

«TRABAJADORES PROVISIONALMENTE A TIEMPO PARCIAL»
(CON REDUCCIÓN A CERO DEL TIEMPO DE TRABAJO,
KURZARBEIT NULL, A RESULTAS DE LA APLICACIÓN DE
UN PLAN SOCIAL DE ACOMPAÑAMIENTO A UN DESPIDO
COLECTIVO), Y SU DERECHO A VACACIONES ANUALES
RETRIBUIDAS

[Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Quinta, de 8 de noviembre de 2012, asuntos acumulados C-229/11 y C-230/11, Alexander Heimann (C-229/11), Konstantin Toltschin (C-230/11) y Kaiser GMBH]

Antonio Tapia Hermida

Doctor en Derecho

Profesor Titular de Derecho Mercantil. Universidad Complutense de Madrid

Letrado de la Seguridad Social

Académico correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

EXTRACTO

La prórroga de los contratos de trabajo, a resultas de la aplicación de un plan social, mediante la suspensión, por reducción «a cero del tiempo de trabajo» (*Kurzarbeit Null*) de la obligación de trabajar que recae sobre el trabajador y de la obligación del empresario de pago del salario: ¿es equiparable a la reducción de la obligación de trabajar que resulta del paso por vía contractual (conversión) de un trabajo a tiempo completo a un trabajo a tiempo parcial?; ¿implica una reducción de las vacaciones anuales retribuidas comparable a las que el trabajador tiene derecho durante el trabajo a tiempo parcial, *pro rata temporis*?

Palabras clave: «trabajadores provisionalmente a tiempo parcial», contrato de trabajo a tiempo parcial, trabajadores a tiempo completo, vacaciones anuales retribuidas, principio *pro rata temporis* y regulación de empleo.

«TEMPORARY PART-TIME WORKERS» (BY THE APPLICATION OF ZERO HOURS SHORT-TIME WORKING, *KURZARBEIT NULL*, FOLLOWING THE IMPLEMENTATION OF A SOCIAL PLAN REDUNDANCY MEASURES), AND ACQUIRE RIGHTS PAID ANNUAL LEAVE

[Comment to the Judgement of the ECJ, Fifth Chamber, dated 8 November 2012, in Joined Cases C-229/11 and C-230/11, Alexander Heimann (C-229/11), Konstantin Toltschin (C-230/11) and Kaiser GMBH]

Antonio Tapia Hermida

Doctor en Derecho

Profesor Titular de Derecho Mercantil. Universidad Complutense de Madrid

Letrado de la Seguridad Social

Académico correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

ABSTRACT

The extension of the employment contracts, following the implementation of a social plan, by means of the suspension, by reducing to zero the working time (*Kurzarbeit Null*), of the employee obligation to work and the employer's obligation to pay the salary: ¿is comparable to the reduction of a worker's obligation to work resulting from a contractually agreed move (conversion) from a full-time to a part-time employment?; ¿does it imply a reduction of the paid annual leave comparable to which a worker is entitled to during a part-time employment, *pro rata temporis* rule?

Keywords: «temporary part-time workers», part-time working employment contract, full-time employment workers, paid annual leave, *pro rata temporis* rule and redundancy measures.

Sumario

- I. Introducción
- II. La reducción/suspensión de la obligación de trabajar que recae sobre el trabajador y de la obligación del empresario de pagar el salario, mediante la «reducción a cero del tiempo de trabajo» (*Kurzarbeit Null*)
 - 2.1. El supuesto de hecho de «reducción a cero del tiempo de trabajo» (*Kurzarbeit Null*)
 - 2.2. La «reducción a cero del tiempo de trabajo» (*Kurzarbeit Null*), y sus consecuencias para la relación laboral. Suspensión del contrato de trabajo vs. «reducción a cero del tiempo de trabajo»
- III. La «reducción a cero del tiempo de trabajo» tras el despido y su retratación. Sobre los efectos del despido y la posibilidad de su retractación
- IV. «Trabajadores provisionalmente a tiempo parcial»: ¿una nueva categoría?
- V. La jornada de trabajo. Sus limitaciones y los derechos vacacionales
 - 5.1. Los fundamentos de la intervención estatal en la prestación del trabajo asalariado y por cuenta ajena. La emergencia de la rama social del Derecho
 - 5.2. Jornada de trabajo y derechos vacacionales. Una breve perspectiva histórica
- VI. El derecho a vacaciones anuales retribuidas
 - 6.1. Aspectos normativos básicos o fundamentales del derecho a vacaciones anuales retribuidas
 - 6.2. Caracteres delimitadores
 - 6.3. La vacación anual mínima
 - 6.4. Descanso vacacional y retribución
- VII. El derecho a vacaciones anuales retribuidas de «trabajadores provisionalmente a tiempo parcial», por «reducción a cero del tiempo de trabajo» (*Kurzarbeit Null*) como consecuencia del «plan social» de acompañamiento a un despido colectivo por causas económicas
 - 7.1. Inaplicabilidad de la doctrina jurisprudencial relativa al derecho a vacaciones anuales de los trabajadores de la empresa incapacitados temporalmente para trabajar por causa de enfermedad
 - 7.2. Aplicación de la cláusula *pro rata temporis*
- VIII. Conclusiones

I. INTRODUCCIÓN

La Sala Quinta del Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictó, con fecha 8 de noviembre de 2012, sentencia en los asuntos acumulados C-229/11 y C-230/11, Alexander Heimann (C-229/11), Konstantin Toltschin (C-230/11) y Kaiser GMBH. Su interés es sobresaliente por dos órdenes de razones. En primer lugar porque acuña un nuevo concepto subjetivo laboral, el de «trabajadores provisionalmente a tiempo parcial», que sin duda alguna se adecua al sino de los tiempos. En segundo lugar por el análisis comparativo que efectúa, respecto del derecho a vacacionar, entre aquellos trabajadores y quienes no pueden temporalmente prestar su trabajo por causa de enfermedad.

En el primer aspecto, la sentencia que se comenta es más que estimable, en cuanto crea una nueva categoría subjetiva laboral acorde con los nuevos parámetros empleo/desempleo derivados de la universalización cultural y globalización socioeconómica. Sin embargo, en el segundo de aquellos aspectos, cuando se detiene en la correlación/contraposición entre «trabajadores provisionalmente a tiempo parcial» y «trabajadores en baja por enfermedad», la sentencia no es irrefutable, padeciendo el rigor racional de su discurso.

En todo caso para su adecuada valoración es preciso efectuar una referencia genérica a la ubicación de la sentencia objeto de comentario en un «mundo en crisis»¹ y en su consecuente ideario. En esos dos órdenes de consideraciones resulta que la sentencia que se comenta parece consecuente con la época que vivimos, pues, por una parte, se adecua a la general apreciación de que la crisis so-

¹ ¿Es posible que la crisis generalizada que padecemos no sea más que la consecuencia de las agresiones cometidas contra Gaia? «Desde dentro afuera desde el núcleo, la Tierra está formada casi exclusivamente de roca y metal caliente y líquido. Gaia es un delgado caparazón esférico de materia que rodea el interior incandescente; empieza allí donde las rocas de la corteza se encuentran con el magma del interior de la Tierra, a unos ciento setenta kilómetros bajo la superficie, y se extiende otros ciento setenta kilómetros hacia arriba, a través del océano y del aire, hasta la todavía más caliente atmósfera, que linda con el espacio exterior», afirma LOVELOCK, J.: *La venganza de la Tierra. La teoría de Gaia y el futuro de la humanidad*, Barcelona: Planeta, 2007, pág. 37, que añade en la misma página, «Gaia es un sistema fisiológico porque parece tener el objetivo inconsciente de regular el clima y la química de forma que resulten adecuados para la vida», y, en pág. 38, que «debemos pensar en Gaia como un sistema integral formado por partes animadas e inanimadas», concluyendo, en pág. 222, «a pesar de todos nuestros esfuerzos por retirarnos de forma sostenible puede que no seamos capaces de evitar una decadencia global que lleve a un mundo caótico dirigido por brutales señores de la guerra que gobierne sobre una Tierra devastada»; «Tenemos algo de plaga de langostas, de envenenadores, de enfermedad degenerativa de los tejidos de Gaia. Faltan mecanismos reguladores, y lo peor es la aceleración de los procesos que generan problemas», dice TERRADAS, J.: «Biografía del Mundo. Del origen de la vida al colapso ecológico», Barcelona: Destino, 2006, pág. 466; Esa situación, crítica y/o degenerativa de Gaia la advertimos claramente los seres humanos (las personas) porque tenemos «plena conciencia», pero la perciben y padecen todos los seres vivos en general. Sobre la conciencia vid. DAMASIO, A.: *Y el cerebro creó al hombre*, Barcelona: Destino, 2010, especialmente págs. 263 y ss.

cioeconómica, que de largo venimos padeciendo sin una salida previsible a corto o medio plazo², se caracteriza por su origen financiero, por su carácter global o universal, y por ser obediente novedosa circunstancia de «crecimiento sin creación de empleo»³, y, por otra parte, parece ajustarse al pensamiento desiderativo y voluntarista⁴, interesadamente extendido en determinados círculos del poder político y económico, según el cual «es imposible construir el Derecho como un sistema lógico puro»⁵.

II. LA REDUCCIÓN/SUSPENSIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE TRABAJAR QUE RECAE SOBRE EL TRABAJADOR Y DE LA OBLIGACIÓN DEL EMPRESARIO DE PAGAR EL SALARIO, MEDIANTE LA «REDUCCIÓN A CERO DEL TIEMPO DE TRABAJO» (KURZARBEIT NULL)

A la novedosa categoría de «trabajadores provisionalmente a tiempo parcial», llega el Tribunal de Justicia a la vista del supuesto de hecho del litigio principal. Por ello, para comprenderla cabalmente es preciso efectuar una referencia, siquiera breve, a semejante cuestión fáctica.

² «La incertidumbre global lastrará a las grandes economías hasta 2014, según Moody's», destaca José Luis DE HARO en el diario *El Economista*, del martes 13 de noviembre de 2012, pág. 29; Bajo en titular «Fedea alerta de que los últimos datos de empleo "alejan todo posible atisbo de recuperación"»; R.G. PÍCION, en el diario económico *Expansión* del martes 13 de noviembre de 2012, pág. 28, indica «ni brotes verdes ni rayos de esperanza, al menos en el mercado de trabajo. Es la principal conclusión del Observatorio laboral de la crisis que elabora la Fundación de Análisis de Economía Aplicada (Fedea)».

³ En las diferentes perspectivas desde las que se ha venido analizando aquella lacerante crisis económica, ya utilicen el aparato conceptual económico correspondiente a la era de la Industria («En la Era de la Industria, la posición dominante en la actividad económica correspondía al sistema productivo, que estaba liderado por los capitanes de empresas, portadores del espíritu de empresa. Las Finanzas eran necesarias y también estaban presentes, e incluso se reconocía que sin ellas no podía existir un sistema económico moderno, sin embargo su papel no era de liderazgo, considerándose que estaban al servicio de las empresas», dice PRIETO PÉREZ, E.: *La Era de la Finanzas. Mercados Financieros y Globalización*, Madrid: Real Academia de Doctores, 2002, pág. 12), ya empleen el subyacente a la Era de las Finanzas («La transformación operada en los últimos veinte años supone la inversión de posiciones. En la era de las Finanzas, estas sumen el liderazgo e introducen un nuevo lenguaje, nuevos modelos operativos e imponen sus puntos de vista y valores», afirma PRIETO PÉREZ, E., *op. cit.*, *La Era de la Finanzas. Mercados Financieros y Globalización*, págs. 12-13), los diagnósticos y las soluciones propuestas han sido más o menos conformes.

⁴ «La estupidez es un problema feo (...). Aunque no es una enfermedad, la estupidez se difunde como un virus; más en general, se multiplica al igual que cualquier ser vivo (...). Comprender la estupidez es una forma de reducir el peligro que entrañan sus efectos, de no dejarse coger por sorpresa demasiadas veces, de aumentar nuestras posibilidades para limitar su poder», afirma LIVRAGHI, G.: «El poder de la estupidez», Barcelona: Crítica, 2010, págs. 13, 21 y 234.

⁵ STC 164/2002, de 17 de septiembre, que se reitera en las SSTC 186/2002, de 14 de octubre; 224/2003, de 15 de diciembre; 29/2005, de 14 de febrero y 247/2006, de 24 de julio. También justifica el Tribunal Constitucional la limitada dimensión lógica del Derecho y del razonamiento judicial en sus SSTC 147/1999, de 4 de agosto; 25/2000, de 31 de enero; 87/2000, de 27 de marzo; 187/2000, de 10 de julio; 214/2000, de 18 de septiembre; 82/2001, de 26 de marzo; 221/2001, de 31 de octubre; 55/2003, de 24 de marzo; 213/2003, de 1 de diciembre; 163/2004, de 4 de octubre; 302/2005, de 21 de noviembre; 324/2005, de 22 de diciembre; 154/2006, de 22 de mayo; 163/2006, de 22 de mayo; 181/2006, de 19 de julio; 243/2006, de 24 de julio; 248/2006, de 24 de julio; 41/2007, de 26 de febrero y 42/2007, de 26 de febrero, entre otras muchas, así en la STC 60/2010, de 7 de octubre, llega a afirmar que el desequilibrio (irracionalidad) entre el fin y la medida adoptada por el legislador ha de constituir un «exceso verdaderamente patente y manifiesto».

2.1. EL SUPUESTO DE HECHO DE «REDUCCIÓN A CERO DEL TIEMPO DE TRABAJO» (*KURZARBEIT NULL*)

Los señores H. y T., que prestaban sus servicios como trabajadores asalariados por cuenta ajena (con antigüedad desde 2003 y 1998, respectivamente), con contratos de trabajo a jornada ordinaria⁶, para K. (empresa subcontratista de la industria automovilística que empleaba a varios cientos de trabajadores), fueron despedidos (¿primer despido?, ¿despido provisional?), el 30 de junio y el 31 de agosto de 2009, respectivamente, en el marco de una reducción de plantilla (despido colectivo) que, a causa de las dificultades económicas por las que atravesaba, decidió llevar a cabo aquella empresa.

Para paliar las consecuencias de semejante «reducción de plantilla» o despido colectivo, la empresa K y su comité de empresa acordaron un «plan social», en el cual se preveía lo siguiente:

«Una prórroga de los contratos de trabajo de los trabajadores despedidos de un año de duración a partir de la fecha de su despido y la suspensión, mediante la "reducción a cero del tiempo de trabajo" (*Kurzarbeit Null*), de la obligación de trabajar que recae sobre el trabajador, por un lado, y de la obligación del empresario de pagar el salario, por otro».

Mediante aquella prórroga de los contratos de trabajo se pretendía que los trabajadores afectados por el despido colectivo percibieran durante un año, a partir de su despido, una ayuda financiera. La cual efectivamente fue reconocida a los señores H. y T., por la Oficina federal de empleo correspondiente, durante el periodo de «reducción a cero del tiempo de trabajo», pasando a percibir un subsidio (*Kurzarbeitergeld*), que calculado y abonado por el empresario, sustituía, mientras durase la suspensión/reducción del tiempo de trabajo, al salario del trabajador afectado.

Efectuado un nuevo despido (¿segundo despido?, ¿despido definitivo?) del señor H., con la consiguiente extinción de su contrato de trabajo y relación laboral, este reclamó a la empresa K. el pago de una determinada cantidad «en concepto de compensación financiera correspondiente a 15 y 10 días de vacaciones anuales retribuidas no disfrutadas, respectivamente, los años 2009 y 2010». Igual reclamación efectuó el señor T., con ocasión de su nuevo despido (¿segundo despido?, ¿despido definitivo?) y consiguiente extinción de su contrato de trabajo y relación laboral, invocando su derecho a una compensación financiera correspondiente a 10 y 30 días de vacaciones anuales retribuidas no disfrutadas durante los años 2009 y 2010.

