trabajara efectivamente.

Sucede, sin embargo, que la retribución de las vacaciones puede entenderse de distintas maneras. La más tradicional y que ha hecho fortuna, es la que se basa en una ficción jurídica: la de que el empresario paga, como si fuera trabajo, un tiempo de no trabajo; así lo dice todavía el art. 26.1 de Estatuto de los Trabajadores al definir el salario como la contraprestación económica por el trabajo efectivamente prestado o por «los períodos de descanso computables como de trabajo». Como toda ficción jurídica, ésta del no trabajo recompensado salarialmente es difícil de erradicar por lo atractiva que resulta psicológicamente: para el trabajador porque gana un salario sin trabajar; para el empresario porque aparentemente el trabajador en realidad no

causa el derecho, siendo una especie de concesión benevolente de aquél. Pero, si bien esta ficción es perfectamente aplicable, por ejemplo, en las pausas de trabajo diarias computables como tiempo de trabajo efectivo, o en toda la gama de permisos retribuidos, en los que el trabajador tiene una causa de exoneración de la obligación de trabajar que no hace decaer, en cambio, la obligación salarial del empresario, encuentra dificultades para imponerse en relación con las vacaciones anuales. Las cuales, cada vez más, son un tiempo de no trabajo en el que se recibe una retribución, más que un tiempo de no trabajo retribuido.

Con lo anterior quiero decir que las vacaciones anuales son retribuidas no tanto porque se pague un trabajo ficticio, sino porque durante las vacaciones se paga un salario que se ha generado durante la actividad previa a lo largo de los onces meses anteriores. Es el trabajo diario el que da derecho a la vacación en duración, de aquí las reglas de proporción que se introducen entre trabajo efectivo previo y número de días de vacaciones, y es el trabajo diario el que da derecho a la retribución de ese tiempo de no trabajo. Por eso digo que las vacaciones no son retribuidas en sentido propio, porque no es que el empresario pague por un trabajo que no recibe; sino que las vacaciones son retribuidas en la medida en que durante las mismas el empresario abona al trabajador un salario que éste ha generado con su trabajo previo. Un ejemplo claro, en consecuencia, del principio de postremuneración. Por eso, la conclusión del contrato de trabajo antes del disfrute de las vacaciones supone la liquidación en términos económicos de la parte proporcional de las vacaciones; es decir, de aquella parte del salario que ya se ha devengado pero cuyo momento de cobro no ha llegado aún, haciéndolo con el tiempo de las vacaciones o con la finalización del contrato, circunstancia ésta que provoca que la deuda salarial ya devengada se entienda vencida.

Con este último enfoque, las vacaciones no son ya una interrupción del trabajo de una cierta duración que, no obstante, no interrumpe el derecho al salario; el que así se haya entendido hasta ahora, y aún se reconozca esta concepción en muchas interpretaciones, es lo que lleva a titular muchas veces a las vacaciones como permiso. Remitiendo a la concepción técnica de los permisos, considerados como tiempo de trabajo no trabajado y con mantenimiento, pese a todo, del derecho al salario. Por el contrario, las vacaciones no son un permiso sino que son espacios temporales en los que el empresario no puede introducir obligación alguna de trabajo; son tiempos exentos de trabajo. De forma que, a la hora de distribuir las horas anuales pactadas, como casi con generalidad se hace ya, las vacaciones son tiempos excluidos; límites en fin a la distribución anual del tiempo de trabajo pactado que es el que se paga. Por esta razón, los convenios colectivos que reconocen períodos de vacaciones más amplios que el legal (por, ejemplo, las cinco semanas) son convenios que, o bien distribuyen más concentradamente el tiempo de trabajo anual, o bien y a la vez reducen su cuantía total en razón de la ampliación del tiempo vacacional.

Sin duda que, en cuanto tiempo exento de trabajo, las vacaciones siguen cumpliendo su función de tutela de la salud y de garantía de un reposo anual de cierta entidad, con independencia de que, más que una concesión, se trate de un derecho, como su retribución, ganado con el esfuerzo laboral previo. Y, para el empresario, su coste no es otro que de tipo organizativo, al no poder utilizar laboralmente al trabajador en ese período de tiempo; por lo que sus exigencias de cumplimiento de esa función sanitaria, no pueden ser excesivas en cuanto que proporcionales al coste que las vacaciones le suponen. Se dice esto para rechazar planteamientos como los que sustentaron el despido de un trabajador por desarrollar una actividad laboral retribuida en otra empresa durante el tiempo de vacaciones, considerando la empresa que el trabajador está obligado a recuperar sus energías, a dedicar ese tiempo vacacional a la finalidad estricta de que está dotado que no sería otra, desde esta perspectiva, que prepararse para un mejor y más eficiente desempeño postvacacional de su actividad productiva. Así lo ha negado, recurriendo además a otras variadas razones sobre las que volveré inmediatamente, el Tribunal Constitucional en la interesante Sentencia 192/2003, de 27 de octubre.

De todas formas, ese esfuerzo en la preservación de un tiempo de no trabajo no deja de ser un tanto ingenuo, en la medida en que el legislador piensa en una relación laboral a tiempo completo y con una sola empresa que se ve interrumpida por las vacaciones; que vienen así a significar esa cesura completa y durante un cierto tiempo de toda actividad laboral. Algo que no sucede, por ejemplo, con los casos de distintas prestaciones laborales a tiempo parcial o en los supuestos de pluriempleo, en relación con los cuales la efectividad del descanso total no necesariamente tiene o puede operar. De forma que, en estos casos, las vacaciones anuales acaban garantizando sólo el descanso del trabajo en la concreta relación jurídica en que el derecho se actualiza, no fuera de ella. Porque, en realidad, se descansa de lo que se trabaja; pero no necesariamente de toda otra actividad, laboral o no.

