

CONCILIACIÓN DE LA VIDA LABORAL Y FAMILIAR EN LA REFORMA LABORAL DE 2012

David Montoya Medina

*Profesor Contratado Doctor (Acreditado Titular).
Universidad de Alicante*

EXTRACTO

La reforma de la legislación laboral, acometida por la Ley 3/2012, de 6 de julio, ha afectado a la regulación jurídica de determinados e importantes derechos relacionados con la conciliación de la vida laboral, personal y familiar. El presente trabajo discurre en torno al alcance de las reformas introducidas por el legislador de 2012 en relación con cuatro importantes derechos en este ámbito. Se trata del derecho al permiso y a la reducción de jornada por lactancia del artículo 37.4 del ET, el derecho de reducción de jornada por razones de cuidado de terceros (art. 37.5 ET), el derecho de concreción horaria y determinación del periodo de disfrute de los anteriores derechos (art. 37.6 ET), y, por último, del derecho de vacaciones (art. 38 ET). En términos generales, las novedades introducidas por el texto legal son, ciertamente, relativas en tanto, en la mayoría de las ocasiones, el legislador, bien ha emprendido ligeras mejoras técnicas en las normas, bien ha incorporado criterios de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo y del propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Desde este punto de vista, la reforma, aun sin merecer el calificativo de exhaustiva, pues diversos son todavía aspectos en este ámbito pendientes de revisión, sí que ha contribuido en parte a la seguridad jurídica y ha representado cierta mejora de la regulación preexistente. Sin embargo, en relación con determinados derechos, como ocurre singularmente con el derecho de reducción de jornada del artículo 37.5 del ET, la reforma no ha resultado tan inocua. El legislador, en este sentido, parece haber apostado por la seguridad jurídica a costa de la práctica neutralización de un derecho cuya operatividad, en relación con la satisfacción de las necesidades de conciliación, antes era notoriamente mayor.

Palabras claves: reforma del mercado de trabajo, conciliación de la vida laboral y familiar, reducción de jornada, lactancia y vacaciones.

Fecha de entrada: 20-02-2013 / Fecha de aceptación: 06-03-2013

RECONCILIATION OF WORK AND FAMILY LIFE IN THE 2012 LABOUR MARKET REFORM

David Montoya Medina

ABSTRACT

Labour market reform, carried out by Act 3/2012 Act, of 6 July 6 has affected the legal regulation of certain important rights related to reconciliation of work and family life. This paper focus on the scope of the reforms introduced in 2012 concerning four important rights in this area. The right to leave or to reduce working hours for breastfeeding (art. 37.4 ET), the right to reduce working hours on care responsibilities grounds (art. 37.5 ET), the right to set the timetable and the period for the exercise of these rights (art. 37.6 ET), and, finally, the annual paid holiday (art. 38 ET). Overall, the changes introduced by this Act are minor. In most cases, the legislator has undertaken slight technical improvements in legal regulations or has incorporated the case-law criteria of the Spanish Supreme Court and the EU Court of Justice. From this point of view, the reform, which is not even qualified by the word exhaustive, as many issues in this area still need to be reviewed, has partly contributed to legal certainty and has implied some improvement in the existing regulation. However, for certain rights, such as the right to reduce working hours under article 37.5 ET, the reform has not been so inoffensive. In this respect, the legislator seems to have opted for legal certainty at the expense of the virtual neutralization of a right whose functionality, regarding reconciliation needs, was significantly greater before this legal reform.

Keywords: labour market reform, reconciliation of work and family life, working time reduction, breastfeeding and annual paid leave.

Sumario

1. Planteamiento
2. Los derechos reformados
3. El derecho al permiso y a la reducción de jornada por lactancia de menor de 9 meses
 - 3.1. Supuestos en los que se reconoce el ejercicio del derecho: extensión a la adopción y acogimiento
 - 3.2. Titularidad del ejercicio del derecho al permiso: derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres
4. Derecho a la reducción de jornada por guarda legal / cuidado de menor, incapacitado o familiar impedido
5. El ejercicio del derecho al permiso por lactancia y a la reducción de jornada del artículo 37.5 del Estatuto de los Trabajadores
 - 5.1. La concreción horaria: criterios en la negociación colectiva
 - 5.2. Preaviso de las fechas de inicio y de fin del permiso de lactancia y de la reducción de jornada
6. Las vacaciones anuales: coincidencia con suspensiones por paternidad e incapacidad temporal
 - 6.1. Vacaciones y paternidad
 - 6.2. Vacaciones e incapacidad temporal