Oponiéndose tales reclamaciones la empresa K. sostuvo que los periodos vacacionales reclamados se correspondían con los periodos de tiempo en que los señores H. y T. habían percibido el subsidio a causa de la «reducción a cero de sus tiempos de trabajo» (*Kurzarbeit Null*), esto es, a periodos de tiempo en los que no habían prestado trabajo y en los que no había existido la

⁶ Según se deduce de la sentencia objeto de comentario, que constantemente se refiere a la «reducción del tiempo de trabajo».

obligación del empresario de pagarles el salario, por lo que los señores H. y T. no habían adquirido derecho alguno a vacaciones anuales retribuidas.

2.2. LA «REDUCCIÓN A CERO DEL TIEMPO DE TRABAJO» (*KURZARBEIT NULL*), Y SUS CONSECUENCIAS PARA LA RELACIÓN LABORAL. SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO VS. «REDUCCIÓN A CERO DEL TIEMPO DE TRABAJO»

¿Es equivalente la «reducción a cero del tiempo de trabajo» a la suspensión del contrato de trabajo? Son obligaciones características y definitorias del contrato de trabajo⁷ prestar el trabajo y pagar el salario⁸ («trabajo y retribución»)⁹, que no son exigibles en los supuestos de suspensión del contrato de trabajo¹⁰. Según se indica en la sentencia objeto de comentario, «el plan social (...)

⁷ El contrato de trabajo «constituye una especie dentro del género común de los arrendamientos de servicios, del que históricamente se desgaja en la evolución legislativa, como nos lo recuerda el Tribunal Supremo en su sentencia de 9 de diciembre de 2004», afirma la STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 12 de febrero de 2008; Hay contrato de trabajo y relación laboral «allí donde hay una prestación de servicios que se realiza en forma personal, voluntaria, remunerada, por cuenta de otro y dentro de su ámbito organizativo y de dirección (art. 1.1 ET), que se presume existente siempre que se demuestre que se prestan servicios a otro a cambio de una remuneración, por cuenta de este y bajo su dependencia (art. 8.1 ET)», indica la STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 19 de abril de 2011.

⁸ «La doctrina viene declarando que la existencia de una relación de trabajo exige la concurrencia de las notas de ajenidad y dependencia a las que se refiere el artículo 1.1 del ET, esto es, que la prestación de servicios contratada se realice dentro del ámbito de organización y dirección de la empresa, con sometimiento al círculo rector, disciplinario y organizativo de la misma (STS de 16 febrero de 1990); ya que no es suficiente para la configuración de la relación laboral, la existencia de un servicio o actividad determinada y su remuneración por la persona a favor de quien se prestan para que, sin más, nazca a la vida del derecho el contrato de trabajo, pues su característica esencial es la dependencia o subordinación del que presta el servicio a favor de la persona que lo retribuye, siendo necesario para que concurra que el trabajador se halle comprendido en el círculo organicista rector y disciplinario del empleador, de modo que si no existe tal sujeción el contrato es meramente civil (SSTS de 7 de noviembre de 1985 y 9 de febrero de 1990). Por lo que, para que sea efectiva la presunción favorable a la existencia del contrato de trabajo, que establece el artículo 8.1. del ET, es preciso que concurren los requisitos antes apuntados (SSTS de 5 de marzo de 1990)», precisa la STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 5 de marzo de 2012.

⁹ STSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 16 de abril de 2012.

¹⁰ Según el artículo 45 del ET: «El contrato de trabajo podrá suspenderse por las siguientes causas: a) Mutuo acuerdo de las partes; b) Las consignadas válidamente en el contrato; c) Incapacidad temporal de los trabajadores; d) Maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural de un menor de nueve meses y adopción o acogimiento, tanto preadoptivo como permanente o simple, de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las Comunidades Autónomas que lo regulen, siempre que su duración no sea inferior a un año, aunque estos sean provisionales, de menores de seis años o de menores de edad que sean mayores de seis años cuando se trate de menores discapacitados o que por sus circunstancias y experiencias personales o por provenir del extranjero, tengan especiales dificultades de inserción social y familiar debidamente acreditadas por los servicios sociales competentes; e) Cumplimiento del servicio militar o de la prestación social sustitutoria; f) Ejercicio de cargo público representativo; g) Privación de libertad del trabajador, mientras no exista sentencia condenatoria; h) Suspensión de sueldo y empleo, por razones disciplinarias; i) Fuerza mayor temporal; j) Causas económicas, técnicas, organizativas o de producción; k) Excedencia forzosa; l) Por el ejercicio del derecho de huelga; m) Cierre

preveía una prórroga de los contratos de trabajo de los trabajadores despedidos de un año de duración a partir de la fecha de su despido y la suspensión, mediante la «reducción a cero del tiempo de trabajo» (*Kurzarbeit Null*), de la obligación de trabajar que recae sobre el trabajador, por un lado, y de la obligación del empresario de pagar el salario, por otro»¹¹. ¿Incidía en contradicción esa previsión del «plan social»?

Como la cuestión debatida en la litis objeto de atención en la sentencia objeto de comentario se refería al derecho a las vacaciones anuales remuneradas, y estas ordinariamente se vinculan a la prestación del trabajo, debe plantearse la siguiente cuestión: ¿La reducción a cero del tiempo de trabajo (*Kurzarbeit Null*) supone inexistencia de «trabajo»/«prestación de trabajo», o simplemente su no cuantificación? Para resolver semejante interrogante ha de partirse de que «reducción a cero del tiempo de trabajo» o «cero trabajo» (*kha, sirf, sunya, zephirum, sifra, cifra o tzyphra*) no es lo mismo que «inexistencia» de trabajo. El cero representa una cantidad nula o el valor nulo (posicional, neutro y absorbente) de una magnitud. En lenguaje coloquial la reducción a «cero del tiempo de trabajo» supone que el «trabajo» existe conceptualmente, aunque su prestación no se actualice al ser nula su cantidad. El número cero (0), que «llegó a Occidente de manos de los árabes, que lo tomaron de los indios (y) entró en Europa por Andalucía, con la conquista musulmana de la Península Ibérica»¹², es el contrapunto de infinito, de tal modo que «no es nada», sino que «es».

Esto es, la idea y concepto mismo de «trabajo» no desaparece por la reducción a «cero» de su prestación, pero sí que sufre una radical reducción cuantitativa. Dada la sinalagmaticidad característica del contrato de trabajo, aquella circunstancia naturalmente tiene efectos sobre la

legal de la empresa; n) Por decisión de la trabajadora que se vea obligada a abandonar su puesto de trabajo como consecuencia de ser víctima de violencia de género; 2. La suspensión exonera de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo».

¹¹ El contrato de trabajo constituye un «negocio jurídico bilateral de cambio, en virtud del cual una persona (trabajador) procede voluntariamente a la atribución de la utilidad patrimonial de su trabajo personal (*intuitu personae*) a otra persona (empresario) percibiendo por ello una retribución», indica MONTOTOY MELGAR, A.: *Derecho y Trabajo*, Madrid: Civitas, 1997, págs. 22-23, que añade, en pág. 30, que los cuatro caracteres identificativos de esta relación contractual son «la personalidad y voluntariedad del trabajo prestado, la dependencia, la ajenidad y la remuneración, a las que se debe añadir la exigencia de "continuidad"»; Sobre «las cuatro notas de la definición de trabajador: voluntariedad, retribución, dependencia y ajenidad», desarrollando cada una de ellas, GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: *Manual de Derecho del Trabajo*, 2.ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, págs. 142-145; Sobre aquellas notas características, SSTS, Sala Cuarta, de 9 de diciembre de 2004, 10 y 19 de julio, 7 de noviembre y 12 de diciembre de 2007, y 12 de febrero de 2008, bien que «ciertamente la dependencia –entendida como situación del trabajador sujeto, aun de forma flexible y no rígida, a la esferas organicista y rectora de la empresa– y la ajenidad, respecto al régimen de retribución, constituyen elementos esenciales que diferencian la relación de trabajo de otros tipos de contrato», indica la STSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 16 de abril de 2012, recogiendo la doctrina contenida, entre otras, en las SSTS, Sala Cuarta, de 19 de julio de 2002, 29 de septiembre de 2003, 9 de diciembre de 2004, 11 de marzo y 3 de mayo de 2005, añadiendo, en línea con la misma doctrina, que «tanto la dependencia como al ajenidad son conceptos de un nivel de abstracción bastante elevado, que se pueden manifestar de distinta manera según las actividades y los modos de producción, y que además, aunque sus contornos no coincidan exactamente, guardan entre sí una estrecha relación».

¹² GARCÍA DEL CID, L.: «Números notables», *El mundo es matemático*, Navarra: RBA, 2001, pág. 51.

cuantificación del salario a pagar, pero no sobre la obligación misma de pago del salario que naturalmente se mantiene incólume, en correspondencia estricta con la existencia de «trabajo» no cuantificado ni cuantificable. Siendo la obligación de prestar el trabajo «cero», la obligación de pago del salario también será «cero», o una cantidad «de valor nulo».

Es decir, la cláusula de «reducción a cero del tiempo de trabajo» (*Kurzarbeit Null*), en la práctica «exonera de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo», al igual que la suspensión del contrato de trabajo, pero no constituye un supuesto de suspensión del contrato de trabajo. En definitiva, que, a los efectos vacacionales, permanece o hay «trabajo prestado (cero)» durante la «reducción a cero del tiempo de trabajo», que ha de asimilarse a trabajo efectivamente prestado, al igual que en los supuestos en que hay causa legal de suspensión del contrato de trabajo por un acontecimiento extraño a la voluntad del trabajador, por contra de lo que sucede en los demás de suspensión del contrato de trabajo en los que razonablemente se no se produce semejante asimilación.

III. LA «REDUCCIÓN A CERO DEL TIEMPO DE TRABAJO» TRAS EL DESPIDO Y SU RETRACTACIÓN. SOBRE LOS EFECTOS DEL DESPIDO Y LA POSIBILIDAD DE SU RETRACTACIÓN

Llama la atención la permanencia o pervivencia de los contratos de trabajo y relaciones laborales de los señores H. y T. con la empresa K., en las circunstancias descritas en el supuesto de hecho de la sentencia objeto de comentario, siendo así que sus contratos de trabajo habían sido resueltos y se habían extinguido sus relaciones laborales mediante sus despidos, como paladinamente reconoce la sentencia que se comenta.

Se trataban acaso de una extraña clase de singulares ¿primeros despidos?, o ¿despidos provisionales? Ha de repararse en que aquellos despidos se produjeron en un ámbito jurisdiccional específico, correspondiente a un determinado sistema jurídico laboral, al que le era aplicable una concreta legislación (alemana). No obstante, la relativa homogeneidad del Derecho social europeo permite efectuar el enjuiciamiento de la doctrina contenida en la sentencia comentada, con base en las previsiones contenidas en nuestro ordenamiento jurídico laboral. Lo que además y en todo caso es pertinente y útil.

En esa consideración puede afirmarse que está reconocido, en nuestro Derecho, y generalmente en los demás Derechos sociales o del trabajo europeos, que la extinción de los contratos de trabajo y consiguientes relaciones laborales se produce, entre otras causas, por el despido (sea calificado como disciplinario, objetivo, colectivo o atípico). Según nuestro ordenamiento jurídico, al «tenor del artículo 49.1 k) del ET el contrato de trabajo puede extinguirse por despido. El despido supone, por tanto, la extinción del contrato de trabajo por voluntad unilateral del empresario»¹³, debiéndose «subrayar que, a falta de concepto legal, el despido ha sido interpretado en sentido amplio, comprensivo tanto de los supuestos en que (...) las decisiones empresariales dirigidas a la extinción del contrato tienen acomodo expreso entre las causas legalmente establecidas, como

¹³ STS, Sala Cuarta, de 4 de abril de 2012.

los que se denominan despidos "atípicos", por carecer de acogida expresa en la Ley o por no estar legalmente concebidos como tales despidos»¹⁴.

Ciertamente «así lo proclama una constante doctrina, argumentando al efecto que el despido del trabajador se configura (...) como causa de extinción del contrato de trabajo por "un precepto tan claro" como el artículo 49.1 k) del ET, de modo que produce efectos directos e inmediatos sobre la relación de trabajo, sin perjuicio del posterior enjuiciamiento de su regularidad en caso de impugnación ante la jurisdicción»¹⁵, arrostrando «la lógica consecuencia del cese de las obligaciones recíprocas derivadas del contrato de trabajo»¹⁶. Por ello, «el despido procedente convalidará la extinción del contrato de trabajo que con aquel se produjo, lo que a contrario sensu significa que el despido improcedente cuando se ha optado por la readmisión o el despido nulo restablecen o hacen renacer el contrato inicialmente extinguido»¹⁷.

El acto del despido tiene «naturaleza constitutiva, es decir, extingue la relación laboral en la fecha de efectividad del despido»¹⁸, de tal manera que esta no se extingue hasta el día del cese efectivo en el trabajo¹⁹, por más que el despido sea «un acto recepticio, para el que no es sufi-

¹⁴ STSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 20 de julio de 2011, que alude también a que el despido constituye «en todo caso la extinción del contrato de trabajo por decisión unilateral del empresario».

¹⁵ SSTS, Sala Cuarta, de 17 de diciembre de 1990, reiterada en las de 20 de junio de 2000, de 15 de noviembre de 2002, de 31 de enero de 2007, de 12 de febrero de 2007, de 16 de enero de 2009 y de 11 de diciembre de 2009. Doctrina de la que se hizo eco la STC 33/1987, de 12 de marzo; En la jurisprudencia menor pueden citarse la SSTSJ, Salas de lo Social, de Madrid de 14 de mayo de 2009, de la Comunidad Valenciana de 4 de julio de 2006, de Castilla y León de 20 de diciembre de 2004, y de Madrid de 30 de marzo de 2012.

¹⁶ STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 1 de marzo de 2005.

¹⁷ SSTS, Sala Cuarta, de 1 de julio de 1991, 17 de mayo de 2000 y 21 de octubre de 2004; En otro sentido concluye la STSJ de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Social, de 10 de marzo de 2005, lo siguiente: «1) En nuestro sistema jurídico el despido supone la extinción de la relación laboral por la sola voluntad del empresario, pues se trata de un acto de este que no necesita ser confirmado o ratificado por un órgano judicial, sino que, antes al contrario, es el trabajador el que, en su caso, podrá formular la pretensión que estime oportuna contra el mismo, bien entendido que la sentencia que el órgano judicial dicte será meramente declarativa, pues se limitará a declarar procedente el despido, esto es, conforme a la norma, legal, o improcedente, es decir, ilegal, caso en el que a continuación la sentencia condenará al empresario, de conformidad con los artículos 56 del Estatuto de los Trabajadores y 110 de la Ley de Procedimiento laboral, a la readmisión o a la indemnización, a elección del mismo empresario. En este caso, si se opta por la indemnización, la extinción de la relación laboral se produjo en el momento del despido; 2) Por el contrario, en ese mismo sistema jurídico, si el despido efectuado por el empresario es declarado nulo por el órgano judicial, la nulidad comporta algo más que la ilegalidad del despido, pues ahora se trata de que el mismo no existió o, si se prefiere, que el acto del empresario no debe producir efectos jurídicos propios del mismo. Por ello posiblemente, y a pesar de la terminología de los artículos 55.6 del Estatuto de los Trabajadores y 113 de la ley procesal laboral, no se trata de que la sentencia condene al empresario a readmitir en sentido estricto, sino de condenarlo a reponer la situación al momento anterior al acto nulo, pues ese acto se considera que no existió jurídicamente; 3) Lo anterior explica las diferencias existentes en la ejecución de la sentencia, como se advierte en los artículos 277 (improcedente) y 280 (nulo), y por lo mismo el artículo 284, siempre de la Ley de Procedimiento Laboral, atiende al caso de la imposibilidad práctica de la ejecución de la sentencia de despido nulo en sus propios términos, y dispone muy claramente que entonces el juez de la ejecución extinguirá la relación laboral».

¹⁸ STSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 30 de marzo de 2012.

¹⁹ SSTS de 8 de febrero, 17 de mayo y 25 de septiembre de 2010, y de 11 de octubre de 2012.

ciente con que haya una voluntad empresarial de extinguir el contrato, sino que precisa que este la haga valer ante el trabajador y (requiera), en consecuencia, la puesta en conocimiento de esa voluntad extintiva»²⁰, con la finalidad de que el trabajador se pueda oponer formal y jurisdiccionalmente al mismo, al tratarse de un «acto naturalmente causal y no arbitrario del empresario»²¹.