Dicho todo lo que precede y pese a ello, en la Sentencia del Tribunal de Justicia, las vacaciones siguen teniendo una dimensión muy clara de tutela de la salud del trabajador. En efecto, cuando resuelve acerca de la primera cuestión prejudicial planteada, el Tribunal de Justicia acepta, argumentando en términos de protección eficaz de la seguridad y la salud en el trabajo, el recurso, entre otros, al art. 7 de la Directiva 93/104, de ordenación del tiempo de trabajo, que establece el derecho de todos los trabajadores a un período mínimo de cuatro semanas de vacaciones anuales retribuidas.

Se trata de una Directiva que pertenece al grupo de las Directivas de salud laboral ya que fue aprobada sobre la base del art. 118A del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, en su versión vigente antes del Tratado de Amsterdam, que facultaba a las instituciones comunitarias a adoptar, por mayoría cualificada y con carácter de mínimas, Directivas específicas en materia de medio ambiente de trabajo y de salud laboral. La misma Directiva

se insertaba en ese grupo de normas, al remitirse expresamente a la Directiva 89/391/CEE, del Consejo, de 12 de junio, relativa a la aplicación de medidas para la mejora de la seguridad y la salud de los trabajadores en el trabajo (o Directiva Marco de salud laboral) y al incluir, además de la duración mínima de las vacaciones anuales, la prohibición, cuyo sentido se ha comentado ya, de cualquier tipo de sustitución o compensación económica por el no disfrute efectivo de las vacaciones, salvo si la relación laboral ha concluido. La descrita es una orientación que se ha mantenido con la reciente reforma de la Directiva 93/104, sustituida por la Directiva 2003/88/CE, del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, que ha sido aprobada conforme a lo previsto en el art. 137.2 del Tratado CE, artículo también dedicado al tema de la seguridad y salud en el trabajo, y con remisión igualmente a la Directiva Marco 89/391; sin que la nueva Directiva introduzca ninguna novedad en lo que hace al tema de las vacaciones anuales.

### **3.2. Las vacaciones anuales como un derecho y una prerrogativa del trabajador: un concepto del tiempo vacacional no necesariamente funcionalizado sólo a la garantía de la salud**

Sin dejar de cumplir la función de tutela de la salud del trabajador, las vacaciones anuales, en cuanto tiempo exento de trabajo, han cobrado poco a poco una significación que las aleja de esa conexión tan directa y funcional con el desarrollo material de la relación laboral. Lo ha puesto de manifiesto la Sentencia del Tribunal Constitucional 192/2003, antes citada, al declarar que, en la medida en que el trabajador no es un factor de producción, las vacaciones no pueden considerarse sólo como un período de recuperación de sus energías en beneficio de la empresa. Para el Tribunal Constitucional, la configuración actual de las vacaciones las califica más como un derecho del trabajador a disponer de su tiempo libre, y como una manifestación de la primacía de la libertad personal y del respeto a la vida privada, frente a la pretensión de concebirlas como un derecho-deber que convertiría al empresario-acreedor en juez del uso, correcto o incorrecto desde la perspectiva empresarial, de ese tiempo de descanso.

En consecuencia, las vacaciones no son un tiempo de no ocupación del trabajador a disposición del empresario, en el sentido de necesariamente usado para la satisfacción del interés empresarial en la recuperación de las energías del trabajador. Son tiempo del trabajador y, por tanto, dejado a su libre utilización, ya sea para destinarlas al descanso, ya sea incluso para desarrollar otras actividades retribuidas, como es el supuesto de hecho juzgado por el Tribunal Constitucional. La libertad de trabajo, integrada en el contenido del derecho al trabajo regulado por el art. 35 de la Constitución, unida a la ausencia de una prohibición legal expresa del trabajo en tiempo de vacaciones, ampara ese uso libre, incluso productivo, del tiempo vacacional. La vacación es así, además de una garantía de salud laboral, un tiempo personal dejado a la libre y plena disposición.

Este enfoque, que ahora tan claramente ha expresado el Tribunal Constitu-

cional, responde a un cambio del sentido y de la finalidad que ha de atribuirse a las vacaciones. En sus orígenes, los descansos del trabajador (diario, semanal, anual), se concebían como interrupciones de la actividad laboral, esto es, como tiempos excepcionales de no trabajo intercalados, por exigencias obvias de recuperación física, entre los mucho más amplios e invasivos tiempos de trabajo. De forma que, rigiendo la plena disponibilidad temporal del trabajador, los tiempos de descanso se consideraban como momentos de excepción a esa disponibilidad, en los que aparece con toda naturalidad la exigencia de salud laboral a la que esos períodos estaban directamente funcionalizados. Y, en consecuencia, entendidos como espacios de tiempo sobre los que el empresario puede pretender ejercer algún tipo de control de adecuación entre finalidad del descanso y el uso que el trabajador haga de él; o, visto desde otra perspectiva, entre finalidad del descanso e innecesariedad del mismo (en el caso de incapacidad temporal u otras suspensiones de la prestación laboral), que es el argumento al que se recurre cuando se rechaza la concesión del período de disfrute alternativo tras una baja por maternidad o por incapacidad para el trabajo.

Recuperado el control del propio tiempo vital merced a la progresiva reducción del tiempo total de trabajo, las vacaciones, como cualquier otro descanso, no son ya la excepción a una dedicación completa del trabajador, sino que, por el contrario, el tiempo de trabajo es el reducto productivo de la jornada que el trabajador, ahora considerado más como persona, destina al desempeño de la actividad que le proporciona los ingresos necesarios para la subsistencia. Pero son otras las tareas que reclaman una mayor dedicación temporal (ocio, actividades deportivas, formación, responsabilidades familiares, voluntariado, etc.), confinando al tiempo de trabajo dentro de los límites que la Ley o el convenio le imponen. Desde esta perspectiva, el derecho a las vacaciones anuales se considera más bien como un límite a la distribución a lo largo del año del tiempo de trabajo pactado, un freno a la excesiva flexibilidad o a la disponibilidad extrema; obligando al empresario a ubicar dentro de ciertas fronteras temporales una jornada también limitada de forma cuantitativa máxima. Cuando las vacaciones se conciben así y su función se fija de esta manera, la razón de seguridad y de salud laboral tiene menos protagonismo, desplazada por la de garantía al trabajador del control de su tiempo vital, reservándole el derecho a disponer plenamente de él en determinados espacios temporales prolongados, justamente los que abarcan las vacaciones.