1. PLANTEAMIENTO

La trascendente reforma laboral acometida en nuestro país durante el año 2012 tiene diversos puntos de encuentro con sus precedentes legales, esto es, con las reformas aprobadas en el bienio 2010-2011. Ambas han representado, aunque con una intensidad visiblemente diversa, modificaciones importantes del marco jurídico ordenador de las relaciones laborales, aprobadas sin apenas consenso parlamentario, e impulsadas por el Gobierno de turno tras la ruptura de hasta tres procesos de concertación social en este periodo. Asimismo, las líneas maestras de los dos procesos de reforma han sido, esencialmente, las mismas: potenciación de los mecanismos de flexibilidad interna, dulcificación causal y procedimental del despido por causas empresariales, y favorecimiento de la negociación colectiva de empresa.

Las modificaciones operadas por la disposición final primera de la Ley 3/2012, de 6 de julio (anterior RDL 3/2012, de 10 de febrero), en materia de conciliación de la vida laboral y familiar no encajan con nitidez en ninguna de dichas líneas maestras. De aquí que no sorprenda que el tratamiento global que la reforma de 2012 hace de esta materia sea el de una materia menor, residual, circunstancia que resulta apreciable en diversos aspectos.

En primer lugar, por la nula o escasa labor pedagógica que efectúa la exposición de motivos de la Ley 3/2012 para explicar lo reformado en este ámbito. La exposición de motivos se limita a anunciar que la reforma precisa «las condiciones de disfrute de determinados supuestos de permisos de los trabajadores en materia de conciliación de vida laboral y familiar», pero no se dice nada más para explicar el sentido o fundamento de dicha reforma.

En segundo lugar, no debe pasar por alto el hecho de que la regulación de esta materia se condensa en la lejana disposición adicional primera y no dentro del articulado de la Ley 3/2012, circunstancia formal que, de alguna manera, permite corroborar el papel residual que para el legislador ocupa esta materia dentro del conjunto de la reforma.

Por último, la simple consulta de los preceptos legales modificados y del texto de la modificación permite constatar que lo reformado en este ámbito ha sido cuantitativa y cualitativamente escaso. Por un lado, son pocos los derechos de conciliación a los que ha afectado la reforma. Se trata, principalmente, de cuatro: el derecho al permiso y reducción de jornada por lactancia (art. 37.4 ET), el derecho de reducción de jornada por guarda legal de menor de 8 años, discapacitado o cuidado directo de un familiar (art. 37.5 ET), el derecho de concreción horaria y determinación del periodo de disfrute de los anteriores derechos (art. 37.6 ET), y, por último, las vacaciones (art. 38 ET).

Por otro lado, si bien se mira, las modificaciones operadas sobre estos derechos no representan una revisión en su totalidad de su régimen jurídico sino que afectan solo a determinados aspectos muy puntuales. La reforma se limita, en términos generales, a incorporar criterios que ya venían siendo observados por la jurisprudencia, en unos casos, y, en otros, a precisar mínimamente los términos para el ejercicio de determinados derechos. Desde este punto de vista, los cambios normativos representan poca novedad.

Además, aparte de estos derechos cuyo régimen jurídico se ha modificado levemente, la Ley 3/2012 ha introducido un par de previsiones programáticas, de contenido muy difuso, relacionadas con la promoción de fórmulas flexibles de organización del tiempo de trabajo (nuevo párrafo 2.º del art. 34.8 ET) y la promoción de la racionalización de los horarios de trabajo (disp. adic. 17.ª Ley 3/2012)¹, con el fin, en ambos casos, de favorecer la atención a las necesidades de conciliación. Se trata, como se ha dicho, de medidas programáticas, de momento sin contenido normativo, cuyo desarrollo la ley ha dejado a la iniciativa de la negociación colectiva (en el caso de la organización flexible del trabajo a la que se refiere el nuevo párrafo 2.º del art. 34.8 ET) y a la propia acción del Gobierno (al que la disp. adic. 17.ª ha dado un plazo de tres meses para la adopción de dichas medidas de racionalización de los horarios). Conviene adelantar aquí que estas previsiones no serán objeto de mayores comentarios en este estudio, dado el escaso contenido regulador de los preceptos legales que las han introducido.

