

## ¿Genera el permiso parental derecho al devengo del periodo vacacional?

Comentario a la [Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de octubre de 2018, asunto C-12/17](#)

**Raquel Poquet Catalá**

*Profesora asociada.  
Universidad Internacional de La Rioja*

### 1. Introducción. Marco normativo

El derecho a las vacaciones constituye un derecho básico y esencial en el derecho del trabajo, y es la manifestación, por excelencia, del derecho al descanso. Su regulación se halla en diversos instrumentos internacionales, como la [Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948](#), el [Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966](#), y el [Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966](#). Debe destacarse, asimismo, el [Convenio núm. 132 de la OIT de 1970](#), donde se detalla el contenido del derecho a las vacaciones anuales.

A nivel europeo, destaca la [Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2007](#), cuyo artículo 31.2 reconoce el derecho a las vacaciones anuales retribuidas, que se desarrolla por la [Directiva 2003/88](#) (de 4 de noviembre, que regula determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo), que establece en su artículo 1, como objetivo y ámbito de aplicación de la misma, regular las disposiciones mínimas de seguridad y salud en materia de ordenación del tiempo de trabajo, y, en concreto, «los periodos mínimos (...) de vacaciones anuales», siendo su artículo 7 el dedicado a regular las «vacaciones anuales». Dicho precepto dispone que:

1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que todos los trabajadores dispongan de un periodo de al menos 4 semanas de vacaciones anuales retribuidas, de conformidad con las condiciones de obtención y concesión establecidas en las legislaciones y/o prácticas nacionales.
2. El periodo mínimo de vacaciones anuales retribuidas no podrá ser sustituido por una compensación financiera, excepto en caso de conclusión de la relación laboral.

**Cómo citar:** Poquet Catalá, R. (2019). ¿Genera el permiso parental derecho al devengo del periodo vacacional? Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de octubre de 2018, asunto C-12/17. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 430, 173-178.

Asimismo, el artículo 15 de la citada [directiva](#) permite que los Estados miembros puedan establecer disposiciones más favorables para los trabajadores, pero nunca peyorativas.

A nivel nacional, en primer lugar, la [Constitución española](#) recoge en su artículo 40.2 que los poderes públicos fomentarán una política que garantice «las vacaciones periódicas retribuidas», disposición que incluye una garantía institucional que obliga a considerar las vacaciones periódicas retribuidas como ingrediente imprescindible del ordenamiento laboral (Sentencia del Tribunal Supremo –[STS– de 3 de octubre de 2007, rec. 5068/2005](#)). Más desarrollado se encuentra en el [artículo 38 del Estatuto de los Trabajadores](#) (ET), precepto que, no obstante, debido a sus lagunas, ha ido planteando diversos conflictos judiciales.

Por otro lado, en cuanto al permiso parental, cabe recordar el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental (de 18 de junio de 2009, que figura en el anexo de la [Directiva 2010/18/UE del Consejo, de 8 de marzo de 2010](#), por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental, celebrado por BusinessEurope, la UEAPME, el CEEP y la CES, y se deroga la Directiva 96/34/CE), cuya cláusula 2 reconoce un «derecho individual de permiso parental a los trabajadores, hombres o mujeres, por motivo de nacimiento o adopción de un hijo», así como que dicho permiso «tendrá una duración mínima de 4 meses y, a fin de promover la igualdad de oportunidades y la igualdad de trato entre hombres y mujeres, debe, en principio, concederse con carácter intransferible». Asimismo, recoge en su cláusula 5 que, cuando finaliza dicho permiso parental, el trabajador tendrá derecho a ocupar su mismo puesto de trabajo o, en caso de imposibilidad, un trabajo equivalente o similar conforme a su contrato de trabajo o a su relación laboral.

Este derecho al permiso parental no se reconoce a los hijos para que sean convenientemente atendidos por sus padres, sino a estos para que puedan atender a sus hijos. Bajo la denominación de los permisos parentales se incluyen los de maternidad, paternidad y parental propiamente dicho.

## 2. Breve síntesis del supuesto de hecho

Una magistrada del Tribunal de Distrito de Botosani (Rumanía) disfrutó del permiso de maternidad desde octubre hasta febrero del año siguiente. Cuando finalizó su permiso de maternidad, se acogió a un permiso parental por hijo menor de 2 años durante más de 7 meses, período durante el cual su relación laboral quedó suspendida. Posteriormente, disfrutó de sus vacaciones anuales retribuidas durante 30 días.