Esta relativa desvinculación, o al menos ruptura de la relación exclusiva, entre salud laboral y tiempo vacacional se viene manifestando desde hace tiempo. Así, ya en el Convenio 132 de la OIT, de 24 de junio de 1970 (ratificado por España el 17 de junio de 1974, BOE de 5 de julio de 1974) se encuentran indicios de ello al configurar las vacaciones, no sólo como un instrumento de tutela de la salud laboral, sino como una especie de recompensa en tiempo de no trabajo para quien ha desempeñado su cometido laboral en la empresa un cierto período mínimo, en todo caso proporcional al tiempo de servicios durante el año; es el tenor del art. 5.1, referido

a la posibilidad de exigir un período mínimo de servicios para tener derecho a las vacaciones anuales pagadas; o del art. 4, en cuanto al reconocimiento de un derecho a las vacaciones proporcional al tiempo de servicios en el año, cuando ha sido menor del requerido para tener derecho al total de las vacaciones. Esa desvinculación resulta aún más clara cuando el art. 5.3 del mismo Convenio remite a los ordenamientos nacionales la forma de cómputo del período de servicios que da derecho a las vacaciones, y cuando el art. 5.4 establece como principio el que, a los efectos de generar el derecho a las vacaciones, deben contarse como tiempo de servicios efectivos, precisamente las ausencias al trabajo por enfermedad, accidente o maternidad.

Así lo han venido aceptando los tribunales españoles, en ausencia de una previsión expresa de la Ley (que no se ha producido) o de los convenios colectivos (que sí es más frecuente que aborden este tema en el sentido expresado y requerido por el Convenio 132 de la OIT). Ejemplos recientes pueden citarse las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 18 de marzo y de 20 de mayo de 2003 (El Derecho Jurisprudencia, 2003/4613 y 2003/4956), de la Audiencia Nacional, de 22 de marzo de 2000 (AS 2000, 2400), o del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de 6 de abril de 1999 (AS 1999, 3271), donde expresamente se indica que la ausencia de trabajo efectivo en el tiempo anterior de generación del derecho no necesariamente significa una reducción del tiempo de vacaciones. Asumiéndose, por demás y de forma generalizada, que se asimilan a tiempo de servicios efectivos no sólo las bajas por enfermedad, accidente de trabajo o maternidad, sino también todas las ausencias justificadas con derecho a remuneración, así como las situaciones de inactividad laboral en las que el trabajador conserva el derecho al salario en cuanto que imputables al empresario.

Por lo dicho, ya no puede exigirse de forma tan directa e indispensable que las vacaciones sean el descanso tras un tiempo de trabajo efectivo; o, dicho de otra forma, que el descanso sólo pueda y deba disfrutarse efectivamente cuando ha habido también un trabajo efectivo. También es posible cuando ese trabajo no ha tenido lugar por lo que las vacaciones no tienen por qué funcionar ya como un tiempo de reposo, cuando no ha existido actividad previa. No ha utilizado, sin embargo, la Sentencia del Tribunal de Justicia que se comenta, o al menos no lo ha hecho directamente, esta otra versión de la funcionalidad del derecho a las vacaciones anuales, anclada como está en la concepción más primitiva de las vacaciones como instrumento de garantía de la salud laboral; sin duda condicionada por el propio contenido de la cuestión prejudicial y por la vinculación que la Directiva 93/104 establece entre vacaciones y garantía de la seguridad y la salud en el trabajo. Lo que tiene su repercusión, como se verá ahora, a la hora de afrontar el tema del solapamiento entre vacaciones y baja por maternidad, y en la propia justificación del derecho al disfrute efectivo de las vacaciones en este supuesto de coincidencia.

### **3.3. La cuestión concreta de la coincidencia entre período vacacional y descanso por maternidad. La posible extensión a otros supuestos de solapamiento**

Parte el Tribunal de Justicia de varias afirmaciones que interesa destacar. La primera es que el art. 7 de la Directiva 93/104 (lo mismo dice el actual art. 7 de la Directiva 2003/88) establece que todos los trabajadores deben disponer de un mínimo de cuatro semanas de vacaciones anuales retribuidas; algo que prácticamente todos los ordenamientos europeos reconocen y, sin duda, el español en el art. 38.1 del Estatuto de los Trabajadores. La segunda es que el derecho a esas vacaciones mínimas se regulará (la Sentencia habla de las «condiciones de obtención y de concesión») por la legislación y por la práctica nacionales, lo que también sin duda sucede en el ordenamiento español, sobre todo en el nivel convencional colectivo y también en el plano de las resoluciones judiciales, de las cuales ya se ha puesto de manifiesto su posición, bastante flexible siguiendo las exigencias del Convenio 132 de la OIT, en cuanto a la relación entre tiempo de servicios previo y derecho a las vacaciones y su duración. Tercera, que el derecho de cada trabajador a disfrutar de vacaciones anuales retribuidas debe considerarse «un principio del Derecho social comunitario de especial importancia», lo que significa que las vacaciones han de obtenerse y disfrutarse efectivamente como regla general, sin que puedan establecerse excepciones en cuanto derecho, y cuya aplicación concreta por parte de las autoridades nacionales sólo puede efectuarse respetando los límites que la propia Directiva 93/104 establece (así lo señala la Sentencia de 26 de junio de 2001, asunto Bectu, C-173/1999). Cuarta, que la regla del disfrute efectivo del descanso anual, concebido como se ha dicho ya como un instrumento de salud laboral, sólo admite la excepción de la compensación económica cuando la relación laboral termine antes de dicho disfrute.