Ese tratamiento residual que recibe la materia de la conciliación contrasta con el carácter de exhaustividad que se ha pretendido atribuir la reforma y que bien refleja la exposición de motivos de la Ley 3/2012 que la califica de «completa y equilibrada». También la escasa importancia que se ha dado al tema de la conciliación contrasta con el hecho de que la exposición de motivos ponga el acento en el objetivo de la estabilidad en el empleo al expresar, en dos párrafos seguidos, que la reforma «trata de garantizar... la seguridad de los trabajadores en el empleo» y que persigue establecer «un marco claro... que facilite... la estabilidad en el empleo que necesita nuestro país». Con semejantes propósitos, y dada la vocación de exhaustividad que la ley se autoatribuye, no hubiese sorprendido una revisión más profunda de la actual regulación de los derechos laborales concernientes a la conciliación. Con las pocas modificaciones introducidas por la reforma de 2012, el legislador parece olvidar que detrás de una buena parte de las decisiones tomadas por los trabajadores (particularmente de las trabajadoras) de abandonar o interrumpir sus carreras profesionales está la imposibilidad de atender debidamente a las responsabilidades familiares ante la insuficiencia de las soluciones ofrecidas por el vigente marco legal.

¹ Ambas previsiones no se encontraban en el texto del Real Decreto-ley 3/2012. Sin embargo, fueron incorporadas a la Ley 3/2012, de 6 de julio, como consecuencia de las enmiendas transaccionales aprobadas tras la tramitación de la norma gubernamental como proyecto de ley.

2. LOS DERECHOS REFORMADOS

Como se ha adelantado, son cuatro los derechos objeto de reforma por la disposición final 1.^a de la Ley 3/2012: el derecho al permiso y a la reducción de jornada por lactancia de menor de 9 meses (art. 37.4 ET); el derecho de reducción de jornada por guarda legal de menor de 8 años, de discapacitado que no desempeñe actividad retribuida, y por cuidado de familiar impedido, hasta el segundo grado por consanguinidad o afinidad, que no desempeñe actividad retribuida (art. 37.5 ET); el derecho a la concreción horaria y a la determinación del periodo de disfrute de los anteriores derechos (art. 37.6 ET); y el derecho de vacaciones anuales (art. 38 ET).

Salvo el del artículo 37.6 del ET², se trata el resto de derechos muy clásicos³. Desde que nacieron, han mantenido prácticamente su esencia inalterada, pese a haber sufrido diversas reformas, particularmente, las introducidas por la Ley 39/1999, *para promover la conciliación de la vida familiar y laboral* y por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, *para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*. La reforma de 2012 continúa esa tónica de no alterar sustancialmente estos derechos, siendo, sin embargo, más agresiva, como se verá en estas páginas, en el derecho a la reducción de jornada por guarda legal o cuidado de familiares.

3. EL DERECHO AL PERMISO Y A LA REDUCCIÓN DE JORNADA POR LACTANCIA DE MENOR DE 9 MESES

Como es sabido, el artículo 37.4 del ET venía reconociendo a las trabajadoras el derecho a un permiso de una hora de ausencia del trabajo, fraccionable en dos, para la atención de la lactancia de un menor de 9 meses. El permiso se incrementa proporcionalmente en caso de parto múltiple y la trabajadora, por su voluntad, podía sustituir este derecho por una reducción de su jornada en media hora. También puede acumularlo en jornadas completas, conforme a lo previsto en la negociación colectiva o en el acuerdo al que llegue con el empresario.

Pues bien, la reforma 2012 ha afectado a los supuestos en los que corresponde el ejercicio de este derecho y su titularidad.

² Derecho introducido en nuestro ordenamiento jurídico por el artículo segundo.3 de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, *para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras*.