Pero cabe la retractación empresarial, que si es aceptada por el trabajador produce efectos abrogatorios o anulatorios del despido, sin que ello contraría la tesis normativa del despido «contenida en el ET y en la LJS (que) se presenta cerrada en sus soluciones y sin margen alguno para la retractación cualquiera que sea su causa»²². De tal manera que «no cabe duda de que si el empresario se retracta de su decisión extintiva y el trabajador acepta el ofrecimiento de reanudar la relación laboral, esta vuelve a su ser y estado anterior dada la concurrencia del consentimiento de los contratantes»²³. Pero «no puede aceptarse (...) que la sola voluntad empresarial de dejar sin efecto una decisión extintiva ya comunicada y hecha efectiva vincule al trabajador y le obligue a reanudar una relación contractual que ya no existe, pues ello supondría contravenir el principio general de que la validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes»²⁴.

La retractación empresarial, libremente aceptada por los trabajadores despedidos, parece haber sido lo acontecido en el supuesto de hecho objeto de atención por la sentencia que se comenta. El empresario K. se retractó de los despidos de los trabajadores señores H. y T., y aceptada la retractación por estos, se produjo el restablecimiento de las relaciones laborales correspondientes. Extremo que no obstante no especificarse en la sentencia objeto de comentario puede razonablemente presuponerse.

IV. «TRABAJADORES PROVISIONALMENTE A TIEMPO PARCIAL»: ¿UNA NUEVA CATEGORÍA?

Se considera el contrato de trabajo celebrado a tiempo parcial cuando se haya acordado la prestación de servicios durante un número de horas al día, a la semana, al mes o al año, inferior a la jornada de trabajo de un trabajador a tiempo completo comparable. Entendiéndose por trabajador a tiempo completo «comparable» a un trabajador a tiempo completo de la misma empresa y centro de trabajo, con el mismo tipo de contrato de trabajo y que realice un trabajo idéntico o similar, y si en la empresa no hubiera ningún trabajador comparable a tiempo completo, se considera la jornada a tiempo

²⁰ STSJ de La Rioja, Sala de lo Social, de 14 de mayo de 2009.

²¹ STSJ de Navarra, Sala de lo Social, de 15 de abril de 2005.

²² Según la STS, Sala Cuarta, de 11 de diciembre de 2009.

²³ STS, Sala Cuarta, de 17 de diciembre de 1990, que alude a los artículos 1.261 y 1.262 del CC, y que previamente había afirmado que «el despido del trabajador se configura como causa de extinción del contrato de trabajo por el artículo 49.1 k) del Estatuto de los Trabajadores de modo que produce efectos directos e inmediatos sobre la relación de trabajo, sin perjuicio del posterior enjuiciamiento de su regularidad en caso de impugnación ante la jurisdicción. Ello supone que la decisión empresarial de despedir implica la inmediata extinción del vínculo laboral con la lógica consecuencia del cese de las obligaciones recíprocas derivadas del contrato de trabajo».

²⁴ SSTs, Sala Cuarta, de 17 de diciembre de 1990 y de 11 de diciembre de 2009, con cita del artículo 1.256 del CC.

completo prevista en el convenio colectivo de aplicación o, en su defecto, la jornada máxima legal. El contrato a tiempo parcial puede concertarse por tiempo indefinido o por duración determinada²⁵.

En relación con las condiciones de empleo determina el «Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluido por la UNICE, el CEEP y la CES»²⁶, en su cláusula 4, lo siguiente.

- a) Que «no podrá tratarse a los trabajadores a tiempo parcial de una manera menos favorable que a los trabajadores a tiempo completo comparables por el simple motivo de que trabajen a tiempo parcial, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas».
- b) Que, «cuando resulte adecuado, se aplicará el principio de *pro rata temporis*», que «los Estados miembros y/o los interlocutores sociales definirán las modalidades de aplicación, habida cuenta de la legislación europea y de la legislación, los convenios colectivos y las prácticas nacionales», y
- c) Que «cuando existan razones objetivas que lo justifiquen, los Estados miembros, previa consulta a los interlocutores sociales de conformidad con la legislación, los convenios colectivos o las prácticas nacionales, y/o los interlocutores sociales, podrán, en su caso, subordinar el acceso a condiciones de empleo particulares, a un periodo de antigüedad, una duración del trabajo o condiciones salariales».

Sin perjuicio de la existencia de algunas reglas específicas para el contrato a tiempo parcial²⁷, nuestro ordenamiento es contundente al afirmar que «los trabajadores a tiempo parcial ten-

²⁵ Artículo 12.1 y 2 del ET.

²⁶ Anexo a la Directiva 97/81/CE. Es destacable la semejanza cuando no identidad, entre su regulación y la contenida en el «Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada» adjunto a la Directiva 1999/70/CE, de 28 de junio, según la cual, en relación con las condiciones de trabajo, «no podrá tratarse a los trabajadores con un contrato de duración determinada de una manera menos favorable que a los trabajadores fijos comparables por el mero hecho de tener un contrato de duración determinada, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas», y que solo «cuando resulte adecuado, se aplicará el principio de *pro rata temporis*» (cláusula. 4.1 y 2), precisando que «los criterios de antigüedad relativos a determinadas condiciones de trabajo serán los mismos para los trabajadores con contrato de duración determinada que para los trabajadores fijos, salvo que criterios de antigüedad diferentes vengan justificados por razones objetivas» (cláusula 4.4). Se previene además en esta segunda Directiva que un contrato de duración indefinida puede transformarse en un contrato de trabajo por tiempo determinado y a la inversa.

²⁷ Que son las siguientes: «a) El contrato se deberá formalizar necesariamente por escrito, en el modelo que se establezca. En el contrato deberán figurar el número de horas ordinarias de trabajo al día, a la semana, al mes o al año contratadas y su distribución. De no observarse estas exigencias, el contrato se presumirá celebrado a jornada completa, salvo prueba en contrario que acredite el carácter parcial de los servicios; b) La jornada diaria en el trabajo a tiempo parcial podrá realizarse de forma continuada o partida. Cuando el contrato a tiempo parcial conlleve la ejecución de una jornada diaria inferior a la de los trabajadores a tiempo completo y esta se realice de forma partida, solo será posible efectuar una única interrupción en dicha jornada diaria, salvo que se disponga otra cosa mediante Convenio Colectivo sectorial o, en su defecto, de ámbito inferior; c) Los trabajadores a tiempo parcial podrán realizar horas extraordinarias. El número de horas extraordinarias que se podrán realizar será el legalmente previsto en proporción a la jornada pactada. Las horas extraordinarias realizadas en el contrato a tiempo parcial computarán a efectos de bases de cotización a la Seguridad Social y bases

drán los mismos derechos que los trabajadores a tiempo completo», y que únicamente «cuando corresponda en atención a su naturaleza, tales derechos serán reconocidos en las disposiciones legales y reglamentarias y en los Convenios Colectivos de manera proporcional, en función del tiempo trabajado»²⁸. Puntualizándose que «la retribución proporcional al tiempo trabajado no constituye trato peyorativo alguno»²⁹.

reguladoras de las prestaciones; d) Se consideran horas complementarias aquellas cuya posibilidad de realización haya sido acordada, como adición a las horas ordinarias pactadas en el contrato a tiempo parcial, conforme al régimen jurídico legalmente establecido y, en su caso, en los convenios colectivos sectoriales o, en su defecto, de ámbito inferior. En todo caso, la suma de las horas ordinarias, extraordinarias y complementarias no podrá exceder del límite legal del trabajo a tiempo parcial; Se consideran horas complementarias aquellas cuya posibilidad de realización haya sido acordada, como adición a las horas ordinarias pactadas en el contrato a tiempo parcial, conforme al régimen jurídico establecido (...) y, en su caso, en los convenios colectivos sectoriales o, en su defecto, de ámbito inferior. La realización de horas complementarias está sujeta a las siguientes reglas: a) El empresario solo podrá exigir la realización de horas complementarias cuando así lo hubiera pactado expresamente con el trabajador. El pacto sobre horas complementarias podrá acordarse en el momento de la celebración del contrato a tiempo parcial o con posterioridad al mismo, pero constituirá, en todo caso, un pacto específico respecto al contrato. El pacto se formalizará necesariamente por escrito y en modelo oficial; b) Solo se podrá formalizar un pacto de horas complementarias en el caso de contratos a tiempo parcial de duración indefinida; c) El pacto de horas complementarias deberá recoger el número de horas complementarias cuya realización podrá ser requerida por el empresario. El número de horas complementarias no podrá exceder del 15 por 100 de las horas ordinarias de trabajo objeto del contrato. Los convenios colectivos de ámbito sectorial o, en su defecto, de ámbito inferior podrán establecer otro porcentaje máximo, que, en ningún caso, podrá exceder del 60 por 100 de las horas ordinarias contratadas. En todo caso, la suma de las horas ordinarias y de las horas complementarias no podrá exceder del límite legal del trabajo a tiempo parcial; d) La distribución y forma de realización de las horas complementarias pactadas deberá atenerse a lo establecido al respecto en el convenio colectivo de aplicación y en el pacto de horas complementarias. Salvo que otra cosa se establezca en convenio, el trabajador deberá conocer el día y hora de realización de las horas complementarias con un preaviso de siete días; e) La realización de horas complementarias habrá de respetar, en todo caso, los límites en materia de jornada y descansos establecidos en los artículos 34, apartados 3 y 4 del ET; 36, apartado 1, ET y 37, apartado 1, ET; f) Las horas complementarias efectivamente realizadas se retribuirán como ordinarias, computándose a efectos de bases de cotización a la Seguridad Social y periodos de carencia y bases reguladoras de las prestaciones. A tal efecto, el número y retribución de las horas complementarias realizadas se deberá recoger en el recibo individual de salarios y en los documentos de cotización a la Seguridad Social; g) El pacto de horas complementarias podrá quedar sin efecto por renuncia del trabajador, mediante un preaviso de quince días, una vez cumplido un año desde su celebración, cuando concurren las siguientes circunstancias: i) La atención de las responsabilidades familiares enunciadas en el artículo 37.5 de esta Ley; ii) Por necesidades formativas, en la forma que reglamentariamente se determine, siempre que se acredite la incompatibilidad horaria; iii) Por incompatibilidad con otro contrato a tiempo parcial (art. 12.4 y 5 ET).

²⁸ Artículo 12.4 d) del ET; La exigencia de la igualdad de derechos entre los trabajadores a tiempo completo y a tiempo parcial determina que cuando se trate de complementos salariales en especie relacionados más que con parámetros cuantitativos, con parámetros cualitativos, no se pueda aplicar la regla de la proporcionalidad. Así sucede con la manutención, de tal manera que «si la jornada laboral coincide con el horario habitual de la comida y el establecimiento elabora la comida, no cabe hacer distinción alguna entre trabajador a tiempo completo y trabajador a tiempo parcial» (STSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 19 de septiembre de 2007). Lo mismo ocurre si se trata de complementos salariales que «no retribuyen el trabajo por unidad de tiempo» (STSJ de Canarias, Sala de lo Social, de 19 de febrero de 2003), y con la antigüedad, de tal modo que la circunstancia de que la proporcionalidad sea «aplicable a la hora de establecer la cuantía del premio de antigüedad, (no significa que lo sea) a los efectos de computar el tiempo necesario para completar un trienio, a cuyo fin debe computarse todo el tiempo en que está vigente la relación laboral, al margen de si se realiza una jornada completa o a tiempo parcial» (STSJ de las Islas Baleares, Sala de lo Social, de 29 de septiembre de 2008).

²⁹ STS, Sala Cuarta, de 4 de noviembre de 2009; SAN, Sala de lo Social, de 18 de junio de 2010.

Aquel «Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial» también establece en su cláusula 5.2 que «el rechazo de un trabajador a ser transferido de un trabajo a tiempo completo a un trabajo a tiempo parcial o viceversa no debería por sí mismo constituir un motivo válido de despido», todo ello «sin perjuicio de la posibilidad de realizar despidos, de conformidad con las legislaciones, convenios colectivos y prácticas nacionales, por otros motivos tales como los que pueden derivarse de las necesidades de funcionamiento».

Asimismo aquel Acuerdo marco normaliza la movilidad entre trabajadores a jornada ordinaria y trabajadores a tiempo parcial al prevenir, en su cláusula 5.3, que «en la medida de lo posible, los empresarios deberían tomar en consideración: a) las peticiones de transferencia de los trabajadores a tiempo completo a un trabajo a tiempo parcial que esté vacante en el establecimiento; b) las peticiones de transferencia de los trabajadores a tiempo parcial a un trabajo a tiempo completo o de incremento de su tiempo de trabajo si se presenta esta posibilidad; c) la transmisión de información a su debido tiempo sobre los puestos a tiempo parcial y a tiempo completo disponibles en el establecimiento, a fin de facilitar las transferencias de un trabajo a tiempo completo a un trabajo a tiempo parcial, o viceversa»³⁰.

También nuestro ordenamiento posibilita la movilidad voluntaria trabajo a tiempo parcial-trabajo a tiempo completo (en una u otra dirección), obligando al empresario a facilitar la pertinente información a los trabajadores sobre la existencia de puestos de trabajo vacantes, en una y otra modalidad contractual, atribuyéndoles derechos de preferencia para el acceso al respectivo puesto de trabajo vacante que exista en la empresa y correspondiente a su mismo grupo profesional o categoría equivalente³¹. Con el deber o «carga» empresarial, establecida a modo de admisión, de que «con carácter general», las solicitudes de conversión que formulen los trabajadores «deberán ser tomadas en consideración, en la medida de lo posible, por el empresario» y que su denegación deberá ser notificada al trabajador «por escrito y de manera motivada».

En el supuesto fáctico objeto de consideración por la sentencia que se comenta resultó que los contratos de trabajo de los señores H. y T. fueron «prorrogados» por «un año de duración», con la «reducción a cero del tiempo de trabajo», lo que naturalmente conllevó la inexistencia de retribución. Lo que interpreta la sentencia objeto de comentario como una conversión de los contratos a tiempo completo o jornada ordinaria, que habían concluido aquellos trabajadores, en «contratos provisionalmente a tiempo parcial». Semejantes prórrogas y conversiones contractuales se produjeron, no puede olvidarse, en el marco del «plan social» acordado entre la empresa y

³⁰ En el marcado paralelismo que el Derecho de la Unión Europea depara al trabajo a tiempo parcial y al trabajo de duración determinada, destaca que la cláusula 6.1 del Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinado, adjunto a la Directiva 1999/70/CE, de 28 de junio, establece que «los empresarios informarán a los trabajadores con contrato de duración determinada de los puestos vacantes en la empresa o el centro de trabajo, para garantizarles que tengan las mismas oportunidades de acceder a puestos permanentes que los demás trabajadores. Esta información podrá facilitarse mediante un anuncio público en un lugar adecuado de la empresa o centro de trabajo», (cláusula 6.1).

³¹ Artículo 12.4 e) del ET.

los representantes de los trabajadores (comité de empresa), que acompañaba a una «reducción de efectivos» adoptada por la empresa, debida a las dificultades económicas por las que atravesaba³².

Según las previsiones contenidas en nuestro ordenamiento jurídico y en puridad dogmática laboral tradicional, dudosamente estaríamos ante las conversiones que regula la ley, pues esta exige que en el contrato a tiempo parcial se convenga una determinada jornada, que además ha de ser «comparable» con la de un trabajador a tiempo completo, lo que por hipótesis no sucede cuando el nuevo tiempo de trabajo acordado sea «cero». No obstante, y siguiendo el razonamiento expuesto en relación con la «reducción a cero del tiempo de trabajo» en los contratos prorrogados, ha de considerarse que si bien no estaríamos ante una conversión típica de contratos «a tiempo completo, o a jornada ordinaria», en «contratos a tiempo parcial», nos encontraríamos ante un conversión atípica, de contratos de trabajo «a tiempo completo, o a jornada ordinaria», a contratos de trabajo «a tiempo parcial, con 0 tiempo de trabajo o sin jornada de trabajo».