De poder ser tan tajante la afirmación del Tribunal, el asunto hubiera quedado resuelto aquí, sin necesidad de recurrir a ninguna otra justificación normativa: según el derecho comunitario, en concreto el art. 7 de la Directiva 93/104, las vacaciones anuales son un derecho de disfrute efectivo incondicionado, sin más excepción que la extinción anticipada de la relación laboral. Sean razones de salud laboral, u otras vinculadas a la finalidad de las vacaciones las que lo sostengan, las vacaciones anuales deben disfrutarse con independencia de cualquier vicisitud de la relación laboral, salvo la extinción. Pero este presupuesto no es indiscutible, ni tan absoluto. No sólo porque hay circunstancias que hacen imposible ese disfrute efectivo como es el caso de una baja que se prologue más allá del año natural en el que las vacaciones han de disfrutarse, también porque la cuestión no versa sobre lo que la Directiva sí dice, esto es, que todo trabajador tiene derecho a cuatro semanas como mínimo de vacaciones anuales, sino acerca de algo que el art. 7 de la Directiva no impone expresamente, esto es, que las vacaciones hayan de disfrutarse efectivamente en todo caso.

Así lo percibe la Sentencia del Tribunal de Justicia al continuar su funda-

mentación comparando las finalidades respectivas de las vacaciones anuales retribuidas y del permiso o baja por maternidad. La razón es clara: para el Tribunal el disfrute efectivo de las vacaciones puede tener, sin negarlo como derecho, otros límites que le vienen impuestos por la finalidad que las vacaciones persiguen y su cumplimiento adecuado. De aquí la necesidad de compararlas con otros tiempos de no trabajo para deducir si la existencia de esos tiempos de inactividad laboral ya permite entender cumplida, por asimilación, la función asignada a las vacaciones. Dicho de otro modo, si cabe aplicar el mandato de la Directiva de forma indirecta, mediante la existencia de períodos de tiempo que, no siendo formalmente vacaciones, a la postre cumplen, precisamente por la coincidencia temporal, una función similar a la que el ordenamiento encomienda al descanso anual. O si existen otras razones, fundadas en valores que también deben ser tutelados, que justifiquen en algún caso que el reconocimiento del derecho no vaya acompañado del disfrute efectivo.

Es un tipo de alegación que, con un objetivo contrario, ha sido habitual en las reclamaciones de reconocimiento del derecho al disfrute efectivo de las vacaciones cuando han coincidido con las bajas por enfermedad, afirmando que, si bien durante la incapacidad temporal no se trabaja, no puede decirse tampoco que se trate de un período vacacional. Por varias razones, de las que cabe destacar no sólo la que pone el acento en la situación del trabajador enfermo o accidentado en relación con la cual no deja de ser un tanto sarcástico considerar que está disfrutando de un período vacacional, sino sobre todo la que se remite a la capacidad de control personal del tiempo de vacaciones, inexistente o muy reducida en los casos de enfermedad. Seguramente si se insistiera en la función de seguridad laboral, todavía podría argumentarse que se trata de un tiempo de no trabajo, de cuidado médico y, precisamente, de recuperación de la capacidad laboral. Pero si se tiene en cuenta esa otra función que se ha destacado de la vacación como un tiempo personal de libre disposición ajeno a toda contaminación laboral, en ningún caso puede entenderse que la baja por enfermedad o accidente es equivalente o cumple la misma función que las vacaciones. Dicho sintéticamente, el tiempo de baja por enfermedad no es en ningún caso un tiempo de vacaciones, ni puede ser asimilado al mismo.

Curiosamente, esta línea argumental se debilita en lo que se refiere a la baja o descanso por maternidad y, mucho más, en lo que hace a la suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo, prevista por el art. 5.3 de la Directiva 92/85, citada al inicio como Directiva de salud laboral de la mujer embarazada, y aplicada en el ordenamiento español mediante el art. 134 de la Ley General de la Seguridad Social (RDLeg 1/1994, de 20 de junio) que ha creado una nueva contingencia protegida por la Seguridad Social con ese nombre. En ambos casos, el argumento de la diferente finalidad de las vacaciones y de los descansos por maternidad, o de la suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo, resiste difícilmente las críticas.

En relación con la maternidad, la Sentencia del Tribunal de Justicia señala

que la finalidad del derecho a unas vacaciones retribuidas es de garantía de la salud laboral, mientras que por el contrario, la del permiso por maternidad es, de un lado, la protección de la condición biológica de la mujer durante el embarazo, y, de otro, la tutela de las particulares relaciones entre la mujer y su hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto. De lo que deriva que, en el caso de coincidencia entre las fechas del permiso por maternidad y las de las vacaciones, «no pueden considerarse cumplidas las exigencias de la Directiva relativa a las vacaciones anuales retribuidas». Manteniéndonos en el puro terreno de la Directiva de ordenación del tiempo de trabajo, esto es en el ámbito de la salud laboral, cabe decir que esa disparidad de finalidades es discutible. Es cierto que la primera fase del permiso por maternidad o descanso por maternidad (como lo llama el art. 48.4 del Estatuto de los Trabajadores) está integrada por un descanso obligatorio de seis semanas inmediatas posteriores al parto que la mujer debe cumplir necesariamente y cuya función es, ciertamente, la de permitir la recuperación física de la madre o, como dice, la Sentencia, la protección de la condición biológica de la mujer tras el embarazo. En lo que se asemeja, no siendo obviamente una enfermedad, a las situaciones de baja por esta causa, por lo que puede ser aplicable aquí lo que se acaba de decir con carácter general en relación con la coincidencia entre enfermedad y período vacacional.