³ El vigente permiso de lactancia tiene como antecedente remoto el permiso de una hora, para tal fin, instaurado por el artículo 9.2 de la Ley, de 13 de marzo de 1900, sobre protección de las mujeres y niños en el trabajo (Gaceta de Madrid núm. 73, de 14 de marzo). La reducción de jornada por guarda legal de menor se remonta al artículo 25.6 de la Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales, y el derecho de vacaciones anuales, al artículo 56 de la Ley, de 21 de noviembre de 1931, de Contrato de Trabajo (reconocía un derecho a un permiso ininterrumpido de 7 días por año de contrato) y al artículo 2 del Convenio núm. 52 OIT, de 1936 (reconocía un derecho de vacaciones de, al menos, 6 días laborables tras 1 año de servicios continuados).

3.1. SUPUESTOS EN LOS QUE SE RECONOCE EL EJERCICIO DEL DERECHO: EXTENSIÓN A LA ADOPCIÓN Y ACOGIMIENTO

En cuanto a los supuestos en los que puede ejercitarse este derecho, la anterior redacción del artículo 37.4 del ET no era un ejemplo de claridad, pero parecía estar pensando exclusivamente en los casos de filiación natural, pues mencionaba expresamente el parto al referirse al parto múltiple, con lo que quedaban fuera del tenor literal de la norma los supuestos de adopción y acogimiento. Ello no obstante, el precepto debía entenderse también aplicable analógicamente a estos supuestos⁴, pues el artículo 39.2 de la CE encomienda a los poderes públicos la protección integral de los hijos a los que reconoce iguales ante la ley con independencia de su filiación, y el artículo 108 del CC equipara en efectos la filiación por naturaleza y la filiación por adopción. En coherencia con dichas previsiones, la exclusión de la filiación no natural y del acogimiento del radio de acción del precepto representaba un tratamiento discriminatorio en la ley, por razón de nacimiento, contrario al artículo 14 de la CE.

La reforma operada por la Ley 3/2012 deja ahora claro que el derecho se debe reconocer tanto en los supuestos de nacimiento como en los de adopción y acogimiento, también los de carácter múltiple. Desde luego, merece una valoración positiva el hecho de que el artículo 37.4 del ET se haya modificado para colmar una laguna tan evidente. Ello, al margen de que, como se ha dicho, existían suficientes fundamentos legales como para considerar incluidos estos supuestos dentro de la dicción anterior del precepto.

3.2. TITULARIDAD DEL EJERCICIO DEL DERECHO AL PERMISO: DERECHO INDIVIDUAL DE LOS TRABAJADORES, HOMBRES O MUJERES

Probablemente el aspecto relacionado con la titularidad del ejercicio del derecho al permiso o reducción de jornada por lactancia sea el más relevante de lo reformado en torno al mismo. Como es sabido, la redacción del precepto, anterior a la reforma de 2012, atribuía exclusivamente su titularidad a la madre del lactante. Desde luego, permitía también su ejercicio al padre pero ello era solamente posible en el caso de que ambos trabajasen por cuenta ajena y la madre le cediese el disfrute del derecho pues la norma dejaba claro que la titularidad del derecho correspondía a la mujer trabajadora al atribuir literalmente el derecho a «las trabajadoras».

El resultado de semejante regulación era evidente: el progenitor varón no podía ejercitar ese derecho cuando la mujer no lo ostentase por no ser trabajadora por cuenta ajena, ya sea por

⁴ Así lo reconoció tempranamente un sector de la doctrina. *Cfr.*, por todos, SEMPERE NAVARRO, A. V.: «La Ley 3/1989, sobre maternidad e igualdad de trato de la mujer trabajadora», *Relaciones Laborales*, núm. 13, 1989, pág. 94. SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.: «Los permisos retribuidos del trabajador (Régimen jurídico de las interrupciones no periódicas preavisadas y justificadas del contrato de trabajo)», *Aranzadi*, 1998, pág. 193.

estar desempleada o por ser trabajadora autónoma. Tampoco podía ejercitarlo en el supuesto de constituir una familia monoparental. Algunos convenios corregían dicha limitación atribuyendo también el derecho al padre⁵, pudiendo este, por tanto, ejercitarlo cuando la madre fuese trabajadora autónoma. Sin embargo, salvo previsión convencional en ese sentido, la regla general marcada por la ley era la de dejar al padre fuera del ejercicio del derecho si la madre, titular del mismo, no trabajaba por cuenta ajena⁶.