Si a todo lo expuesto se añade que la sentencia objeto de comentario adjetiva a esos contratos de «provisionalmente a tiempo parcial», habrá que concluirse que se trata de una nueva clase de contratos de trabajo a tiempo parcial, sin que pueda aducirse en contra de semejante denominación que constituya una redundancia por su alusión a la «provisionalidad» de aquellos contratos, dada la posibilidad de convertibilidad permanente (contratos de trabajo a tiempo completo o jornada ordinaria en contratos de trabajo a tiempo parcial y viceversa) antes aludida. En conclusión, dado que ni los «trabajadores provisionalmente a tiempo parcial», ni ese tipo de contratos, ni su convertibilidad gozan de previsión legal expresa, pero que la situación de esos trabajadores no es ilegal/irregular (máxime en cuanto emerge con base en un «plan social» de acompañamiento a un despido colectivo), ha de concluirse que se trata de «trabajadores provisionalmente a tiempo parcial», y de contratos de trabajo «a provisionalmente a tiempo parcial» que constituyen una modalidad «atípica» de «contratos a tiempo parcial».

V. LA JORNADA DE TRABAJO. SUS LIMITACIONES Y LOS DERECHOS VACACIONALES

La implantación de los periodos vacacionales retribuidos se identifica, *lato sensu*, por nuestra norma constitucional, con las limitaciones de jornada, y ambas se vinculan a la protección y garantía de la salud y seguridad de los trabajadores³³. La vacación y la jornada son coimplican-

³² Plan social que se correspondería, *pari passu*, con las medidas de acompañamiento, a que se refiere el artículo 8, especialmente en sus apartados 1.º y 2.º, del Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada, aprobado por el Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre.

³³ Por esa razón se limitan las horas extraordinarias y el trabajo nocturno, tomándose precauciones especiales para cuando el trabajo sea con cierto «ritmo», y se proscriben la compensación en metálico del ejercicio del derecho a las vacaciones anuales retribuidas.

tes. Su mismo fundamento obliga a efectuar una breve referencia a la jornada y a sus limitaciones (jornada o tiempo de trabajo y descanso diario), a los derechos vacacionales «cortos» («descanso semanal», «días festivos», y los denominados «puentes») y «largos».

5.1. LOS FUNDAMENTOS DE LA INTERVENCIÓN ESTATAL EN LA PRESTACIÓN DEL TRABAJO ASALARIADO Y POR CUENTA AJENA. LA EMERGENCIA DE LA RAMA SOCIAL DEL DERECHO

La prestación del trabajo libre, asalariado y por cuenta ajena cuenta con una dilatada historia, pudiéndose encontrar claros antecedentes en las *locationes* romanas. Pero la legislación sobre el trabajo libre, por cuenta ajena, asalariado y dependiente, se origina tras la Revolución Industrial. Conocida inicialmente como legislación obrera, ha permitido hacer referencia, a partir de 1920 (aproximadamente), a un singular Derecho obrero, que «desde sus orígenes (...) viene siendo una legislación limitativa del poder empresarial que a causa de ella dejó de ser absoluto; y limitativa asimismo de la "lealtad absoluta" del trabajador»³⁴.

Efectivamente, la «legislación obrera» aparece como consecuencia de la denominada «Revolución Industrial»³⁵, a la que se llega después de una prolongada evolución histórica. Solo tras largos

³⁴ STC 192/2003, de 26 de noviembre.

³⁵ La denominada «Revolución Industrial» y la etapa pre-revolucionaria tuvieron consecuencias de primer orden en la prestación del trabajo. Cualquier alusión a la «Revolución Industrial» requiere una referencia al mercantilismo como periodo inmediatamente antecedente y de ruptura con los postulados éticos y socioeconómicos del Medioevo. La manufactura e industria doméstica, la actitud de los mercaderes contraria a la competencia, que provocan la intervención del Estado en la regulación monopolista de precios y productos, la imposición de aranceles y limitaciones a determinadas importaciones, y la tendencia a la acumulación de riqueza pecuniaria, en oro y plata, caracterizan a esta época, que es también la de los «mercaderes aventureros», la de las agrupaciones de mercaderes (Universidad de Mercaderes del Siena de 1664), de las primeras «compañías» (Ordenanza de Roussillon, Ordenanza de Blois, el Còde Michaud, Ordenanzas de Bilbao, etc.). En esa etapa histórica aparecen también las grandes «compañías» de Indias (en 1555 la Compañía Moscovita, en 1600 la Compañía Británica de las Indias Orientales, en 1602 la Compañía Holandesa de las Indias Orientales, en 1664 la Compañía Francesa de las Indias Orientales, etc.), que son antecedentes de las posteriores sociedades anónimas, pues permiten la acumulación de grandes masas de capital, mediante las aportaciones de la burguesía incipiente y la aristocracia terrateniente, incluso por expediciones, con riesgos limitados a la pérdida del capital aportado, y cuya influencia en el desarrollo de las relaciones de trabajo no puede en absoluto despreciarse. La expresión «Revolución Industrial» se utiliza, ordinariamente, para designar la primera fase del desarrollo de la industria moderna que tuvo lugar en Inglaterra y en el sur de Escocia en el último tercio del siglo XVIII. La aparición del proletariado industrial y urbano se vincula directamente a la aparición del *factory system*. Aquella «revolución» industrial determinó que grandes masas de capital, en parte antes utilizadas, por los mercaderes, para adquirir los objetos realizados en el taller artesanal, o que servían para la adquisición de la materias primas (que era enviada a los talleres domésticos, para su elaboración, y cuya remuneración servía para atender al precario sustento de los miembros de la familia), se comenzaran a invertir en la creación de grandes establecimientos fabriles y en maquinaria, provocando el desplazamiento hacia las zonas industriales, fábricas y factorías de quienes, salvo alimentos para atender a su subsistencia y escasas mercancías, poco o prácticamente nada antes habían producido. El origen de la «Revolución Industrial» es muy discutido, debatiéndose fundamentalmente si debe atribuirse a las innovaciones tecnológicas que aparecen en un momento singularmente rico en invenciones (Watt, Arkwright, Kay y Hargreaves,

periodos de esclavitud y servidumbre generalizadas, se impone el trabajo en libertad, devenido dependiente y asalariado para grandes masas de población, como efecto característico de aquella Revolución Industrial. A partir de entonces la prestación del libre consentimiento aparece como el único título legítimo para la realización de trabajo asalariado por cuenta ajena, que se instrumenta primero mediante el contrato de arrendamiento de servicios, y más tarde mediante el contrato de trabajo.

La valoración positiva del trabajo junto con la declaración de la libertad de industria, propia de la ideología liberal resultante de las revoluciones burguesas decimonónicas (norteamericana y francesa), que parte de la proclamación de los principios de libertad e igualdad³⁶ y subyace a la Revolución Industrial, no fue suficiente para hacer perder vigencia al principio de *laissez faire, laissez passer*, como norma y criterio contrario a toda intervención del Estado en materia social en cuanto limitadora de la libertad de contratación. Principio irrestricto que fue observado rígidamente durante la etapa inicial de la Revolución Industrial, pero que con el transcurso del tiempo se fue relativizando, hasta su virtual desaparición, dando paso a una importante actividad legiferante, administrativa y prestacional de los Estados, que ha desembocado en el llamado, con exceso y dudosa fundamentación semántica y real, «Estado del bienestar».

5.2. JORNADA DE TRABAJO Y DERECHOS VACACIONALES. UNA BREVE PERSPECTIVA HISTÓRICA

Las condiciones de vida y trabajo existentes en las etapas iniciales del desarrollo de la prestación del trabajo dependiente asalariado y por cuenta ajena no permitían siquiera imaginar derechos vacacionales retribuidos. En los comienzos de la Revolución Industrial aquellas ingentes cantidades de trabajadores de las fábricas del centro de Inglaterra y de Escocia no vacacionaban, solo trabajaban por salarios míseros en jornadas extenuantes³⁷. Nuestro país entró tarde y con poco ímpetu en la era de la Industria, por lo que las circunstancias que caracterizaron las primeras etapas de aquella «revolución (industrial)» no se manifestaron con intensidad hasta la primera mitad del siglo XIX.

etc.) o a la aparición del espíritu de empresa. Con ella se inicia el largo proceso que «modeló profundamente el desarrollo económico». A. SMITH (*Investigación sobre la naturaleza y causa de la riqueza de las naciones*), K. MARX (*El Capital*, y con F. ENGELS el *Manifiesto Comunista*), que surgen en esa época, son los economistas más celebres y autores de los tratados con más influencia en la aparición y desarrollo posterior de las ideologías, el capitalismo y el socialismo («economicismo»); «El historiador de la economía y premio Nobel de 1993, Douglas North, mantiene la tesis de que la revolución industrial se inició en Inglaterra y en la década de 1760, precisamente porque fue allí y en aquel momento preciso cuando se crearon las instituciones que iban a permitir garantizar los derechos de propiedad intelectual», precisa SALA I MARTÍN, X.: *Economía liberal*, Barcelona: Debolsillo, 2010, pág. 72.

³⁶ «Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos», indicaba el preámbulo de la Constitución francesa de 1781.

³⁷ Además de condiciones higiénicas deplorables en los lugares de trabajo y en los hogares, *truck system*, trabajo de niños y mujeres en condiciones lastimosas, etc., sobrellevando una breve y sufrida existencia, en un medio dominado ideológicamente por el darwinismo social y la ética protestante, por lo que carecían de la más mínima capacidad de reacción contra aquellas insoportables condiciones de trabajo y existencia.

Semejante situación de los trabajadores empleados en fábricas y demás establecimientos mercantiles produjo inmediatas reacciones ideológicas, éticas o morales, sociales y políticas, que provocaron la adopción de medidas legislativas tendentes a la mejora en la prestación del trabajo por la clase obrera³⁸, sobresaliendo entre ellas las limitaciones de unas inacabables jornadas de trabajo y el establecimiento de periodos de descanso y vacaciones. Así, en nuestro país, mediante la Ley de 13 de marzo de 1900 se fijaron las condiciones de trabajo de mujeres y niños, por Real Decreto de 20 de junio de 1902 se reguló la jornada de los obreros con los concesionarios de obras públicas, y por la Real Orden de 11 de marzo de 1902 se dictaron normas en relación con la jornada de trabajo de los obreros que prestaban servicios en establecimientos de la Hacienda Pública. La Ley de 3 de marzo de 1904 estableció el descanso dominical. La ley de 27 de diciembre de 1910 y el Real Decreto de 24 de agosto de 1913 establecieron la limitación de la jornada, o jornada máxima ordinaria en la industria textil.

La Ley de 4 de julio de 1918³⁹ y los Reales Decretos de 15 de marzo y 3 de abril de 1919, sobre jornada en establecimientos mercantiles, y especialmente la Ley de 1 de julio de 1931, de jornada máxima legal, de una dilatada vigencia, impusieron medidas limitadoras de la jornada, derechos a descansos diarios y semanales, y a vacaciones periódicas. Esta última norma estableció la duración máxima de la jornada de trabajo para «obrerros, dependientes y agentes de las industrias bajo la dependencia y la inspección ajenas», por cuenta de entidades públicas o empresarios privados o particulares, en 8 horas diarias o 40 horas semanales, a salvo las exclusio-

³⁸ Así la obra de J.-Ch. L. SISMONDI, que advierte de la existencia de dos clases, los ricos y los pobres, o los capitalistas y obreros, y la mitigación de los daños infringidos mediante realizaciones filantrópicas como el complejo fabril y residencial de New Lanark fundado por Dale D. No obstante las críticas sistemáticas derivaron de las posiciones después conocidas como socialistas. El socialismo utópico de C.H. SAINT-SIMON, Ch. FOURIER y R. OWEN, el socialismo de transición de L. BLANC, P. PROUDHON, F. LASSALLE y L. FUERBACH, el «cartismo» inglés y, especialmente, el socialismo científico de Marx K, aparecen como las doctrinas y posiciones socialistas más significativas. Las reacciones más contundentes ante la terrible situación de los obreros van a venir, de una parte por la revolución francesa de 1848 y la Comuna de París de 1871 y de otra por la obra K. MARX (socialismo científico o marxismo) cuya doctrina del materialismo histórico ha sido objeto de una agitada controversia revisionista, con criminales radicalizaciones extremas (leninismo, estalinismo, maoísmo, marxismos-leninismos del sureste asiático, etc.).

³⁹ «Se establece un descanso continuo de 12 horas en los días del lunes a sábado de cada semana, a favor de todas las personas que presten servicios por cuenta del dueño de un establecimiento mercantil, con remuneración o sin ella, a jornal, sueldo o participación de los beneficios, o a destajo, y que se hallen comprendidas en alguno de los conceptos siguientes: 1.º Dependientes de comercio propiamente dichos, es decir, las personas de ambos sexos encargadas en tiendas, farmacias, almacenes y demás establecimientos similares, de vender al por mayor o al por menor, o de auxiliar a la venta dentro del mismo establecimiento, incluso en operaciones de escritorio y contabilidad. 2.º Mozos de almacén, tienda, despacho u oficina, carga, limpieza, criados, conserjes, recaudistas, repartidores, y, en general, todas las personas que desempeñen trabajos manuales relacionados directamente con un establecimiento mercantil; y 3.º Aprendices y meritorios de cualquiera de los conceptos mencionados en los números anteriores, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 22 (que se refería al trabajo de mujeres y menores)» (art. 1), salvo que «por pacto, costumbre o Reglamento se hallen establecidas o se establezcan condiciones más favorables al descanso de las señaladas en la presente Ley» (art. 9). Además establecía que durante la jornada de trabajo se concedería «un descanso de dos horas para comer» (art. 11).

nes, reducciones y ampliaciones que en la propia norma se significaban. Aquella limitación de la jornada fue de tan extraordinaria importancia y perseverancia histórica que la duración de la jornada de trabajo diario a 8 horas llegó a considerarse un hecho o acontecimiento natural. Hasta la Ley de 21 de noviembre de 1931, no se llevó a cabo la primera regulación completa y sistemática del contrato de trabajo.

La Ley citada de 27 de diciembre 1910 situó la duración máxima de la jornada diaria en 9 horas, so pena, según se indicaba en la exposición de motivos del proyecto de ley enviado a las Cortes, de la «degeneración de la raza por agotamiento físico y atrofia moral e intelectual» de los obreros⁴⁰. Mediante la Ley de 4 de julio de 1918 se implantó el descanso continuo de 12 horas diarias, desde el lunes hasta el sábado, imponiéndose descansos de 2 horas para comer.

El Decreto de 26 de enero de 1944 por el que se aprobó el texto refundido del libro I de la Ley de Contrato de Trabajo, tras continuadas referencias a la jornada legal de trabajo, estableció⁴¹ que el trabajador tenía derecho a un permiso anual retribuido de, al menos, siete días laborables ininterrumpidos o de mayor duración si así lo estableciera su reglamentación de trabajo, disfrutado en la fecha que fijase de común acuerdo con su empresario o en la que ordenase el magistrado del Trabajo, en caso de desacuerdo, que se remunerarían al comienzo de su periodo de disfrute, prohibiéndose su compensación por el doble del salario, y no pudiendo descontarse de las vacaciones los permisos extraordinarios que el trabajador hubiera disfrutado durante el año, debiendo el trabajador reintegrar a su empresario lo que hubiese percibido en concepto de vacaciones anuales retribuidas si trabajaba para otro empresario durante aquel periodo.

Por la Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales se reguló la jornada⁴² y se estableció⁴³ que todo trabajador tenía derecho cada año a un periodo no sustituible por compensación económica de vacaciones retribuidas de 21 días naturales como mínimo, o a la parte proporcio-

⁴⁰ Ha de repararse en que ya la Real Orden de 1902 había establecido que la duración de la jornada diaria fuera de ocho horas, debiéndose remunerar en una octava parte más de jornal lo que excediese de aquella jornada de trabajo, y que en el Real Decreto de 15 de marzo 1919 se impuso la jornada máxima de ocho horas diarias para los oficios de la construcción en todo el Estado, lo que se generalizó para todos los ramos con el Real Decreto de 3 de abril del mismo año.

⁴¹ Artículo 35.