En cambio, el resto de permiso por maternidad es un tiempo de descanso (así lo llama, recuérdese, el art. 48 del Estatuto de los Trabajadores), ofrecido como derecho por el ordenamiento para permitir el cuidado personal y fomentar la relación directa entre la madre y el hijo tras el parto. Es cierto que no es un período vacacional, pero tampoco lo serían entonces las vacaciones concedidas tras las dieciséis semanas de descanso por maternidad, en ambos casos tiempos personales igualmente condicionados por el cuidado del hijo. Con más razón puede hablarse de tiempo de no trabajo, muy asimilable a tiempo de vacaciones, en los casos en los que esa retirada del trabajo de la mujer, trámite de la suspensión de la relación laboral, no está motivada por una enfermedad y ni siquiera por el hecho del parto, al tratarse sencillamente de una mujer embarazada cuya situación es incompatible, por razones aquí sí de seguridad laboral, con el trabajo que viene desempeñando. Una situación que, protegida como ya se ha indicado por la Seguridad Social a través de la prestación económica de riesgo durante el embarazo, coloca a la mujer fuera de la actividad laboral sin que esté enferma, y ni siquiera deba prestar un cuidado especial al hijo aún no nacido. En este último caso, la función de la suspensión del contrato es puramente negativa, por imposibilidad de la prestación laboral por incompatibilidad, y no puede decirse que desempeñe función positiva alguna que no pudiera considerarse equivalente al tiempo de descanso vacacional. Donde sí podría hablarse de incompatibilidad entre una y otra situación de baja, por imposibilitar una el cumplimiento de la función asignada a la segunda, es en el caso de la coincidencia entre baja por maternidad y por incapacidad temporal; pero es un tipo de solapamiento muy distinto que el que aquí se considera.

En consecuencia, el argumento de la finalidad de las bajas o suspensiones y su contraste con la finalidad de las vacaciones, siendo aceptable como tal limitado al art. 7 de la Directiva de ordenación del tiempo de trabajo y pudiendo favorecer, en mi opinión, el reconocimiento del derecho al disfrute efectivo de las vacaciones a los trabajadores en baja por enfermedad o accidente que se solape con las fechas de las vacaciones, es más que dudoso que pueda extenderse precisamente a quienes están en baja por maternidad (o paternidad), salvo por lo que hace a las seis semanas de descanso obligatorio de la mujer tras el parto; y mucho más dudoso es en relación con la situación de suspensión del contrato de trabajo por incompatibilidad entre trabajo y embarazo. La interpretación que la Sentencia de 18 de marzo de 2004 hace del art. 7.1 de la Directiva de ordenación de tiempo de trabajo no deja de ser un tanto voluntarista, pese a lo tajante de lo que se afirma en el epígrafe 33: *«el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/104 debe interpretarse, por tanto, en el sentido de que en caso de coincidencia entre las fechas de un permiso de maternidad de una trabajadora y la de las vacaciones anuales de la totalidad de la plantilla, no pueden considerarse cumplidas las exigencias de la Directiva relativas a las vacaciones anuales retribuidas»*. Mucho menos si, cumpliendo lo previsto en el mismo art. 7, existe una normativa nacional o convencional de adaptación del mandato comunitario, respetuosa de su esencia, que no necesariamente tiene que ser de reconocimiento del carácter absoluto del derecho, en el sentido del art. 7 de la Directiva.

Lo anterior se sostiene con independencia de la proyección, que creo es más factible y adecuada, de dicha afirmación sobre las demás situaciones de coincidencia en el tiempo entre el período de vacaciones y la baja por enfermedad o accidente. Con lo que, finalmente, se está dando aplicación al principio, referido a estas situaciones y contenido en el art. 6 del Convenio 132 de la OIT, según el cual, los períodos de incapacidad para el trabajo resultantes de enfermedad o de accidentes no podrán ser contados como parte de las vacaciones anuales pagadas. Sin que pueda deducirse sin más algo semejante en relación con la baja por maternidad o la suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo.

#### **3.4. El argumento antidiscriminatorio**

El segundo bloque de razones a las que la Sentencia del Tribunal de Justicia recurre es el referido a la prohibición discriminatoria general. De aquí el apoyo en los arts. 2 y 5 de la Directiva 76/207, de igualdad (modificada por la Directiva 2002/73/CE, del Parlamento y del Consejo, de 29 de septiembre de 2002) y en los arts. 8 y 11 de la Directiva 92/85, de salud laboral de la mujer embarazada; esta segunda no tanto en lo relativo a la seguridad y salud en el trabajo de la mujer embarazada sino más bien en los artículos que se refieren a la garantía de derechos inherentes al contrato de trabajo para las trabajadoras que estén embarazadas, que hayan dado a luz o que estén en período de lactancia.

Del análisis de una y otra Directiva, así como de la jurisprudencia comunita-

ria en relación con ellas, se desprende, sin duda, lo siguiente: a) que, con carácter general, el principio de igualdad de trato supone la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta por razón de sexo, referida a todos los aspectos del desempeño del trabajo y, de forma más concreta, la relacionada con las condiciones laborales, dentro de los cuales deben entenderse comprendidas, como lo afirma expresamente la Sentencia, las reglas de obtención, aplicación y disfrute de las vacaciones anuales retribuidas [art. 5 de la versión anterior de la Directiva 76/207, y art. 3.1, b), tras la reforma de 2002]; b) que la prohibición de trato discriminatorio por razón de sexo se aplica muy especialmente en relación con la mujer en situación de embarazo o maternidad, hasta el extremo de especificar que las normas protectoras de la mujer que se encuentre en esas situaciones no pueden dar lugar a un trato desfavorable en sus condiciones de trabajo (art. 3 de la Directiva 76/207); c) que, a partir de la reforma de 2002, debe considerarse, por imperativo expreso de la propia Directiva, una discriminación directa cualquier trato desfavorable de la mujer relacionado con el embarazo o la maternidad o con la conciliación de la vida familiar y la vida laboral; d) que esas afirmaciones se encuentran también, en lo que a la maternidad hace referencia, en la Directiva 92/85, de tutela de la salud laboral de la mujer embarazada, donde se reitera que la trabajadora que disfrute de un permiso de maternidad deberá tener garantizados los derechos inherentes al contrato de trabajo, obviamente vacaciones laborales incluidas (art. 11 en relación con el art. 8 de la Directiva 92/85); y, e) que, en el caso de suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo, además de una retribución o prestación económica, la mujer también deberá tener garantizados los derechos inherentes al contrato de trabajo (art. 11.1 de la Directiva 92/1985), con lo que se hace referencia de nuevo a las vacaciones anuales retribuidas.