Dicha regulación constituía una clarísima discriminación en la ley por razón de sexo. Así fue apreciado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en su Sentencia de 30 de septiembre de 2010 (asunto C-104/09, *Roca Álvarez* –NSJ035945–) en el que se planteó si la regulación española era contraria a la Directiva 76/207/CEE, *relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres*, y el TJUE dijo que, efectivamente, sí lo era. Añadió, además, el TJUE que una regulación como la española perpetuaba la tradicional asignación de roles entre hombre y mujer en las tareas de cuidado de los hijos que sitúa al varón en una posición subsidiaria respecto de dichos deberes de cuidado y que perjudica a las mujeres que se ven obligadas a dejar o interrumpir sus carreras profesionales por tales motivos.

La reforma 2012 ha sido sensible a esta jurisprudencia, que ya venía siendo aplicada por la doctrina judicial posterior al fallo del TJUE⁷ y que también sintonizaba con algunas posiciones doctrinales coetáneas⁸. En consecuencia, la ley atribuye ahora indistintamente a ambos progenitores la titularidad del derecho con independencia de su sexo. Eso sí, asimismo, ha mantenido la limitación a su ejercicio a uno de ellos en caso de que ambos trabajen.

⁵ Es el caso del artículo 133 de la normativa laboral de Telefónica de España, SAU, en concordancia con el artículo 8.3 de su convenio colectivo para los años 2011-2013 (Resolución de la Dirección General de Trabajo de 19 de julio de 2011, BOE de 4 de agosto). Sobre su aplicación en este ámbito, *cf.* las SSTSJ de Navarra, de 15 de diciembre de 2003 (rec. núm. 196/2003), de la Comunidad Valenciana, de 23 de mayo de 2006 (rec. núm. 4135/2005), y de Madrid, de 10 de octubre de 2008 (rec. núm. 4027/2008).

⁶ Así lo venía reconociendo la jurisprudencia. *Cfr.* STS de 7 de abril de 2005 (rec. núm. 430/2004). Si bien no faltaron pronunciamientos posteriores en suplicación, proclives al reconocimiento, *ex lege*, del derecho a ambos progenitores. *Cfr.* SSTSJ de Madrid, de 10 de octubre de 2008 (rec. núm. 4027/2008) y de Canarias, de 11 de diciembre de 2009 (rec. núm. 1332/2006).

⁷ SSTSJ del País Vasco, de 20 de diciembre de 2011 (rec. núm. 2616/2011) y de 4 de octubre de 2011 (rec. núm. 2005/2011 –NSJ045010–), y de Galicia, de 12 de noviembre de 2010 (rec. núm. 5429/2005).

⁸ GARCÍA RUBIO, M.^a A. y LÓPEZ BALAGUER, M.: «Conciliación de la vida laboral y familiar: propuestas a favor de la corresponsabilidad de mujeres y hombres», en CAMPS RUIZ, L. M.; RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M. y SALA FRANCO, T. (dirs.): *Crisis, reforma y futuro del Derecho del Trabajo*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, pág. 258. CORDERO GORDILLO, V.: «Los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral en el ordenamiento jurídico español», en AZCÁRRAGA MONSONIS, C. (dir): *Derecho y (des)igualdad por razón de género: una visión multidisciplinar*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, pág. 154.

4. DERECHO A LA REDUCCIÓN DE JORNADA POR GUARDA LEGAL / CUIDADO DE MENOR, INCAPACITADO O FAMILIAR IMPEDIDO

La reforma introducida por la Ley 3/2012 en el derecho a la reducción de jornada por guarda legal o cuidado de menor de 8 años, discapacitado o familiar impedido es, a mi modo de ver, la de mayor repercusión de todas las efectuadas en este ámbito y eso que el precepto que lo regula (el art. 37.5 ET) permanece inalterado y solamente se ha modificado para introducir la palabra «diaria»⁹. La jornada a la que se refiere la reducción ahora debe ser la jornada diaria.

Como es sabido, el artículo 37.5 del ET viene reconociendo al trabajador que tiene a su cargo un menor de 8 años, un discapacitado o un familiar impedido que no desempeñen actividad retribuida un derecho de reducción de jornada entre un octavo y la mitad de su duración. Con anterioridad a la reforma de 2012, nada se decía, sin embargo, sobre el alcance objetivo de este derecho. Y es que la dicción del artículo 37.6 del ET en el sentido de que «la concreción horaria y la determinación del periodo de disfrute» de este derecho «corresponderá al trabajador, dentro de su jornada ordinaria», no resultaba muy esclarecedora a estos efectos.