⁴² Disponía su artículo 23. Uno lo siguiente: «Las Ordenanzas Laborales, y de modo especial los convenios colectivos sindicales, fijarán la jornada laboral, ya sea diaria, por semana, por meses o en cómputo anual, teniendo en cuenta los índices de productividad y que la duración máxima de la semana ordinaria de trabajo que se establece en esta Ley es de cuarenta y cuatro horas semanales efectivas. Establecía su artículo 25. Uno, lo siguiente: «El trabajador tendrá derecho a un descanso mínimo semanal de día y medio ininterrumpidos que, como regla general, comprenderá la tarde del sábado o la mañana del lunes y el día completo del domingo, salvo disposición legal expresa o autorización del Ministerio de Trabajo, previo informe de la Organización Sindical, que permita otro régimen de descanso laboral para determinadas actividades o Empresas concretas, teniendo en cuenta sus necesidades y los intereses de las partes afectadas».

⁴³ Artículo 27. Uno y Dos.

nal que correspondiese en el caso de no llevar trabajando en la misma empresa el año necesario para el disfrute pleno de ese derecho, y que el periodo y la fecha de su disfrute se fijaría de común acuerdo entre el empresario y el trabajador o conforme a las normas que, en su caso, se hubieran establecido para la planificación anual de vacaciones en las ordenanzas laborales o convenios colectivos sindicales, fijando la Magistratura de Trabajo la fecha que para su disfrute correspondiese en caso de desacuerdo.

La Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores reguló la duración de la jornada de trabajo (que no ha de conferirse con el horario de trabajo a pesar de ser conceptos muy próximos)⁴⁴, estableciendo que sería la acordada o pactada en los convenios colectivos o contratos de trabajo, fijando la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo en 43 horas semanales de trabajo efectivo en jornada partida y de 42 horas semanales de trabajo efectivo en jornada continuada, de promedio en cómputo anual, reduciéndose posteriormente a 40⁴⁵, elaborándose anualmente, por la empresa, el calendario laboral, obligando a que se expusiera un ejemplar en un lugar visible de cada centro de trabajo. El calendario laboral devino así en mera concreción anual de las normas sobre jornada de trabajo, no pudiendo plasmar algo diferente a lo establecido en dichas normas dado su carácter meramente instrumental⁴⁶.

⁴⁴ «Los conceptos de jornada, sea diaria, mensual o anual, y de horario son conceptos muy próximos y vinculados entre sí, pero entre ambos es la jornada la que presenta una mayor relevancia y trascendencia, por cuanto que ella es la que determina nítidamente el número de horas que se han de trabajar, dentro del lapso temporal de que se trate; el horario es una consecuencia o derivación de la jornada, pues en él se precisa el tiempo exacto en que cada día se ha de prestar servicio, teniendo siempre a la vista y como norma a respetar la duración de la jornada establecida. Por consiguiente, en el radio de acción en que se mueven estos dos conceptos, hay, en principio, una cierta supeditación o subordinación del horario a la jornada. De ahí, que cualquier disparidad o divergencia que entre ellos surja al ser aplicados en la realidad del tráfico jurídico, lógicamente ha de ser salvada y resuelta de modo que prevalezca y se respete la jornada establecida aunque para ello tengan que sufrir alguna modificación o padecimiento los horarios anteriormente marcados; solo podría, en tales casos, mantenerse el predominio o preferencia del horario sobre la jornada, si así se dispusiera en norma legal o convenida, o así se hubiera estipulado en el correspondiente pacto», afirman la STS, Sala de lo Social, de 26 de junio de 1998 y SAN, Sala de lo Social, de 2 de abril de 2000, recogiendo doctrina establecida en las SSTS, Sala de lo Social, de 22 de julio de 1995 y 26 de junio de 1998.

⁴⁵ Por el artículo 1, Ley 4/1983, de 29 de junio, de fijación de la jornada máxima legal.

⁴⁶ STSJ de Galicia de 16 de septiembre de 2005; Indica la STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 13 de noviembre de 2003 que «no existe una específica regulación aplicable a la elaboración del calendario laboral en las empresas, siendo parcas las referencias legales contenidas en el ET, y sus normas de desarrollo. Contempla el artículo 34.6 del ET (junto a la duración de la jornada, su distribución y el establecimiento de los preceptivos descansos) a modo de obligación empresarial la necesidad de elaborar anualmente el calendario laboral y el deber de exponer un ejemplar del mismo en un lugar visible de cada centro de trabajo. Por otra parte, la disposición adicional tercera del Real Decreto 1561/1995 de 21 de septiembre sobre jornadas especiales de trabajo establece de modo expreso en su apartado a) el derecho de los representantes de los trabajadores a ser consultados por el empresario y emitir informe con carácter previo a la elaboración del calendario laboral a que se refiere el artículo 34.6 del ET. Por ello, la empresa está obligada a elaborar anualmente un documento en el que figuren los días de trabajo durante el año, días de descanso, fiestas y otras jornadas en las que no se trabaja, así como el número de horas de trabajo ordinario

En aquella Ley 8/1980 se estableció un derecho a un periodo de vacaciones anuales retribuidas no sustituible por compensación económica, que sería el pactado en convenio colectivo o contrato individual, no pudiendo ser, según la redacción inicial, inferior a 23 días naturales, posteriormente elevado a 30⁴⁷. Imponiendo que el periodo de su disfrute se determinaría de común acuerdo entre el empresario y el trabajador, que también podían convenir en la división en dos del periodo total. Debiendo de estarse a falta de acuerdo a lo dispuesto en los convenios colectivos sobre planificación anual de las vacaciones, pero respetándose, en cualquier caso, determinados criterios⁴⁸, que posteriormente⁴⁹ fueron eliminados⁵⁰. También se regulaban en aquella norma los supuestos de concurrencia del calendario de vacaciones con procesos de incapacidad temporal relacionados con la maternidad⁵¹.

que corresponde a cada jornada laboral, siendo facultad del empresario fijar el horario de trabajo entendido como el medio de fijar el momento de inicio y final de trabajo para cada jornada. No obstante, ello no debe llevar a considerar que la prestación de trabajo con uno u otro horario resulte una cuestión menor puesto que al trabajador no le resulta irrelevante iniciar su actividad en uno u otro momento, y de ahí que el artículo 41 del ET incluya su modificación entre las de carácter sustancial. De otro lado, si bien la fijación del calendario laboral se integra en las facultades de dirección y organización de la actividad laboral de los aludidos artículos 5.º c) y 20 del ET, se impone a su fijación una serie de limitaciones legales o pactadas».

⁴⁷ El artículo 2, Ley 4/1983, de 29 de junio, de fijación de la jornada máxima legal en 40 horas y de las vacaciones anuales en 30 días.

⁴⁸ Que eran los siguientes: a) El empresario podrá excluir como periodo vacacional aquel que coincida con la mayor actividad productiva estacional de la empresa, previa consulta con los representantes legales de los trabajadores; b) Por acuerdo entre el empresario y los representantes legales de los trabajadores se podrán fijar los periodos de vacaciones de todo el personal, ya sea en turnos organizados sucesivamente, ya sea con la suspensión total de actividades laborales, sin más excepciones que las tareas de conservación, reparación y similares; c) Cuando exista un régimen de turnos de vacaciones, los trabajadores con responsabilidades familiares tienen preferencia a que las suyas coincidan con los periodos de vacaciones escolares; d) Si existiese desacuerdo entre las partes, la jurisdicción competente fijará la fecha que para el disfrute corresponda y su decisión será irrecurrible. El procedimiento será sumario y preferente.

⁴⁹ Por el artículo 4, Ley 11/1994, de 19 de mayo, por la que se modifican determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores, del Texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral y de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

⁵⁰ En caso de desacuerdo entre las partes, la jurisdicción competente fijará la fecha que para el disfrute corresponda y su decisión será irrecurrible, en procedimiento que sería sumario y preferente.

⁵¹ De tal manera que el calendario de vacaciones se fijaba en cada empresa, y el trabajador debía conocer las fechas que le correspondían dos meses antes, al menos, del comienzo del disfrute, y cuando el periodo de vacaciones fijado en el calendario de vacaciones de la empresa coincidiese en el tiempo con una incapacidad temporal derivada del embarazo, el parto o la lactancia natural o con el periodo de suspensión del contrato de trabajo previsto en el artículo 48.4 de esta Ley, se tendrá derecho a disfrutar las vacaciones en fecha distinta a la de la incapacidad temporal o a la del disfrute del permiso que por aplicación de dicho precepto le correspondiera, al finalizar el periodo de suspensión, aunque haya terminado el año natural a que correspondan. Esta segunda parte se introdujo por la disposición adicional decimoprimera. Seis. Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

En este repaso histórico no puede dejar siquiera de citarse, por su extraordinaria importancia, el Real Decreto 2001/1983, de 28 de julio, sobre regulación de la jornada de trabajo, jornadas especiales y descansos. Pero baste con esta síntesis normativa histórica, al ser sobradamente conocidos los desarrollos legislativos posteriores.

VI. EL DERECHO A VACACIONES ANUALES RETRIBUIDAS

Es doctrina jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que recoge la sentencia objeto de comentario, la siguiente:

- Que «el derecho de todo trabajador a disfrutar de vacaciones anuales retribuidas debe considerarse un principio del Derecho social de la Unión de especial importancia, respecto del cual no pueden establecerse excepciones»⁵².
- Que «por su condición de principio del Derecho social de la Unión, ese derecho está expresamente reconocido en el artículo 31, apartado 2, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, a la que el artículo 6 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), apartado 1, reconoce el mismo valor jurídico que a los tratados»⁵³.
- Que «el derecho a vacaciones anuales retribuidas no puede ser interpretado de manera restrictiva»⁵⁴.

6.1. ASPECTOS NORMATIVOS BÁSICOS O FUNDAMENTALES DEL DERECHO A VACACIONES ANUALES RETRIBUIDAS

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁵⁵ comienza su preámbulo afirmando que «los pueblos de Europa, al crear entre sí una unión cada vez más estrecha, han de-

⁵² SSTJUE de 16 de marzo de 2006, Robinson-Steele y otros, asuntos acumulados C-131/04 y C-257/04, y respecto a la Directiva 2003/88/CE, SSTJUE de 20 de enero de 2009, Schultz-Hoff y otros, asuntos acumulados C-350/06 y C-520/06; 10 de septiembre de 2009, Vicente Pereda, asunto C-277/08, y de 3 de mayo de 2012, Neidel, asunto C-337/10. Recogiendo este principio STSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 26 de marzo de 2012.

⁵³ SSTJUE de 22 de noviembre de 2011, KHS, asunto C-214/10, y 3 de mayo de 2012, Neidel, asunto C-337/10.

⁵⁴ SSTJUE de 22 de octubre de 2009, Meerts, asunto C-116/08, y de 21 junio de 2012, Anged, asunto C-78/11.

⁵⁵ La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que fue en su momento incorporada como parte II, de la no nata Constitución Europea, supuso un avance en materia de derechos fundamentales y libertades públicas en Europa, al establecer un catálogo preciso de tales derechos, proclamados al unísono por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión; *Vid.* DE LA VILLA GIL, L.E.: «La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea», recogido en *Derecho del Trabajo y Seguridad Social: Cincuenta estudios del profesor Luis Enrique de la Villa Gil*, Ediciones CEF (PALOMEQUE LÓPEZ, M.C. y GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., coordinadores), Madrid 2006, págs. 573

cido compartir un porvenir pacífico basado en valores comunes. Consciente de su patrimonio espiritual y moral, la Unión está fundada sobre los valores indivisibles y universales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad, y se basa en los principios de la democracia y el Estado de Derecho. Al instituir la ciudadanía de la Unión y crear un espacio de libertad, seguridad y justicia, sitúa a la persona en el centro de su actuación».

Continúa aquella Carta afirmando en su preámbulo que es necesario, dándoles mayor proyección mediante una Carta, reforzar la protección de los derechos fundamentales a tenor de la evolución de la sociedad, del progreso social y de los avances científicos y tecnológicos.

La Carta «reafirma, dentro del respeto de las competencias y misiones de la Unión, así como del principio de subsidiariedad, los derechos que emanan, en particular, de las tradiciones constitucionales y las obligaciones internacionales comunes a los Estados miembros, del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, las Cartas Sociales adoptadas por la Unión y por el Consejo de Europa, así como de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», precisando que «el disfrute de tales derechos conlleva responsabilidades y deberes tanto respecto de los demás como de la comunidad humana y de las generaciones futuras».

Al tenor de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión⁵⁶: a) «Toda persona tiene derecho a su integridad física y psíquica»⁵⁷; b) Toda persona tiene derecho a trabajar y a ejercer una profesión libremente elegida o aceptada»⁵⁸; c) «Todo trabajador tiene derecho a trabajar en condiciones que respeten su salud, seguridad y dignidad»⁵⁹; d) «Todo trabajador tiene derecho a una limitación máxima del trabajo y a periodos de descanso diarios y semanales así como a un periodo de vacaciones anuales retribuidas»⁶⁰. La prevalencia⁶¹ y

y ss.; Según indica el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea (TUE), «la Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados»; Texto de la Carta proclamada el 7 de diciembre de 2000, recogido en el Diario Oficial de la Unión Europea C-326/407, de 26 de octubre de 2012.

⁵⁶ Vid. el artículo II-91, titulado «condiciones de trabajo justas y equitativas», de la no nata Constitución Europea.

⁵⁷ Artículo 3.1.

⁵⁸ Artículo 15.1.

⁵⁹ Artículo 31.1.

⁶⁰ Artículo 31.2.

⁶¹ Según establece la STS, Sala de lo Social, actuando en Sala General, de 24 de junio de 2009, dictada en recurso de casación para unificación de doctrina: «Conforme a (...) constante doctrina del TJCE, los Tribunales nacionales han de interpretar al límite el Derecho interno, al objeto de alcanzar una interpretación que sea acorde con las Directivas y los principios del Derecho Comunitario. Interpretación *pro communitate* que incluso se llega a predicar respecto de la propia Constitución, puesto que "las normas constitucionales que reconocen los derechos y libertades han de interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España (art. 10.2 de la Constitución; STC 28/1991, de 14 de febrero).

primacía⁶² del Derecho de la Unión Europea obligan a prestar especial atención a la Carta de Derechos Fundamentales⁶³.