Todo lo anterior lleva al Tribunal de Justicia a afirmar que la fijación y el disfrute de las vacaciones anuales retribuidas son una condición inherente al contrato de trabajo, que el mandato de las Directivas citadas prohíbe que la mujer deba soportar condiciones laborales menos favorables como consecuencia de su situación de embarazo y maternidad y, en consecuencia, que el art. 5.1 de la Directiva 76/207 ha de interpretarse, en el caso concreto, en el sentido de que una trabajadora deberá poder disfrutar de sus vacaciones anuales durante un período distinto del de su permiso de maternidad. Lo que justifica algunos comentarios.

Es evidente que el derecho a unas vacaciones anuales retribuidas forma parte de las denominadas como condiciones inherentes al contrato de trabajo. También es cierto que la incompatibilidad por coincidencia temporal entre baja por maternidad, o suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo, y disfrute efectivo de las vacaciones es una circunstancia que sólo afecta a las mujeres. Esta afirmación se aplica sin duda al tiempo de suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo y también el período de seis semanas de descanso obligatorio tras el parto; pero menos tajantemente el resto del período de descanso por maternidad. Así tiene que deducirse de la ampliación subjetiva de este descanso para su posible

disfrute por el padre, ya sea por el reconocimiento expreso de un derecho directo del padre al descanso para el cuidado del hijo (permiso por paternidad) o, como sucede en el derecho español, por una cesión por parte de la madre de parte de su tiempo de descanso para su utilización simultánea o sucesiva por el padre. En estos casos también puede originarse ese solapamiento entre período de descanso y tiempo de vacaciones y con mucha dificultad puede seguir argumentándose en términos de tratamiento discriminatorio de la mujer.

Salvo que se considere, en primer lugar, que, como sucede en el caso español, se trata de un derecho de la madre que puede o no cederlo al padre para su disfrute; y, en la medida en que la madre es la titular de ese derecho, cualquier trato perjudicial en relación con quien disfruta del permiso por maternidad, sea el padre o la madre, es un trato discriminatorio por razón de sexo. En segundo lugar, también puede alegarse que quienes utilizan efectivamente el descanso por maternidad son en su gran mayoría las mujeres, pese a todos los incentivos establecidos para favorecer la corresponsabilidad frente a las cargas familiares; de forma que un trato desfavorable de estas situaciones en relación con las condiciones de trabajo sigue siendo, de forma mayoritaria, un trato desfavorable respecto de las mujeres. La que es más difícil de reconducir al terreno de la prohibición discriminatoria es la situación, que podría existir, de un derecho directo del padre a un período denominado permiso por paternidad, asociado al nacimiento y cuidado del hijo. Aquí, la posible coincidencia entre este permiso y el período de vacaciones difícilmente podría solventarse a favor del derecho incondicionado al disfrute efectivo de las vacaciones por el padre sólo con argumentos relacionados con la prohibición de un trato desventajoso o desigual por razón de sexo.

Como tampoco podrían recurrir a este tipo de argumentos quienes, en baja por enfermedad o accidente, al margen de su sexo, vean que el tiempo de baja coincide con la fecha fijada para el disfrute de las vacaciones anuales. El rechazo de un tiempo alternativo de disfrute por parte del empresario o de la norma colectiva no podría tildarse desde luego de discriminatorio. Con lo que, de mantenerse en este terreno, determinadas bajas coincidentes con las vacaciones no permitirían la recuperación del tiempo de disfrute de éstas, mientras que otras, asociadas a la condición biológica de la mujer (embarazo, maternidad), sí obligarían a la empresa a permitir dicho disfrute alternativo. Pese a esta disparidad de resultado, es evidente que las bajas asociadas a la condición femenina están particularmente protegidas frente a consecuencias negativas de todo tipo en relación con las condiciones laborales; el rechazo al disfrute efectivo de las vacaciones es sin duda una de esas posibles consecuencias negativas que debe ser eliminada. Aunque ese tratamiento no sea ampliable a otros colectivos, no marcados por la condición sexual, que se encuentran en una situación similar. El que esa incompatibilidad afecte a situaciones variadas no impone, desde la perspectiva anti-discriminatoria, la igualdad de trato entre todas ellas.

Finalmente, teniendo en consideración las Directivas 76/207 y 92/85, la imposición del disfrute efectivo de las vacaciones anuales en el caso de solapamiento entre la fecha fijada y otras circunstancias que originan la baja o la inactividad laboral en ese mismo tiempo, sólo es posible en los casos de maternidad y riesgo durante el embarazo, por considerarse que la exclusión del disfrute efectivo constituye un tratamiento perjudicial o negativo de las condiciones de trabajo, fundado directamente en una circunstancia exclusiva de la mujer como es el embarazo, el parto y la maternidad. Un resultado, como se ve, contrario al que se podía llegar argumentando en el marco de la Directiva 93/104, de ordenación del tiempo de trabajo.