La anterior regulación del derecho de reducción de jornada venía planteando, básicamente, dos interrogantes sobre los que no ha existido una postura inconcusa en los tribunales de justicia. Por una parte, se ha planteado si el reconocimiento y ejercicio de dicho derecho comprendía también el derecho a modificaciones cualitativas de la jornada, esto es, alteraciones en la organización del horario de tal forma que, por ejemplo, si el trabajador prestaba servicios en régimen de turnos rotatorios podía solicitar la adscripción a un turno fijo o, si trabajaba en régimen de jornada partida, podía pasar a prestar servicios en régimen de jornada continuada.

En un primer estadio, tanto la sala de lo social de la Audiencia Nacional como la del Tribunal Supremo se pronunciaron favorablemente en torno a esta hipótesis en supuestos en los que el trabajador solicitaba cambios en su régimen de trabajo a turnos¹⁰. Tampoco han faltado, en el mismo sentido, pronunciamientos en suplicación¹¹.

⁹ La reforma de este derecho hubiese sido una buena ocasión para mejorar otras cuestiones pendientes como la elevación del límite de edad del menor objeto de cuidado de 8 a 12 años. Dicho límite mayor es el fijado en el derecho de reducción de jornada establecido del artículo 48 h) de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, y viene siendo reclamado por la doctrina. *Cfr.* GARCÍA TESTAL, E. y LÓPEZ BALAGUER, M.: «Los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar en la empresa», Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, pág. 111. SALA FRANCO, T. y BALLESTER PASTOR, M.^a A.: *Reducción y adaptación de la jornada por conciliación*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, pág. 33. CORDERO GORDILLO, V.: «Los derechos de conciliación...», ob. cit., págs. 148 y 149.

¹⁰ SAN de 28 febrero de 2005 (proc. núm. 157/2004 –NSJ043598–). STS de 20 julio de 2000 (rec. núm. 3799/1999).

¹¹ SSTSJ de Galicia, de 5 de noviembre de 2010 (rec. núm. 2093/2010), de Aragón de 21 de mayo de 2009 (rec. núm. 316/2009 –NSJ028715–), de Madrid, de 7 de septiembre de 1999 (rec. núm. 1201/1999 –NSJ007272–), de 12 de noviembre de 2008 (rec. núm. 2991/2008 –NSJ028581–), de 6 de marzo de 2009 (rec. núm. 4779/2008) y de 17 de marzo de 2009 (rec. núm. 5598/2008).

Sin embargo, con posterioridad, la doctrina unificadora del Tribunal Supremo mantuvo el criterio de que el derecho de reducción de jornada del artículo 37.5 del ET no aglutina al tiempo un pretendido derecho del trabajador a la alteración del horario o del sistema de trabajo a turnos, en tanto dichos cambios representan una alteración cualitativa de la organización del tiempo de trabajo en la empresa, no comprendida en el ámbito objetivo del precepto¹². Como es sabido, dichas pretensiones deben canalizarse al amparo del artículo 34.8 del ET y con sujeción a los límites establecidos en el mismo.

Mayor interés reviste, por lo que aquí concierne, el segundo interrogante que ha venido planteando la interpretación del alcance objetivo del derecho de reducción de jornada del artículo 37.5 del ET y que se refiere, concretamente, al tipo de jornada respecto de la que podía operar dicha reducción. El problema que el precepto no resolvía era si la reducción de jornada podía operar sobre módulos superiores al diario (semanal, mensual o, incluso, anual) pues, como se ha dicho, el precepto se limitaba a posibilitar el ejercicio del derecho en torno a la «jornada ordinaria» del trabajador. Una respuesta afirmativa suponía que bajo aquella regulación el trabajador podía ejercitar su derecho de reducción de jornada concentrando su actividad laboral determinados días de la semana (librando los sábados, por ejemplo) o, incluso, del año (para permitir al trabajador, por ejemplo, la ausencia del trabajo durante el periodo correspondiente a las vacaciones escolares de sus hijos).