Según el derecho rumano, el periodo de vacaciones anuales retribuidas es de 35 días, ante lo cual la magistrada solicitó que se le concediesen los restantes 5 días de vacaciones anuales retribuidas. El órgano competente denegó la solicitud con base en que, según el derecho rumano, la duración de las vacaciones anuales retribuidas es proporcional al tiempo efectivamente trabajado durante el año en curso y en que la duración del permiso pa-

rental al que se había acogido durante dicho año no podía considerarse periodo de tiempo de trabajo efectivo a efectos de determinar el derecho a vacaciones anuales retribuidas.

El Tribunal Superior rumano planteó cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) sobre si el derecho de la Unión se opondría a una disposición nacional que no considera periodo de trabajo efectivo aquel en el que el trabajador disfrutó del permiso parental a efectos del cálculo de la duración de las vacaciones anuales.

### 3. Claves de la doctrina judicial de la sentencia

El TJUE empieza recordando que el derecho comunitario dispone, como principio esencial, que los trabajadores tienen derecho a un periodo de vacaciones anuales retribuidas de al menos 4 semanas. El órgano judicial recalca que la finalidad de las vacaciones anuales es permitir que los trabajadores descansen y, para ello, se requiere que el trabajador haya trabajado efectivamente durante el periodo de referencia.

Sin embargo, el TJUE también señala que existen determinadas situaciones en las que no puede supeditarse el derecho a las vacaciones anuales retribuidas al requisito de haber trabajado efectivamente, porque son situaciones que, aun a pesar de no prestar el trabajador sus servicios por ausentarse por enfermedad justificada o por un permiso de maternidad, deben considerarse tiempo de trabajo efectivo.

En este sentido, el órgano judicial confirma que la situación en la que se encontraba la magistrada después del permiso por maternidad, esto es, en la suspensión del contrato de trabajo por permiso parental, no constituye una situación que pueda considerarse tiempo de trabajo efectivo, puesto que, durante dicha situación, la trabajadora no está sujeta a limitaciones físicas o psíquicas causadas por una enfermedad, y tampoco puede asimilarse al permiso por maternidad, porque la finalidad de esta es proteger la condición biológica de la mujer durante su embarazo, así como las particulares relaciones entre la mujer y su hijo durante el periodo que sigue al embarazo y al parto, y todo ello es diferente al permiso parental.

Por todo ello, el órgano judicial concluye que el periodo de permiso parental del que disfrutó la magistrada durante el periodo de referencia no puede considerarse tiempo de trabajo efectivo a efectos de determinar el derecho a vacaciones anuales retribuidas.

### 4. Trascendencia de la doctrina

La importancia de esta decisión judicial radica en que, por primera vez, se plantea la tesitura de determinar si el permiso parental debe computarse como tiempo de trabajo efectivo a efectos de generar el periodo de vacaciones anuales retribuidas. Es decir, no se está ante

la incertidumbre que surge cuando coincide un periodo de vacaciones con la situación de incapacidad temporal (IT) o de disfrute del permiso de maternidad, sino que se trata de determinar si el estricto permiso parental genera el derecho a vacaciones retribuidas.

Por un lado, debe reiterarse que, como es sabido, el derecho a las vacaciones tiene como objetivo facilitar un periodo de tiempo lo suficientemente amplio para que el trabajador pueda recuperarse tanto físicamente como psíquica y socialmente de los efectos de los largos periodos de trabajo prolongado, a la vez que pueda disfrutar del ocio y tiempo libre. El fundamento último no es otro que proteger la salud de los trabajadores, pues se trata de ofrecer un periodo de tiempo de suficiente duración para que el trabajador pueda recuperarse después de haber estado prestando servicios durante largo tiempo. Con ello no se está sino reconociendo la necesidad de considerar al trabajador como persona –López Ahumada, J. E. (2004). *Evolución normativa de los descansos laborales. Primer centenario de la promulgación de la Ley de descanso dominical de 1904*. Madrid: MTAS, p. 112–. Como se ha señalado, constituye también una manifestación del derecho al ocio, esto es, permitir que el trabajador disfrute del tiempo libre y de las relaciones sociales. En definitiva, instituye una expresión de la libertad personal y del derecho a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad –Gorelli Hernández, J. (2014). El derecho al disfrute de las vacaciones: de la jurisprudencia comunitaria a la regulación estatutaria. *Relaciones Laborales*, 1, p. 20–.