### **3.5. El reparto del riesgo como forma de compromiso definitivamente desplazada**

Sea por una vía o por otra, parece que el resultado final es la novedosa afirmación del derecho del trabajador al disfrute efectivo de las vacaciones anuales en el caso de coincidencia o solapamiento entre ese tiempo y otras situaciones de cese temporal en la prestación laboral, debidas a enfermedad, accidente, embarazo o maternidad. Una conclusión que podría reforzarse con razones, no contempladas por la Sentencia, referidas al hecho de que, como se ha señalado antes, las vacaciones anuales son períodos de tiempo excluidos de la prestación laboral; ganados, en tiempo y retribución, por el trabajo previo o, al menos, por la existencia anterior de una relación laboral que permanece. Y, como tales derechos ganados, son de disfrute debido, no compensables por ninguna otra situación alternativa; que es lo que en realidad sucede cuando se sostiene la posibilidad del solapamiento.

Hasta el momento, y dejando al margen la cuestión del instrumento de fijación de las vacaciones cuando se trata de una norma colectiva, la posición mayoritaria de la jurisprudencia nacional ha sido la de entender que el solapamiento de fechas con otras situaciones de baja, básicamente la incapacidad temporal, suponía la pérdida total o parcial del derecho a las vacaciones, o al menos de su disfrute efectivo. Un ejemplo paradigmático de este posicionamiento se encuentra en la Sentencia de la Audiencia Nacional, de 22 de marzo de 2000 (El Derecho Jurisprudencia, 2000/16759), donde se afirma que el empresario no está obligado a cargar con los efectos negativos de la imposibilidad del disfrute de las vacaciones que, en concreto y si la baja por enfermedad tiene lugar tras el inicio de las vacaciones, no tiene la obligación de garantizar su disfrute con buena salud. También ha sido habitual el recurso a la teoría del caso fortuito, regulado por el art. 1105 del Código Civil, en el sentido de considerar las bajas por enfermedad como un ejemplo típico de esa eventualidad que permite establecer un cierto reparto del riesgo entre trabajador y empresario, según el momento en que ese acontecimiento imposibilitante hubiera tenido lugar: si antes del inicio de las vacaciones o una vez comenzadas. Para ser más favorable a la recuperación del tiempo de vacaciones, en el primer caso, desplazando la carga del riesgo sobre el empresario; mientras que se consideraría un tiempo perdido en el segundo, debiendo asumir el trabajador los perjuicios generados

por la enfermedad, el accidente, la maternidad o el embarazo (Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1995 [RJ 1995, 8771]; sobre estas cuestiones, puede encontrarse un tratamiento minucioso en SEMPRE NAVARO, A. y CHARRO BAENA, P. «Las vacaciones laborales», *Aranzadi Social*, 2003, pgs. 160-167).

No me interesa analizar aquí estas cuestiones ya que la Sentencia del Tribunal de Justicia ha resuelto la cuestión, como se ha analizado, en sentido favorable al interés de los trabajadores, siquiera sea recurriendo a diversos fundamentos jurídicos. De forma que el discurso del reparto del riesgo debe ser arrinconado, parece que definitivamente. En todo caso, sí me interesa hacer algunas reflexiones acerca de ese método de acercamiento al problema de la coincidencia temporal entre bajas y vacaciones, para poner de manifiesto lo discutible de sus presupuestos. Para la teoría del reparto del riesgo o del caso fortuito, las bajas, por la causa que sea, son una circunstancia imprevisible que impacta en el equilibrio del contrato. Sabemos que, según la norma laboral, ese impacto no puede ser extintivo ya que impera el principio de conservación del contrato. También sabemos que, a partir de una situación en la que el empresario está obligado a respetar la continuidad del contrato, ese tiempo de suspensión, igualmente por imperativo legal (aunque sea sólo la base jurídica que le proporciona el Convenio 132 de la OIT), computa como tiempo de servicios a efectos de generar el derecho a las vacaciones; mucho más si el trabajo se ha desarrollado de manera normal. Como consecuencia, el disfrute de las vacaciones es indiscutible cuando el trabajador está en activo, aunque se haya reincorporado al trabajo días antes del comienzo de las vacaciones. Por tanto, toda la cuestión se concentra en la hipótesis de solapamiento, no pretendiendo proyectar la tesis del caso fortuito a otras circunstancias, como algunas de las mencionadas en las que, a lo mejor, podría igualmente encontrar aplicación.

Situados en el momento de inicio del disfrute de las vacaciones, o incluso una vez comenzadas, la dinámica normal del contrato se ve afectada por una baja que se solapa temporalmente con aquéllas. Si se adoptara la tesis del caso fortuito, resultaría que la forma de reparto del riesgo elegido es, sencillamente, desplazar sobre el trabajador la carga del mismo; incluso, lo que es más grave, expropiándole un derecho que ya ha generado con su trabajo previo. Profundizando en esa situación, lo cierto es que dicho reparto del riesgo puede desembocar incluso en un enriquecimiento sin causa del empresario. Porque, obligado a conceder y retribuir vacaciones, la situación, por ejemplo, de baja por enfermedad que las compensaría plantea la cuestión de qué tipo de compensación económica recibe el trabajador. Si fuera la prestación de la Seguridad Social por incapacidad temporal, el empresario se estaría ahorrando una retribución que ya ha sido devengada por el trabajador, la de las vacaciones; si recibiera la retribución por vacaciones, entonces sería la Seguridad Social la que estaría ahorrándose una prestación a costa del esfuerzo del trabajador.

Tampoco sería adecuado reconocer al trabajador tanto la prestación por

incapacidad temporal como la retribución de las vacaciones; aunque, a lo mejor, aplicando la tesis del caso fortuito, así debería ser, perdiendo sólo el trabajador el tiempo de descanso vacacional. En caso contrario, conceder al trabajador el derecho íntegro al disfrute efectivo de las vacaciones en otro tiempo cuando se solapan con las bajas laborales, no significa para el empresario otro coste que el no poder disponer del trabajador en el período de tiempo establecido, que es lo que en realidad significa el derecho a las vacaciones retribuidas, que deberían además serlo por haber generado el derecho el propio trabajador. Un coste ciertamente escaso, lo suficientemente escaso al menos como para rechazar esa aplicación de la teoría del caso fortuito, seguramente porque el reparto del riesgo de esas situaciones ya se encuentra fijado, en beneficio del trabajador, en la propia regulación legal.