Valor interpretativo que expresamente reitera la sentencia 64/1991, de 22 de marzo, y que implícitamente admite la de 13/1998, de 22 de enero. De lo que se deriva –se ha dicho– la consideración del Derecho Comunitario como canon hermenéutico del bloque de constitucionalidad, muy particularmente cuando el nivel de protección dispensado al ciudadano es superior al proporcionado por la Constitución, a virtud del juego combinado de los artículos 10.2 y 93 CE. Siquiera también se mantenga la conveniencia, todo hay que decirlo, de la interpretación *pro constitutione* del Tratado. La primacía del Derecho comunitario, continuamente afirmada por el TJCE y reconocida con claridad en nuestro ordenamiento jurídico (art. 93 CE), no solamente determina la prevalencia de la jurisprudencia comunitaria sobre la doctrina de los Tribunales de los países miembros en la interpretación o aplicación de los preceptos y disposiciones del Derecho Comunitario, al tener precisamente atribuida la competencia de interpretación uniforme del Derecho de la Comunidad Europea (SSTS de 20 y de 27 de octubre de 2004, y de 22 de diciembre de 2008), sino que incluso llega a influir –hasta cierto punto– en la interpretación de la normativa nacional, puesto que el órgano jurisdiccional que debe interpretarla está obligado a hacer todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la directiva, para, al efectuar dicha interpretación, alcanzar el resultado a que se refiere la Directiva y de esta forma atenerse al párrafo tercero del artículo 189 del Tratado (renumerado posteriormente como artículo 249 por el Tratado de Ámsterdam y 288 por el Tratado de Lisboa; STJUE de 13 de noviembre de 1990, Asunto Marleasing, reiterada en sus sentencias de 11 de septiembre de 2007, Hendrix, 24 de junio de 2008, A. Commune Mesquer; y 25 de julio de 2008, Janecek); Además ha de tenerse en cuenta que, como precisa la STSJ de Castilla-León, Sala de lo Social, de 9 de mayo de 2012, "las afirmaciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea trascienden del supuesto concreto en cuyo marco se plantea la cuestión prejudicial, puesto que el mismo no resuelve litigio alguno. La competencia del Tribunal de Justicia tiene por objeto garantizar la interpretación uniforme, en todos los Estados miembros, de las disposiciones de Derecho comunitario, por lo que el Tribunal de Justicia se limita a declarar el significado de las normas comunitarias de que se trata (sentencia de 8 de noviembre de 1990, Asunto Gmurzynska-Bscher). El procedimiento previsto en el artículo 234 del Tratado (ahora llamado "Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea") es un instrumento de cooperación entre el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales nacionales, a través del cual el primero aporta a los segundos los elementos de interpretación del Derecho comunitario que precisan para resolver los litigios de que conocen (sentencias de 12 de marzo de 1998, Asunto Djabali; 18 de noviembre de 1999, Asunto Teckal; 21 de enero de 2003, Asunto Bacardi-Martini y Cellier des Dauphins; 23 de enero de 2003, Asunto Makedoniko Metro y Michaniki; 4 de marzo de 2004, Asunto Barsotti y otros; 20 de enero de 2005, Asunto Salgado Alonso; 20 de enero de 2005, Asunto García Blanco; 1 de marzo de 2005, Asunto Owusu; 15 de junio de 2006, Asunto Acereda Herrera y de 6 de julio de 2006, Asunto Salus). De ahí que sus sentencias recaídas en procedimientos prejudiciales complementen las normas comunitarias objeto de interpretación con pronunciamientos interpretativos de las mismas que adquieren validez general para quienes en los Estados miembros o en las instituciones comunitarias han de aplicar las mismas y, por tanto, tales pronunciamientos no pueden ser desconocidos como meros criterios aplicados a la solución de un concreto caso, sino que presentan rasgos de generalidad en su aplicación que les confieren un valor normativo"».

⁶² Desde las SSTJCE de 15 de julio de 1964, Costa E.N.E.L., asunto 6/64, y de 19 de noviembre de 1991, Francovich, asuntos acumulados 6/90 y 7/90.

⁶³ Indica la STS, Sala Tercera, de 23 de noviembre de 1990, que «los Tratados fundacionales (...) han configurado un ordenamiento jurídico propio, que a su vez es asumido por los sistemas de los Estados miembros, a diferencia de lo que venía sucediendo en los demás pactos internacionales (...). En consecuencia, ese Derecho originario o primario actúa como con una función constitucional y de tales normas fundamentales se derivan a su vez otras, trabadas en una estructura coherente y jerarquizada (...) los tratados constitutivos de las Comunidades Europeas no solo establecen derechos y obligaciones para los Estados miembros y para los particulares, sino que además constituyen el elemento fundamental de lo que se ha dado en llamarse la Constitución de la Comunidad Europea. La concepción de los Tratados como constitución no es simple afirmación retórica, sino que ha llevado al Tribunal de Justicia a consagrar su interpretación en un sentido que permite caracterizar a la Comunidad como una comunidad de derecho, es decir como una comunidad en la que tienen plena vigencia los principios propios de un estado de derecho».

El TFUE establece que «la Unión y los Estados miembros, teniendo presentes derechos sociales fundamentales como los que se indican en la Carta Social Europea, firmada en Turín el 18 de octubre de 1961, y en la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores, de 1989, tendrán como objetivo el fomento del empleo, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso, una protección social adecuada, el diálogo social, el desarrollo de los recursos humanos para conseguir un nivel de empleo elevado y duradero y la lucha contra las exclusiones» (art. 151 TFUE), precisando que con el fin de alcanzar aquellos objetivos, y sin perjuicio de las demás disposiciones de los Tratados:

- a) La Unión apoyará y completará la acción de los Estados miembros en los siguientes ámbitos: i) La mejora, en concreto, del entorno de trabajo, para proteger la salud y la seguridad de los trabajadores; ii) Las condiciones de trabajo; iii) La seguridad social y la protección social de los trabajadores; iv) La lucha contra la exclusión social; v) La modernización de los sistemas de protección social (art. 153 TFUE)
- b) La Comisión fomentará la colaboración entre los Estados miembros y facilitará la coordinación de sus acciones en los ámbitos de la política social tratados en el presente capítulo, particularmente en las materias relacionadas con: i) El empleo; ii) El derecho del trabajo y las condiciones de trabajo; iii) La formación y perfeccionamiento profesionales; iv) La seguridad social; v) La protección contra los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales; vi) La higiene del trabajo (art. 156 TFUE).

Mediante la Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989 (directiva base), se establecieron los principios generales en materia de seguridad y salud de los trabajadores, que han sido desarrollados por directivas específicas. Entre las directivas de aplicación de aquella «directiva base», se encontraba la Directiva 93/104/CE del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, que la desarrolló en los aspectos relativos al tiempo (jornada) de trabajo, y que fue modificada por la Directiva 2003/34/CE. Ambas directivas fueron derogadas por la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de noviembre de 2003 (artículo 27), norma de la Unión vigente que establece las disposiciones mínimas de seguridad y salud en materia de ordenación del tiempo de trabajo. Esta norma no hace sino consolidar (refundir) las dos directivas anteriores⁶⁴.

Según establece el artículo 7 de la Directiva 2003/88/CE, (titulado «vacaciones anuales): «1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que todos los trabajadores dispongan de un periodo de al menos cuatro semanas de vacaciones anuales retribuidas, de conformidad con las condiciones de obtención y concesión establecidas en las legislaciones y/o prácticas

⁶⁴ Basta con comparar el contenido de la regulación de aquellas Directivas 93/104/CE y 2003/34/CE con el de la Directiva 2003/88/CE.

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».

Con la aprobación de la Constitución de 1978, emergen en nuestro ordenamiento los derechos sociales fundamentales, y con ellos se proclama por la jurisprudencia constitucional que la lealtad debida por el trabajador en sede de contrato de trabajo no supone sujeción absoluta a los intereses empresariales. Reiterada jurisprudencia constitucional ha establecido que la celebración de un contrato de trabajo no implica en modo alguno la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano⁶⁵, y que la libertad de empresa (artículo 38 CE) no legitima que los trabajadores hayan de soportar limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas⁶⁶.

Ciertamente la relación laboral «tiene como efecto típico la sumisión de ciertos aspectos de la vida humana a los poderes empresariales» y a los requerimientos de la organización productiva, pero no basta con la sola afirmación del interés empresarial para comprimir los derechos fundamentales del trabajador dado la posición prevalente que estos alcanzan en nuestro ordenamiento⁶⁷.

Establece el artículo 40.3 de la nuestra Constitución que «los poderes públicos (...) garantizarán el descanso necesario, mediante la limitación de la jornada laboral (y) las vacaciones periódicas retribuidas». A esa regulación constitucional y al Derecho comunitario, tanto al materialmente constitucional como al derivado, ha de sumarse todo el Derecho internacional público social del que es agente primordial la Organización Internacional del Trabajo (OIT), organismo especializado de las Naciones Unidas, según el cual «el acceso a un nivel adecuado de protección social es un derecho fundamental de todos los individuos reconocido por las normas internacionales del trabajo y por las Naciones Unidas».

Se ocupa el Convenio 132 de la OIT de las vacaciones anuales retribuidas, en sus artículos 4.1, 5.4, 6, 7 y 10. Según establece el artículo 4.1: «Toda persona cuyo periodo de servicios en cualquier año sea inferior al requerido para tener derecho al total de vacaciones prescrito en el artículo anterior tendrá derecho respecto de ese año a vacaciones pagadas proporcionales a la duración de sus servicios en dicho año». Especialmente relevantes son las previsiones contenidas en los artículos 5.4 y 6.2. Según el primero de aquellos preceptos «en las condiciones que en cada país se determinen por la autoridad competente o por el organismo apropiado, las ausencias del trabajo por motivos independientes de la voluntad de la persona interesada, como enfermedad, accidente o maternidad, serán contadas como parte del periodo de servicios», y al tenor del segundo de los artículos precitados «los periodos de incapacidad de trabajo resultantes de enfermedad o de accidente no podrán ser contados como parte de las vacaciones pagadas anuales prescritas como (periodo) mínimo (en el propio Convenio)».

⁶⁵ SSTC 88/1985, de 19 de julio, 106/1996 de 12 de julio y 20/2002, de 28 de enero.

⁶⁶ STC 88/1985, de 19 de julio, 106/1996, de 12 de julio, 80/2001, de 26 de marzo y 20/2002, de 28 de enero.

⁶⁷ STC 99/1994, de 17 de mayo.

También es singularmente destacable, a los fines del presente comentario, la previsión contenida en el artículo 10 de aquel Convenio 132 de la OIT, a cuyo tenor: i) «La época en que se tomarán las vacaciones, siempre que no se fije por reglamentos, contratos colectivos, laudos arbitrales o de otra manera compatible con la práctica nacional, se determinará por el empleador, previa consulta con la persona empleada interesada o con sus representantes»; ii) «Al fijar la época en que se tomarán las vacaciones, se tendrán en cuenta las exigencias del trabajo y las oportunidades de descanso y distracción de que pueda disponer la persona empleada».

6.2. CARACTERES DELIMITADORES

El mandato del Derecho de la Unión Europea de que todos los trabajadores han de disponer «de un periodo de al menos cuatro semanas de vacaciones anuales retribuidas, de conformidad con las condiciones de obtención y concesión establecidas en las legislaciones y/o prácticas nacionales»⁶⁸, no admite excepción alguna, de tal manera que efectivamente todos los trabajadores deben disponer de un periodo mínimo («al menos») de cuatro semanas de vacaciones anuales retribuidas⁶⁹.

6.3. LA VACACIÓN ANUAL MÍNIMA

El mandato vacacional de la Unión Europea cuenta con sólidos precedentes. Efectivamente «no fue la Directiva sobre el tiempo de trabajo la que consagró por vez primera el derecho a un periodo mínimo de vacaciones anuales retribuidas, ya que, en realidad, hace tiempo que figura, más allá de la duración del periodo de vacaciones garantizado, entre los derechos sociales fundamentales reconocidos por el Derecho internacional público»⁷⁰. Así este principio se menciona en

⁶⁸ Contenido en Directiva 2003/88/CE, artículo 7.1, idéntico al homólogo de la Directiva 93/104/CE.

⁶⁹ Su aplicación por parte de las autoridades nacionales competentes únicamente puede efectuarse respetando los límites establecidos expresamente por la propia Directiva 2003/88/CE, STJCE de 10 de septiembre de 2009, Francisco Vicente Pereda y Madrid Movilidad, SA, asunto C-277/08; También, si bien que en relación con la Directiva 93/104, SSTJUE de 26 de junio de 2001, BECTU, asunto C-173/99; de 18 de marzo de 2004, Merino Gómez, asunto C-342/01, y de 16 de marzo de 2006, Robinson-Steele y otros, asuntos acumulados C-131/04 y C-257/04.

⁷⁰ Precisa la Abogada General Verica Trstenjak en las conclusiones 50 a 54, de las presentadas el 24 de enero de 2008, en el asunto C-350/06, Gerhard Schultz-Hoff contra Deutsche Rentenversicherung Bund, que es «importante recordar que la libertad de los Estados miembros a la hora de establecer medidas nacionales de aplicación está limitada por el hecho de que el artículo 137 CE, apartado 2, letra b), al adoptar normas mínimas, pretende garantizar un nivel determinado de protección a nivel comunitario que los Estados miembros deben respetar. Como declaró el Tribunal de Justicia en la sentencia Reino Unido/Consejo, de 12 de noviembre de 1996, asunto C-84/94, en relación con el concepto de "disposiciones mínimas" en el sentido del artículo 118 A del Tratado CE, antigua base jurídica, esta disposición no limita la intervención comunitaria al mínimo denominador común o, incluso, al nivel de protección más bajo establecido por los diferentes Estados miembros, sino que significa que los Estados son libres de conceder una mayor protección que la protección, en su caso elevada, resultante del Derecho comunitario. Esta interpretación viene confirmada por el tenor del artículo 136 CE, que menciona, como finalidad de la política social, la "mejora

el artículo 24 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que reconoce a toda persona el «derecho al descanso, al disfrute del tiempo libre, a una limitación razonable de la duración del trabajo y a vacaciones periódicas pagadas».

Es doctrina consolidada⁷¹ que si bien el derecho a vacaciones retribuidas está enmarcado en la relación individual de trabajo, debe contemplarse dentro del contexto socio-jurídico del Estado social y democrático de derecho que nuestra Constitución proclama y garantiza (art. 1), lo que impone una interpretación integradora de la regulación ordinaria (art. 38 ET), del derecho constitucional (art. 40.2 CE), de la normativa, fundamental y derivada, de la Unión Europea y del convenio 132 de la OIT.

Puede afirmarse que «el derecho a vacaciones anuales retribuidas, sin ser absoluto (...), forma parte del núcleo irrenunciable de los derechos propios de un Estado social (...). Todo ello no quiere decir que tanto el legislador como la Administración no puedan poner límites al disfrute efectivo de las vacaciones, pero sí que la protección constitucional de las vacaciones solo permite los límites derivados de su propia naturaleza y finalidad o los que aparezcan impuestos por la necesaria protección de un interés constitucionalmente legítimo, y respetuosos con el principio de proporcionalidad»⁷².

Semejante concepción del derecho a vacaciones anuales retribuidas encuentra un sólido argumento, en que «el artículo 40.2 CE no es una mera disposición programática, sino que incluye una garantía institucional, que obliga a considerar a las vacaciones retribuidas como un ingrediente imprescindible del ordenamiento laboral; y ello es así porque su colocación sistemática –entre los "principios rectores" de la política social y económica– determina que de acuerdo con el artículo 53.3 CE se le atribuya una especial fuerza normativa, habida cuenta que el referido precepto impide considerar a tales principios como normas sin contenido, y que obliga a tenerlos presentes en la interpretación, tanto de las restantes normas constitucionales como de las leyes»⁷³.

de las condiciones de vida y de trabajo". Allí se dice expresamente que este objetivo debe alcanzarse a través de la equiparación "por la vía del progreso". Para alcanzar este objetivo impuesto por el Derecho primario, el artículo 15 de la Directiva 2003/88/CE faculta a los Estados miembros a aplicar o establecer disposiciones más favorables a la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores. Paralelamente, en el artículo 23 de la Directiva 2003/88/CE se dice, respecto al nivel de protección de los trabajadores, que, sin perjuicio del derecho de los Estados miembros de adoptar disposiciones distintas, siempre que se cumplan los requisitos mínimos establecidos en la Directiva, la aplicación de la Directiva no constituye una justificación válida para la disminución del nivel general de protección de los trabajadores. El nivel mínimo de protección que ha fijado el legislador comunitario en el ámbito del derecho a vacaciones se puede determinar tomando como base la Directiva 2003/88/CE».

⁷¹ STS, Sala de lo Social, de 24 de junio de 2009.

⁷² STC 324/2006, de 20 de noviembre de 2006; Cuestión diferente es que la situación de crisis económica haya puesto de moda la «staycation» (de *stay* y *vacation*), término usado «para describir las vacaciones que se pasan en casa o alrededores cercanos de la vivienda habitual», precisa NIETO A.B.: «Empieza la "staycation"», *Cinco Días*, lunes 27 de julio de 2009, pág. 29.

⁷³ STC 19/1982, de 5 de mayo de 1982.

Además «tal precepto constitucional (art. 40.2) no solamente tiene por finalidad la protección de la salud del trabajador, sino que posibilita también la conciliación de la vida personal con la laboral, el acceso a la cultura de los trabajadores, el esparcimiento y el ocio, las relaciones sociales y el necesario ejercicio físico reparador (...). La finalidad originaria del derecho a las vacaciones es la de posibilitar a los trabajadores el periodo de ocio que se reputa necesario para compatibilizar su vida laboral con el descanso, si bien (...) es un tiempo caracterizado por la libertad del trabajador para la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida»⁷⁴.