Por otro lado, las vacaciones se devengan por la prestación efectiva de servicios, tal y como establece el artículo 5.4 del [Convenio núm. 132 de la OIT](#) cuando expresamente considera que dichas ausencias «por motivos independientes de la voluntad de la persona interesada, como enfermedad, accidente o maternidad, serán contadas como parte del periodo de servicios». En este sentido, se considera que no afectan al devengo vacacional el disfrute de los permisos del [artículo 37.3 del ET](#), el tiempo invertido en formación sobre prevención de riesgos laborales ([art. 19.4 ET](#)), los permisos por exámenes ([art. 23.1 ET](#)), el tiempo invertido en la adaptación a las modificaciones operadas en el puesto de trabajo ([art. 23.1 d\) ET](#)), el tiempo utilizado en la formación profesional para el empleo ([art. 23.3 ET](#)), la pausa por lactancia ([art. 37.4 ET](#)) o el crédito horario de los representantes ([art. 68 e\) ET](#) y [art. 13 Ley orgánica 11/1985, de 2 de agosto](#), de libertad sindical).

En relación con las situaciones de suspensión del contrato de trabajo, como se sabe, el [artículo 45.2 del ET](#) establece que la suspensión del contrato de trabajo exonera a las partes de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo, por lo que, *a sensu contrario*, implica que otros aspectos de la relación laboral se mantienen en activo. Centrándose la cuestión en estas suspensiones, tanto la derivada de la maternidad como la de IT son nombradas explícitamente por el artículo 5.4 c) del [Convenio núm. 132 de la OIT](#), de tal forma que con base en ello se ha asimilado a tiempo de trabajo efectivo aquel periodo de trabajo en el que se está en situación de IT, con independencia de la causa originadora ([STS de 29 de octubre de 2012, rec. 4425/2011](#)). En este sentido, podría entenderse que las circunstancias concurrentes en una suspensión por IT o maternidad llevarían a equiparar, en términos de desgaste, estos periodos con la realización de trabajo efectivo –Sempere

Navarro, A. V. y Charro Baena, P. (2010). *Las vacaciones laborales*. Cizur Menor: Thomson/ Aranzadi, p. 78–, situación que no se da en otras suspensiones, como la derivada de fuerza mayor o por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.

Por otro lado, si se atiende al permiso parental, este tiene como objetivo la conciliación de la vida profesional, privada y familiar de los trabajadores con hijos, a la vez que la consecución de la igualdad entre hombres y mujeres, por lo que respecta a las oportunidades en el mercado laboral y al trato en el trabajo. Dicho permiso se aplica a los «trabajadores con hijos», «tanto hombres como mujeres» (cláusula 1.2 Acuerdo marco revisado). No obstante, en el citado acuerdo no se establece en modo alguno si el permiso parental debe ser considerado como tiempo de trabajo efectivo.

En España, en el citado permiso parental –excedencia por cuidado de hijos–, según el [artículo 237 del texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social](#), los 3 años de excedencia tienen la consideración de periodo de cotización efectiva a efectos de las prestaciones de la Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad. Asimismo, el [artículo 46.3 del ET](#) declara que dicho periodo es «computable a efectos de antigüedad y el trabajador tendrá derecho a la asistencia a cursos de formación profesional». Además, durante el primer año tendrá derecho a la reserva de su puesto de trabajo. Como se observa, nada se establece en cuanto a su consideración o no como tiempo de trabajo efectivo.

En este sentido, según la doctrina judicial comunitaria, si se atiende a la finalidad del derecho a vacaciones anuales retribuidas, la misma se basa en la premisa de que el trabajador ha prestado servicios efectivamente durante el periodo de referencia, pues, lógicamente:

(...) El objetivo de permitir al trabajador descansar supone que dicho trabajador haya ejercido una actividad que justifique –para garantizar la protección de su seguridad y salud a la que hace referencia la Directiva 2003/88– un periodo de descanso, ocio y esparcimiento. Por consiguiente, el derecho a vacaciones anuales retribuidas debe determinarse, en principio, en función de los periodos efectivamente trabajados ([STJUE de 4 de octubre de 2018, asunto C-12/17, Maria Dicu](#)).