#### **4. EL INSTRUMENTO DE APLICACIÓN: LA FIJACIÓN DE LA FECHA DE DISFRUTE POR CONVENIO COLECTIVO**

La primera cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social núm. 33 de Madrid se interroga también acerca de si la fijación de una fecha concreta o calendario de vacaciones significa la imposibilidad de un disfrute de esas vacaciones en un momento alternativo, en los casos de solapamiento que se están analizando aquí. Esto es, si el convenio colectivo supone un obstáculo formal infranqueable para propiciar ese disfrute en otro momento diferente del fijado.

La intervención de la negociación colectiva en esta materia es ciertamente trascendental. Está llamada a hacerlo tanto por el Convenio 132 de la OIT como por el art. 7 de la Directiva 93/104, de ordenación del tiempo de trabajo (en términos semejantes, la Directiva 2003/88), al remitirse a la legislación y la práctica nacionales a la hora de precisar el ejercicio y el respeto del derecho del trabajador a las vacaciones anuales. Se trata de una intervención que ha servido de apoyo a la jurisprudencia nacional para rechazar, entre otras razones, la posibilidad de cambio de la fecha de disfrute de las vacaciones en los casos de coincidencia temporal de la inicialmente fijada con situaciones de baja o descanso por maternidad; dándole incluso prioridad al contenido del convenio sobre los principios establecidos, en sentido favorable al disfrute efectivo, en el Convenio 132 de la OIT (Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de septiembre de 1988 [RJ 1988, 6885] o de 18 de septiembre de 2000 [RJ 2000, 2834]; Sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas de Navarra, de 10 de febrero de 2000 –2000/4565–, de Cataluña, de 24 de octubre de 2000 –2000/45902–, de Murcia, de 8 de enero de 2001 –2001/418–, o de Andalucía, de 4 de junio de 2002 –2002/63449–, estas últimas en El Derecho-Jurisprudencia).

Ninguna de las razones aducidas por las Sentencias mencionadas, quizás lógicas en un esquema de carencia de regulación y de existencia sólo de los que se consideran principios generales, no directamente vinculantes y necesitados de desarrollo legal o convencional, como se han entendido los

establecidos en el Convenio de la 132 de la OIT en relación con el disfrute de las vacaciones, tiene peso alguno frente a la doble afirmación de la Sentencia del Tribunal de Justicia. Una, que el derecho al disfrute efectivo y real de las vacaciones, que la Sentencia entiende recogido en el art. 7 de la Directiva 93/104, excluye, de forma absoluta, las situaciones de solapamiento en perjuicio del trabajador. Otra, que la prohibición de toda discriminación por razón de sexo, así como de toda afectación de los derechos inherentes al contrato por un motivo semejante, también significa que la posible coincidencia de períodos en perjuicio de la trabajadora no puede resolverse con la anulación, total o parcial, del tiempo de vacaciones. Concluyendo que, en las tres Directivas en torno a las cuales se plantean las cuestiones prejudiciales, existen normas que obligan a los Estados miembros a tomar las medidas necesarias para anular o modificar las disposiciones contrarias tanto al derecho sustantivo al disfrute de las vacaciones como al principio de igualdad de trato.

En consecuencia, deberán considerarse nulas o no eficaces al respecto las fechas de las vacaciones establecidas en los convenios colectivos si se entiende que esta fijación imposibilita u obstaculiza el disfrute efectivo de las mismas; o, dicho de otra forma, esa fijación, válida en términos generales, no puede ser impeditiva de un disfrute posterior en los casos de solapamiento. Entre otras cosas porque los convenios no suelen manifestarse al respecto en sentido prohibitivo, siendo esta prohibición una consecuencia que la jurisprudencia ha derivado del establecimiento de ciertas fechas concretas para las vacaciones de la plantilla. No puede dejar de apreciarse, sin embargo, que esta conclusión puede llevarse hasta sus últimas consecuencias cuando lo que se aprecia es una situación de discriminación por razón de sexo (lo que ya sabemos que ocurre, de forma objetiva, en los casos de coincidencia entre vacaciones y baja por maternidad o suspensión por riesgo durante el embarazo). No resulta tan clara aplicada simplemente a la contradicción entre la Directiva 93/104 y el convenio colectivo; porque ni es tan clara la consecuencia del derecho a disfrute incondicionado de las vacaciones; ni existen normas tan claras que exijan la nulidad de las cláusulas de los convenios que se opongan a la Directiva. Se llegará a esa conclusión por el argumento, más complejo, de la primacía del derecho comunitario y la obligación de los tribunales nacionales de no aplicar las normas internas cuando se oponen, como el Tribunal de Justicia dice ahora que sucede en los casos de solapamiento, a las exigencias comunitarias.

Para concluir, una última y rápida observación acerca de la segunda de las cuestiones prejudiciales planteadas, referida, como se dijo al inicio, a si, aceptada la obligación empresarial de garantizar el disfrute efectivo de las vacaciones en caso de coincidencia, dicha obligación se limita al período mínimo vacacional de cuatro semanas, establecido en el art. 7 de la Directiva 93/104, de ordenación del tiempo de trabajo (actualmente, Directiva 2002/93). El recurso al art. 15 de la Directiva, que declara el carácter mínimo de las condiciones fijadas en la misma, como en general sucede con todas las relativas a la seguridad y salud laboral, le basta a la Sentencia del Tribunal

SANTIAGO GONZÁLEZ ORTEGA

de Justicia para declarar que, cuando un Estado miembro haya optado por establecer una duración de las vacaciones más larga (sea a través de la Ley o el convenio colectivo), es a esta última duración a la que se aplica la garantía de efectividad del disfrute, impuesta por la norma comunitaria con el alcance que la Sentencia de 18 de marzo de 2004 le ha dado y que aquí se ha comentado ampliamente.