Ciertamente el derecho a vacaciones anuales retribuidas «viene concebido en atención a la finalidad de procurar (...) también al empleado un tiempo, más prolongado que los descansos diario y semanal, con el fin de posibilitarle un periodo lo suficientemente continuado para dedicarlo al esparcimiento y dasalienación»⁷⁵.

Pudiéndose concluir⁷⁶ que la «concepción del periodo anual de vacaciones como tiempo cuyo sentido único o principal es la reposición de energías para la reanudación de la prestación laboral supone reducir la persona del trabajador a un mero factor de producción y negar, en la misma medida, su libertad, durante aquel periodo, para desplegar la propia personalidad del modo que estime más conveniente, no es de recibo. Una concepción de esas características, según la cual el tiempo libre se considera tiempo vinculado y la persona se devalúa a mera fuerza de trabajo, resulta incompatible con los principios constitucionales que enuncia el artículo 10.1 de la CE (dignidad de la persona y libre desarrollo de su personalidad) a cuya luz ha de interpretarse, inexcusablemente, cualquier norma de Derecho y, por supuesto, la cláusula legal de la buena fe».

6.4. DESCANSO VACACIONAL Y RETRIBUCIÓN

El derecho a vacacionar y el derecho al percibo de la retribución correspondiente no pueden disociarse, porque «constituyen dos vertientes de un único derecho»⁷⁷. Afirmación que afecta a la misma esencia y configuración legal del instituto vacacional anual. Esto es:

⁷⁴ SSTC 192/2003, de 27 de octubre, y 324/2006, de 20 de noviembre.

⁷⁵ STS de 25 de febrero de 2003.

⁷⁶ En términos de la STC 192/2003, de 27 de octubre de 2003; Debiéndose destacar que «el artículo 10 del Convenio 132 OIT claramente alude a la obligada coordinación de los intereses empresariales y de los trabajadores a los efectos de fijar el periodo vacacional, y este mandato obliga a decantarse por la primacía de los intereses de los operarios en (determinados) supuestos cuando la empresa no aduce o acredita perturbación en la organización por el cambio de fecha previamente acordada; lo contrario comportaría una subordinación del derecho del trabajador ajena a los límites impuestos por la necesaria protección de un interés constitucionalmente legítimo, y respetuosos con el principio de proporcionalidad», indica la STC 324/2006, de 20 de noviembre de 2006.

⁷⁷ Como precisan MONTOYA MELGAR, A.; GALIANA MORENO J.M.; SEMPERE NAVARRO, A.V. y RÍOS SALMERÓN, B.: *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Madrid: Aranzadi, 1997, págs. 168-172, las vacaciones son: a) vacaciones anuales; b) vacaciones retribuidas; c) El periodo vacacional no es sustituible por compensación económica; Indica EZQUERRA

«La vacación es un derecho del trabajador y de él deriva el efecto (...) de que se interrumpa la obligación de trabajar imputable al trabajador y no, sin embargo, la obligación de retribuir el trabajo, ni las demás derivadas de la vigencia de la relación laboral»⁷⁸.

Considerado como un derecho exigible, protegido, personalísimo y normalmente condicionado⁷⁹, resulta favorecido y apoyado al estar «garantizado por una serie de prohibiciones: prohibición a compensar en metálico el descanso, prohibición de acumulaciones en periodos anuales distintos, prohibición de fraccionamiento en un mismo periodo anual, prohibición de descuentos por otros permisos o licencias, prohibición de superponer las vacaciones a otras situaciones de ausencias en el trabajo, etc.»⁸⁰.

Por todo ello, «el derecho a las vacaciones ha sido calificado como de derecho unitario pero de contenido complejo, de manera que engloba la interrupción periódica de la prestación laboral y el mantenimiento del crédito salarial, y así el extinto TCT en su sentencia de 19 de diciembre de 1984 declaró que el concepto legal de vacaciones no puede dividirse en sus dos componentes esenciales, descanso y retribución, para excluir uno de ellos, porque si se da retribución sin descanso se tratará de la compensación económica, y si se da descanso sin retribución, será un permiso sin sueldo. Con esto se quiere expresar que es consustancial a la institución de las vacaciones el que sean retribuidas, así lo menciona el artículo 40.2 de la Constitución Española al aludir a que los poderes públicos garantizarán el descanso necesario mediante las vacaciones periódicas retribuidas, e insiste en dicho carácter el artículo 38.1 del Estatuto Laboral, en su condición de cumplimiento garantista de la norma fundamental»⁸¹.

Además para el debido cumplimiento de su finalidad, el descanso vacacional anual ha de ser «efectivo e ininterrumpido», al extremo que se ha de impedir la coincidencia o «desarrollo

ESCUADERO, L.: *Tiempo de trabajo: duración, ordenación y distribución*, Barcelona: Atelier, 2006, págs. 314-316, que «a) Se trata de un derecho que mantiene la doble condición de elemento reductor y limitador de la jornada, (...); b) las vacaciones destacan, como elemento primordial, su contenido en días de descanso de duración prolongada (...); c) se trata de un descanso de disfrute periódico que se ha concretado en un módulo también amplio, como es el año (...); d) Otro de los requisitos sustanciales de este descanso es su conceptualización como descanso retribuido, sin cuya condición no podría cumplir los objetivos que del mismo se esperan»; Vid. MARTÍN VALVERDE, A., «Las líneas de evolución del derecho a vacaciones», *Revista de Política Social*, núm. 83, 1969, págs. 65 y ss.; GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: «Las garantías del derecho a vacaciones (disfrute efectivo, indisponibilidad, prohibición de compensación en metálico, no acumulación y potras)», *TS*, núm. 38, 1994, págs. 41 y ss.; CHARRO BAENA, P., «Las vacaciones laborales», Navarra: Thomson-Aranzadi, 2003.

⁷⁸ DE LA VILLA, L.E.: «Configuración jurídica de las vacaciones anuales retribuidas», recogido en *Derecho del Trabajo y Seguridad Social: Cincuenta estudios del profesor Luis Enrique de la Villa Gil*, Ediciones CEF (PALOMEQUE LÓPEZ, M.C. y GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., coordinadores), Madrid, 2006, págs. 911 y 913.

⁷⁹ DE LA VILLA, L.E., *op. cit.* («Configuración jurídica de las vacaciones anuales retribuidas», recogido en *Derecho del Trabajo y Seguridad Social: Cincuenta estudios del profesor Luis Enrique de la Villa Gil*), pág. 913.

⁸⁰ DE LA VILLA, L.E., *op. cit.* («Configuración jurídica de las vacaciones anuales retribuidas», recogido *Derecho del Trabajo y Seguridad Social: Cincuenta estudios del profesor Luis Enrique de la Villa Gil*), pág. 915.

⁸¹ STSJ de Navarra, Sala de lo Social, de 30 de septiembre de 2004.

simultáneo, de dos a o más interrupciones de la prestación de trabajo, siendo una de ellas la interrupción por el descanso anual retribuido»⁸². Con el añadido de que «para el cálculo de dicha compensación económica, resulta asimismo determinante la retribución ordinaria del trabajador, que es la que debe mantenerse durante el periodo de descanso correspondiente a las vacaciones anuales retribuidas», indica la sentencia objeto de comentario.

Idea vacacional que también respalda la jurisprudencia constitucional cuando afirma⁸³ que «la concepción del tiempo libre del trabajador, no como tal, sino como un tiempo de descanso a disponibilidad del empresario (...), no resulta en modo alguno acorde con la configuración actual del derecho a vacaciones anuales retribuidas en nuestro ordenamiento jurídico laboral ni, lo que es más importante aún, con la primacía de la persona y el respeto a la vida privada que la Constitución garantiza»⁸⁴.

De tal manera que, afirma la misma jurisprudencia constitucional, cualquier otra consideración del derecho a vacaciones anuales retribuidas «equivale a desconocer la dignidad del trabajador, entendida esta como el derecho de todas las personas a un trato que no contradiga su condición de ser racional igual y libre, capaz de determinar su conducta en relación consigo mismo y su entorno, esto es, la capacidad de autodeterminación consciente y responsable de la propia vida (...) así como el libre desarrollo de su personalidad (art. 10.1 CE) (...). La regla del artículo 10.1 CE, proyectada sobre los derechos individuales, implica que la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre, constituyendo, en consecuencia, un *mínimum invulnerable* que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que las limitaciones que se impongan en el disfrute de derechos individuales no conlleven un menoscabo para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona»⁸⁵.

⁸² DE LA VILLA GIL, L.E., *op. cit.* («Configuración jurídica de las vacaciones anuales retribuidas», recogido en *Derecho del Trabajo y Seguridad Social: Cincuenta estudios del profesor Luis Enrique de la Vila Gil*), pág. 934.

⁸³ STC 192/2003, de 17 de octubre.

⁸⁴ En una consideración intermedia afirma DURÁN F.: «Derecho a vacaciones en la empresa», diario económico *Expansión* de 2 de diciembre de 2003, pág. 55, que «el derecho a interrumpir la prestación de trabajo, manteniendo la retribución, se consagra (...), como un derecho al descanso. Y un derecho al descanso irrenunciable, por lo que se prohíbe la compensación económica del no disfrute de vacaciones (...). Esta normativa (con referencia al ET y a la normativa OIT referente a las vacaciones) pone en juego diversos intereses: el derecho al descanso del trabajador, de una parte; el interés empresarial de que el tiempo de vacaciones, retribuido por la empresa, se use efectivamente para las finalidades para las que se concede, por otra; y, por supuesto, la libertad del trabajador de utilizar su tiempo libre de forma que considere oportuna. La garantía del descanso se persigue limitando esta última libertad, mediante la prohibición de que se pueda trabajar durante las vacaciones y percibir doble remuneración. El interés empresarial se protege permitiendo que el empresario reaccione disciplinariamente contra el trabajador que utiliza su periodo de vacaciones no para descansar sino para trabajar en otra empresa».

⁸⁵ Según esa doctrina de la justicia constitucional: a) La dignidad personal del trabajador se vería severamente limitada de aceptarse un omnímodo control sobre la persona y la vida privada del trabajador por parte de la empresa para la que presta servicio; b) Sostener que el empresario pueda tener un derecho o interés jurídico legítimo a que el trabajador dedique exclusivamente sus vacaciones al descanso en orden a la recuperación de sus energías físicas y mentales

VII. EL DERECHO A VACACIONES ANUALES RETRIBUIDAS DE «TRABAJADORES PROVISIONALMENTE A TIEMPO PARCIAL», POR «REDUCCIÓN A CERO DEL TIEMPO DE TRABAJO» (*KURZARBEIT NULL*) COMO CONSECUENCIA DEL «PLAN SOCIAL» DE ACOMPAÑAMIENTO A UN DESPIDO COLECTIVO POR CAUSAS ECONÓMICAS

El derecho a las vacaciones anuales retribuidas de trabajadores con «reducción a cero del tiempo de trabajo» («trabajadores provisionalmente a tiempo parcial») como consecuencia del «plan social» de acompañamiento a un despido colectivo por causas económicas, según el supuesto de hecho de la sentencia objeto de comentario, fue planteado una vez finalizadas definitivamente sus relaciones laborales, en solicitud de la compensación financiera pertinente por los días de vacaciones no disfrutadas correspondientes al periodo de «reducción a cero del tiempo de trabajo» por aplicación del «plan social» de acompañamiento al despido colectivo. Ha de significarse que la empresa había mostrado su disconformidad a esas reclamaciones, sosteniendo que durante ese periodo los trabajadores «no (habían) adquirido derecho alguno a vacaciones anuales retribuidas».

Considerando que cuando «ya no resulta posible disfrutar de modo efectivo las vacaciones anuales retribuidas. A fin de evitar que, como consecuencia de esta imposibilidad, el trabajador quede privado de todo disfrute del mencionado derecho, incluso en forma pecuniaria, el artículo 7, apartado 2, de la Directiva 2003/88/CE prevé que el trabajador tendrá derecho a una compensación económica»⁸⁶, el Tribunal «a quo» (*Arbeitsgericht Passau*) decidió suspender el procedimiento principal y plantear al Tribunal de Justicia de la Unión Europea las siguientes cuestiones prejudiciales:

«para que se encuentre en plenas condiciones» al reincorporarse al trabajo un vez concluido el periodo vacacional, esto es, que ha de dedicarse «exclusivamente a recuperar fuerzas» tanto «en bien propio» como de su empresa, no es de recibo, resultando manifiestamente infundada cualquier otra interpretación en los sistemas jurídicos presididos por la libertad y el derecho al trabajo (art. 35.1 CE).

⁸⁶ «El derecho al disfrute de las vacaciones anuales tiene su asiento en el artículo 40.2 de la Constitución española y está también reconocido en Convenio número 132 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), que forma también parte ya de nuestro Derecho interno (artículo 96.1 de la propia Ley Fundamental) como consecuencia de su ratificación por España y consiguiente publicación en el Boletín Oficial del Estado. Este derecho viene concebido en atención a la finalidad de procurar a todo trabajador el reposo necesario para que pueda recuperarse del desgaste físico y psicológico producido por su actividad laboral, proporcionando también al empleado un tiempo, más prolongado que los descansos diario y semanal, con el fin de posibilitarle un periodo lo suficientemente continuado para dedicarlo al esparcimiento y desalienación. Por ello, el artículo 38.1 del ET establece la obligatoriedad de su concesión, así como la retribución de este periodo en la misma forma y cuantía que si hubiera sido de trabajo efectivo y, para que no se frustre la aludida finalidad, previene también este precepto que el disfrute real del descanso no será susceptible de sustitución por una retribución en metálico, de tal suerte que si el trabajador no hace uso de la vacación dentro del año natural, no solo pierde el derecho a disfrutarla en la anualidad siguiente, sino que tampoco le resulta posible percibir una remuneración dineraria a cambio de la falta de disfrute. Sin embargo, existen supuestos en los que la relación laboral finaliza antes de que el trabajador haya tenido ocasión de hacer uso del derecho al descanso anual, y ante la imposibilidad de hacer efectiva "in natura" la facultad de vacar por causa no atribuible a la voluntad

«1) ¿Deben interpretarse el artículo 31, apartado 2, de la (Carta) y el artículo 7, apartado 1, de la Directiva (2003/88) en el sentido de que se oponen a las disposiciones o prácticas nacionales conforme a las cuales, en caso de disminuir el número de días laborables por semana al haberse dispuesto legalmente la reducción del tiempo de trabajo, el derecho a vacaciones anuales retribuidas del trabajador con reducción del tiempo de trabajo se adapta *pro rata temporis* a la relación entre el número de días trabajados por semana durante el periodo de reducción del tiempo de trabajo y el número de días trabajados por semana del trabajador a tiempo completo y, en consecuencia, durante el periodo de reducción del tiempo de trabajo el trabajador solo adquiere un derecho a vacaciones proporcionalmente inferior?».

«2) ¿Deben interpretarse el artículo 31, apartado 2, de la (Carta) y el artículo 7, apartado 1, de la Directiva (2003/88) en el sentido de que se oponen a las disposiciones o prácticas nacionales conforme a las cuales, en caso de reducirse a cero el número de días trabajados por semana al ordenarse válidamente una "reducción a cero del tiempo de trabajo", el derecho a vacaciones anuales retribuidas del trabajador con reducción del tiempo de trabajo se adapta *pro rata temporis* a cero y, por consiguiente, durante el periodo de "reducción a cero del tiempo de trabajo" el trabajador no adquiere ningún derecho a vacaciones?».

7.1. INAPLICABILIDAD DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL RELATIVA AL DERECHO A VACACIONES ANUALES DE LOS TRABAJADORES DE LA EMPRESA INCAPACITADOS TEMPORALMENTE PARA TRABAJAR POR CAUSA DE ENFERMEDAD

Dada la inexistencia de prestación efectiva de servicios por los trabajadores como consecuencia de la «reducción a cero del tiempo de trabajo», con la consiguiente extinción de la obligación empresarial de pago del salario, como consecuencia de la aplicación del «plan social» de acompañamiento al despido colectivo, y habida cuenta de la continuidad y vigencia durante ese tiempo de «reducción a cero del tiempo de trabajo» de las relaciones laborales, percibiendo durante el mismo cada trabajador un subsidio (*Kurzarbeitergeld*) «calculado y abonado por el empresario» sustitutivo, durante la «reducción a cero del tiempo de trabajo», del «salario del trabajador afectado», el Tribunal de Justicia lleva a cabo la comparabilidad de tal situación con la de un trabajador que «no ha podido responder a su obligación de trabajar debido a una enfermedad durante el periodo de devengo de las vacaciones anuales».

del operario, debe concederse a este el derecho a la correspondiente compensación económica, generándose en tal caso dicha compensación, que ha de ser "proporcional al tiempo de prestación de servicios en el año de referencia", indica la STS, Sala Cuarta, de 25 de febrero de 2003, doctrina que aplica, entre otras, la STSJ de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Social, de 21 de diciembre de 2005.