Y solamente los periodos en los que el trabajador se ausenta por enfermedad debidamente justificada, esto es, la situación de IT, o el periodo de maternidad generan el derecho a las vacaciones anuales, pues la situación de permiso parental o excedencia por cuidado de hijos es considerada como situación no asimilable a dichos periodos, de tal forma que no queda conceptualizado como tiempo de trabajo efectivo. Se considera, en fin, que el disfrute del permiso parental no reviste carácter imprevisible, sino que deriva de la voluntad del trabajador de cuidar de su hijo. Es decir, se diferencia claramente de la situación de IT en que el trabajador no está sujeto a ninguna limitación física o psíquica causada por enfermedad, y del permiso de maternidad en que este tiene como objeto la protección de la condición biológica de la mujer durante su embarazo y, después, la protección de las particulares relaciones entre la mujer y su hijo durante el periodo que sigue al embarazo y al parto.

No obstante, si se atiende al artículo 5.4 del [Convenio núm. 132 de la OIT](#), que establece que las vacaciones no pueden verse reducidas por ausencias del trabajador debidas a causas independientes de su voluntad, debe analizarse con detenimiento si el permiso parental se debe o no a una causa voluntaria del propio trabajador. A mi parecer, de igual forma que el permiso por maternidad, el permiso parental tiene un fin claro y ajeno a la voluntad estrictamente particular del trabajador: la conciliación de la vida profesional, privada y familiar de los trabajadores con sus hijos. Es decir, a diferencia de lo que sería la excedencia por interés particular, cuya causa se halla en la propia voluntad del trabajador, en este caso, se trata de facilitar la relación materno-filial y la conciliación de la vida laboral y familiar, por lo que debería ser considerado como tiempo de trabajo a efectos de determinar el derecho a las vacaciones. De hecho, un sector doctrinal –Sala Franco, T. (Coord.). (2014). *Relaciones laborales*. Valencia: Tirant lo Blanch– ha estimado, aunque referido al permiso por paternidad, que este debe ser considerado también como tiempo de trabajo efectivo, para quedar así asimilado efectivamente a la maternidad.

Debe señalarse, además, que, a pesar de que el TJUE haya distinguido, en este sentido, dicho permiso del de maternidad, en la medida en que se concede a los padres para que puedan cuidar de su hijo (SSTJUE de [14 de abril de 2005, asunto C-519/03](#); [20 de septiembre de 2007, asunto C-116/06, Kiiski](#); [16 de julio de 2015, asunto C-222/14, Maïstrellis](#); [16 de junio de 2016, asunto C-351/14, Rodríguez Sánchez](#)), pues no se trata, en el marco del permiso parental, de proteger la condición biológica de la mujer, sino de facilitar la conciliación de las responsabilidades profesionales y familiares de los padres que trabajan (STJUE de [16 de julio de 2015, asunto C-222/14, Maïstrellis](#)), al permitirles interrumpir su actividad profesional garantizándoles que, a su regreso, podrán volver a ocupar su puesto de trabajo o un puesto equivalente; sin embargo, debe tenerse presente que el propio TJUE ([Sentencia de 22 de abril de 2010, asunto C-486/08, Zentralbetriebsrat](#)) estableció que el derecho al disfrute de un permiso parental de 2 años no puede suponer la pérdida del derecho a las vacaciones correspondientes al periodo de tiempo trabajado anterior al permiso parental que no tuvo reflejo en el correspondiente disfrute de vacaciones. Con dicha sentencia se eleva el rango de protección dispensado por el disfrute de permisos parentales, para situarlo al mismo nivel que la maternidad y la IT cuando coinciden con el periodo de vacaciones –Ballester Pastor, M. A. (2013). *Igualdad y conciliación en las últimas reformas laborales y de Seguridad Social. Análisis desde las exigencias del derecho de la Unión Europea. Actum Social, 71*–. La importancia de este pronunciamiento judicial se halla en que es uno de los reconocimientos más extremos en cuanto al derecho al disfrute de las vacaciones de forma diferida, pues puede abarcar muchos años.

Por ello, considero que debería interpretarse que el periodo de permiso parental o excedencia por cuidado de hijos debería computarse como tiempo de trabajo efectivo a efectos de devengar las vacaciones anuales, pues dicha excedencia lo que no puede es ser equiparada a la excedencia por interés particular, la cual halla su origen de forma clara e indubitada en la voluntad del propio trabajador, mientras que la excedencia por cuidado de hijos obedece a un propósito que debe quedar protegido, como es la conciliación de la vida laboral y familiar. De otra forma, podría ser constitutiva de discriminación por razón de sexo.