Ha de recordarse que el aseguramiento del efecto útil de la totalidad de los derechos conferidos a los trabajadores por el Derecho de la Unión Europea implica la obligación para los Estados miembros de garantizar el respeto de cada una de las disposiciones mínimas establecidas en la normativa de la Unión⁸⁷. De tal manera que, «para alcanzar una protección eficaz de la seguridad y salud de los trabajadores, es necesario que se les conceda efectivamente los periodos mínimos de descanso previstos»⁸⁸.

Efectivamente, «es preciso tener en cuenta que el objetivo originario de la protección social del trabajador que constituye el trasfondo del régimen y que, como tal, coincide con el de la Directiva 2003/88/CE, se transmuta en su contrario cuando el trabajador, por motivos que no le son imputables, no puede hacer valer su derecho a vacaciones anuales»⁸⁹. Entre las circunstancias que no son achacables al trabajador se encuentran los casos de fuerza mayor y caso fortuito, poniéndose como ejemplo el de enfermedad del trabajador⁹⁰, pero también parece que podrían asimilarse a esas situaciones la de aquellos trabajadores que ven «reducido su tiempo de trabajo a cero» por virtud de la aplicación de las previsiones contenidas en un «plan social» de acompañamiento a un despido colectivo. En ambos supuestos, la pérdida del derecho a vacaciones no solo impide alcanzar el objetivo perseguido por la Directiva 2003/88/CE, sino que, además, constituye, en definitiva, una sanción del trabajador que no encuentra justificación objetiva.

Pero otra es la opinión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que tras recordar en la sentencia objeto de comentario que según propia doctrina «cuando se trata de trabajadores en situación de baja por enfermedad debidamente prescrita, ningún Estado miembro puede sueditar el derecho a vacaciones anuales retribuidas, que la Directiva 2003/88/CE atribuye a todos los trabajadores al requisito de haber trabajado efectivamente durante el periodo de devengo de

⁸⁷ STJCE de 1 de diciembre de 2005, asunto C-14/04, Dellas y otros.

⁸⁸ *Vid.* conclusiones 60 a 65 de la Abogada General Sra. Verica Trstenjak, de las presentadas el 24 de enero de 2008, en el asunto C-350/06, Gerhard Schultz-Hoff contra Deutsche Rentenversicherung Bund que cita en apoyo de su argumentación a «Glaser, R./Lüders, H., «§7 BUrlG auf dem Prüfstand des EuGH – Anmerkungen zum Vorlagebeschluss des LAG Düsseldorf», Betriebs-Berater, 61 año (2006), cuaderno 49.

⁸⁹ STSJ de Casilla y León, Sala de lo Social, de 27 de marzo de 2006.

⁹⁰ Indica la STSJ de Casilla y León, Sala de lo Social, de 27 de marzo de 2006, lo siguiente, «en primer lugar, que el derecho al disfrute de un descanso anual retribuido es un derecho irrenunciable y que no puede minorarse por razón de coincidencia del periodo señalado para la vacación con la situación de baja por enfermedad o por accidente del trabajador, ya que así se desprende ello de lo establecido en los artículos 38 del Estatuto de los Trabajadores y 6.º 2 del Convenio 132 de la Organización Internacional del Trabajo, ratificado por España el 16 de junio de 1972. En segundo término, que la existencia de una práctica empresarial por virtud de la cual se ha venido reconociendo el derecho a la vacación en fechas distintas a las del señalamiento general o universal en beneficio de los trabajadores que no habían podido gozar del descanso por razón de baja acaecida con anterioridad a aquel señalamiento, práctica esa que se remonta a más de dos décadas de antigüedad, integra sin duda una manifestación de esa fuente reguladora en que consiste la condición más beneficiosa adquirida, puesto que la aludida persistencia temporal del reconocimiento implica una tácita pero manifiesta voluntad patronal de otorgar el beneficio, el cual queda incorporado al acervo jurídico de la relación de trabajo».

las vacaciones anuales establecido por dicho Estado»⁹¹, no duda en afirmar que aquella jurisprudencia en torno a las vacaciones de los trabajadores en baja por enfermedad no es aplicable a los «trabajadores provisionalmente a tiempo parcial», a pesar de las similitudes entre ambos supuestos porque no son situaciones asimilables. Esto es, afirma la sentencia objeto de comentario:

«Si bien se excluye, por tanto, que pueda disminuirse el derecho de un trabajador a disfrutar de las vacaciones anuales retribuidas mínimas, garantizado por el Derecho de la Unión, en una situación caracterizada por el hecho de que el trabajador no ha podido responder a su obligación de trabajar debido a una enfermedad durante el periodo de devengo de las vacaciones anuales, su jurisprudencia no puede aplicarse mutatis mutandis a la situación de un trabajador con "reducción del tiempo de trabajo a cero" o "provisionalmente a tiempo parcial"», porque «la situación de un trabajador incapacitado para trabajar por causa de enfermedad, por una parte, y al de un trabajador con reducción del tiempo de trabajo, por otra, son fundamentalmente diferentes».

Aquella «diferenciación fundamental la encuentra el Tribunal de Justicia en las siguientes consideraciones:

«En primer lugar la reducción del tiempo de trabajo («a cero» de los «trabajadores provisionalmente a tiempo parcial») se basa en un plan social que forma parte de un tipo particular de convenio empresarial, concluido entre el empresario y los representantes del personal de la empresa. Dicho plan social establece la suspensión, en función de la reducción del tiempo de trabajo, de las obligaciones recíprocas del empresario y del trabajador en materia de prestaciones».

«En segundo lugar, es preciso señalar que durante el periodo de reducción del tiempo de trabajo derivado del citado plan social, que es, por tanto, previsible para el trabajador afectado, este puede descansar o dedicarse a actividades de tiempo libre y ocio. Por lo tanto, en la medida en que el citado trabajador no está sujeto a limitaciones físicas o psíquicas causadas por una enfermedad, se encuentra en una situación distinta de la que resulta de una incapacidad laboral debida al estado de salud».

«En tercer lugar, la finalidad del propio plan social, que prevé la reducción del tiempo de trabajo, consiste en prevenir el despido de los trabajadores afectados por razones económicas y en reducir los inconvenientes sufridos por estos como consecuen-

⁹¹ Preciando que «de ello resulta que el artículo 7, apartado 2, de la Directiva 2003/88/CE debe interpretarse en el sentido de que se opone a disposiciones o prácticas nacionales que prevean que, al finalizar la relación laboral, no se abonará compensación económica alguna en concepto de vacaciones anuales retribuidas no disfrutadas al trabajador que se haya encontrado en situación de baja por enfermedad durante la totalidad o parte del periodo de devengo de las vacaciones anuales y/o del periodo de prórroga, razón por la cual no haya podido ejercitar su derecho a vacaciones anuales retribuidas».

cia de dicho despido. El hecho de vincular esa ventaja reconocida al trabajador por el Derecho nacional a la obligación del empresario de asumir las vacaciones anuales retribuidas durante el periodo de prórroga formal, por motivos meramente sociales, del contrato de trabajo, supondría el riesgo de que el empresario se mostrara reticente a prestar su consentimiento a ese plan social y, por lo tanto, de que el trabajador se viera privado de los efectos positivos de dicho plan».

Conclusión no irreprochable del Tribunal de Justicia y a la que se puede oponer la siguiente doctrina de la jurisprudencia menor:

«Es sabido que para el disfrute de las vacaciones es requisito básico la previa prestación de servicios⁹². No obstante, esta afirmación no debe de interpretarse de maneras literal, ya que determinadas situaciones pueden considerarse asimiladas, es decir, como si se hubiera estado trabajando, al ser las ausencias laborales independientes de la voluntad del trabajador⁹³. El ejemplo más habitual es la concurrencia de Incapacidad Temporal, donde no se exige que se haya desarrollado tal actividad en el año natural de que se trate, para tener derecho a las mismas⁹⁴. Pero también es parangonable con la huelga legal⁹⁵; y/o con un despido posteriormente declarado nulo⁹⁶, o improcedente seguido de readmisión⁹⁷; y/con permisos retribuidos concedidos voluntariamente⁹⁸ por el empleador⁹⁹, y con la situación de los trabajadores que ven «reducido su tiempo de trabajo a cero» por aplicación de un plan social de acompañamiento a un despido colectivo, añadimos nosotros. Pues «en todos estos supuestos la no prestación efectiva de servicios solo puede ser atribuida a la voluntad y conducta unilateral del empresario»¹⁰⁰ y/o a la aplicación de una norma convencional o pacto colectivo.

⁹² SSTS, Sala Cuarta, de 10 de abril de 1990, 30 de abril de 1996 y 13 de febrero de 1997.

⁹³ Al artículo 5.4 del Convenio de la OIT núm. 132, que establece que «en las condiciones que en cada país se determinen por la autoridad competente o por el organismo apropiado, las ausencias del trabajo por motivos independientes de la voluntad de la persona interesada, como enfermedad, accidente o maternidad, serán contadas como parte del periodo de servicios», recurre la STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 24 de abril de 1012.

⁹⁴ STJUE de 24 de enero de 1012, C-282/10.

⁹⁵ STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 22 de mayo de 2007.

⁹⁶ STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 8 de julio de 2008.

⁹⁷ SSTSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 4 de noviembre de 1997, y de Canarias, sede Las Palmas, Sala de lo social, de 17 de abril de 2007.

⁹⁸ STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 20 de julio de 2010.

⁹⁹ STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 24 de abril de 1012.

¹⁰⁰ STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 24 de abril de 1012.

7.2. APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA *PRO RATA TEMPORIS*

Para la aplicación de la cláusula *pro rata temporis* a los trabajadores que ven reducido su tiempo de trabajo a «cero» como consecuencia de la aplicación de un plan social de acompañamiento a un despido colectivo, parte el Tribunal de Justicia de la Unión europea, en la sentencia objeto de comentario, de las siguientes apreciaciones:

- Que «si bien la situación de un trabajador con reducción del tiempo de trabajo a resultas de la aplicación de un plan social (...), se distingue, por tanto, de la del trabajador en incapacidad laboral por razón de enfermedad, es preciso señalar, sin embargo, que la situación del primero de esos trabajadores es comparable a la de un trabajador a tiempo parcial».
- Que «ciertamente, los trabajadores con reducción del tiempo de trabajo disponen, desde el punto de vista formal, de un contrato de trabajo a tiempo completo. Sin embargo, (...) mientras dura la reducción del tiempo de trabajo las obligaciones recíprocas del empresario y del trabajador en materia de prestaciones se suspenden en función de la citada reducción o incluso se suprimen. De ello resulta que los trabajadores con reducción del tiempo de trabajo deben calificarse de "trabajadores provisionalmente a tiempo parcial", ya que su situación es de hecho comparable a la de los trabajadores a tiempo parcial».

Concluyendo la meritada resolución del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que resulta adecuado aplicarles el principio *pro rata temporis* a las condiciones laborales de los «trabajadores provisionalmente a tiempo parcial», pues efectivamente ese principio se aplica a la concesión de las vacaciones anuales por un periodo de trabajo a tiempo parcial, «ya que, para tal periodo, la disminución del derecho a las vacaciones anuales en relación con el concedido por un periodo de trabajo a tiempo completo está justificado por razones objetivas».

No obstante, precisa la sentencia objeto de comentario, el citado principio *pro rata temporis* «no puede aplicarse *ex post* a un derecho a vacaciones anuales adquirido por un periodo de trabajo a jornada completa», pues «no puede deducirse ni de las disposiciones pertinentes de la Directiva 2003/88/CE ni de la cláusula 4, punto 2, del Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial, que una normativa nacional pueda prever, entre los requisitos para la aplicación del derecho a las vacaciones anuales, la pérdida parcial de un derecho a vacaciones adquirido durante un periodo de referencia, no obstante, debe recordarse que esta conclusión se impone únicamente cuando el trabajador no tiene efectivamente la posibilidad de ejercer el citado derecho»¹⁰¹.

¹⁰¹ STJUE de 22 de abril de 2010, Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols y Land Tirol, asunto C-486/08, y que reproduce fielmente la sentencia objeto de comentario, con una pequeña precisión, al indicar que «no puede deducirse de las disposiciones pertinentes de la Directiva 2003/88/CE que una normativa nacional pueda prever, entre los requisitos para la aplicación del derecho a las vacaciones anuales, la pérdida parcial de un derecho a vacaciones adqui-

Concluyendo la sentencia objeto de comentario que es conforme al artículo 31, apartado 2, de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y al artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2003/88/CE el cálculo del derecho a vacaciones anuales retribuidas del «trabajador provisionalmente a tiempo parcial», en cuanto que es un trabajador con reducción del tiempo de trabajo, conforme al principio de *pro rata temporis*. Consecuentemente por el periodo de tiempo en que el tiempo de trabajo ha sido «cero», «cero» también deberá ser el periodo de vacaciones devengado.

VIII. CONCLUSIONES

La sentencia objeto de comentario merece una doble valoración. Por un aparte resulta más que estimable, en cuanto que introduce o descubre la nueva clase del «contrato de trabajo provisionalmente a tiempo parcial», que es una nueva categoría asombrosa desde el punto de su rigor racional, en cuanto que se predica de contratos de trabajo «a tiempo completo que han reducido a cero el tiempo de trabajo». Por otra parte es más que cuestionable en la medida en que, tras destacar las similitudes entre los supuestos de «trabajadores provisionalmente a tiempo parcial» y de «trabajadores incapacitados para trabajar por causa de enfermedad», concluye que ambas situaciones no son asimilables, y aplica el principio *pro rata temporis* para el cálculo de las vacaciones debidas a los «trabajadores provisionalmente a tiempo parcial», lo que razonablemente no hizo, en su día, en relación con los «trabajadores incapacitados para trabajar por causa de enfermedad»¹⁰².

rido durante un periodo de referencia anterior». Precisa la STJUE de 22 de abril de 2010, que «es apropiado aplicar el principio *pro rata temporis*, que se desprende de la cláusula 4, punto 2, del Acuerdo Marco sobre el trabajo a tiempo parcial, a la concesión de las vacaciones anuales por un periodo de trabajo a tiempo parcial. En efecto, para tal periodo, la disminución del derecho a las vacaciones anuales en relación con el concedido por un periodo de trabajo a tiempo completo está justificado por razones objetivas. En cambio, el citado principio no puede aplicarse *ex post* a un derecho de vacaciones anuales adquirido por un periodo de trabajo a jornada completa», y que «la cláusula 4, punto 2, del Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial, que figura en anexo a la Directiva 97/81, en su versión modificada por la Directiva 98/23, ha de interpretarse en el sentido de que es contrario a una disposición nacional (...), según la cual, en caso de modificación de la jornada de trabajo de un empleado, la parte de las vacaciones aún no disfrutadas ha de adaptarse proporcionalmente a la nueva jornada de trabajo, con la consecuencia de que un empleado cuya jornada de trabajo se reduzca de jornada completa a jornada a tiempo parcial ve disminuido su derecho a vacaciones anuales retribuidas adquirido, sin haber tenido la posibilidad de ejercer, durante el tiempo en que trabajó a jornada completa, o bien en adelante solo podrá disfrutar como empleado a tiempo parcial de esas vacaciones con una retribución reducida».

¹⁰² Me remito a mi trabajo «Vacaciones anuales retribuidas e Incapacidad Temporal. (Comentario a la STJCE, Sala Primera, de 10 de noviembre de 2009, Francisco Vicente Pereda y Madrid Movilidad, S.A.)», publicado en esta Revista, núm. 321, diciembre 2009, págs. 77-110.