Si bien la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional pareció admitir esta posibilidad, aunque no directamente sino de forma implícita¹³, no ha podido reflejarse una posición unitaria en la jurisdicción social ya que la tónica general ha sido el dictado de fallos de signo opuesto tanto en los juzgados de lo social como en la doctrina en suplicación¹⁴.

Pese a este titubeo en sede judicial, a mi juicio, no han faltado argumentos para sostener una interpretación favorecedora de esta posibilidad. Por una parte, desde un punto de vista de interpretación literal de la norma, no debe existir reparo en entender que puede tener cabida en

¹² SSTS u.d., de 13 de junio de 2008 (rec. núm. 897/2007 –NSJ028889–) y de 18 de junio de 2008 (rec. núm. 1625/2007 –NSJ026425–). En el mismo sentido, *cf.* STSJ de Madrid, de 29 marzo de 2006 (rec. núm. 510/2006) y de 15 de octubre de 2010 (rec. núm. 817/2010).

¹³ SAN de 8 de febrero de 2007 (proc. núm. 189/2007), que reconoció el derecho de los trabajadores con jornada reducida a verse dispensados del trabajo en domingos y festivos, entre las 22 y las 24 horas, para la preparación de balance y ventas especiales.

¹⁴ Han admitido la reducción de jornada en cómputo superior al diario, entre otras, las SSTSJ de la Comunidad Valenciana, de 27 de septiembre 2000 (rec. núm. 3433/1999), Juzgado de lo Social núm. 16 de Madrid, de 7 de julio de 2008 (proc. núm. 420/2008), Juzgado de lo Social núm. 25 de Madrid, de 19 de junio 2008 (proc. núm. 232/2008), Juzgado núm. 34 de Madrid, de 7 de marzo de 2006 (proc. núm. 16/2006) y Juzgado de lo Social núm. 31 de Madrid, de 17 de marzo de 2005 (proc. núm. 218/2005). En cambio, rechazaron esta interpretación las SSTSJ de la Comunidad Valenciana de 22 noviembre de 2005 (rec. núm. 1116/2005 –NSJ021200–), de Andalucía de 22 marzo de 2002 (rec. núm. 2194/2001 –NSJ012175–), Juzgado de lo Social núm. 4 de Sevilla, de 30 de noviembre de 2007 (proc. núm. 633/2007) y Juzgado de lo Social núm. 2 de Pamplona, de 22 de diciembre de 2004 (proc. núm. 610/2004).

la dicción «jornada ordinaria» del artículo 37.6 del ET la jornada computada en unidades temporales superiores a la diaria, pues en nuestro ordenamiento jurídico tan ordinaria es la jornada diaria como la jornada semanal, mensual o anual. Dicha constatación, unida al hecho de que el artículo 37.6 del ET atribuya al trabajador «la concreción horaria y la determinación del periodo de disfrute» de la reducción de jornada, permitía interpretar que el derecho podía ejercitarse por el trabajador a modo de bufé escandinavo: este es quien decidía, atendiendo a sus concretas necesidades de conciliación, si aplicaba la reducción de jornada sobre su jornada diaria, semanal, mensual o anual. Por otra parte, desde el prisma de la interpretación teleológica de la norma, dicha solución es la que mejor encaja con la satisfacción de los problemas de conciliación a la que aspira el reconocimiento legal de este derecho de reducción de jornada. Repárese en que, como ya ha señalado la doctrina, en muchas ocasiones, la atención a determinadas necesidades de conciliación no se puede satisfacer debidamente con una mera reducción de la jornada diaria sino con periodos de ausencia más amplios que permitan articular debidamente el tiempo de trabajo con las responsabilidades de cuidado¹⁵.

Como se ha adelantado al inicio de este epígrafe, la reforma 2012 ha introducido un cambio muy significativo en el derecho de reducción de jornada del artículo 37.5 ET al circunscribir claramente su ejercicio a la jornada diaria. De esta manera, cierra de raíz la anterior interpretación flexible de este derecho, favorable a su ejercicio sobre parámetros temporales superiores al diario, y pone fin, de paso, al aludido debate interpretativo en sede judicial. Por «jornada ordinaria» debe entenderse, pues, a efectos del ejercicio del derecho del artículo 37.5 del ET, la «jornada diaria».

Así las cosas, la reforma, por una parte, ha resuelto el problema de qué debe entenderse por jornada a efectos de reducción, pero, por otra, en cierta forma ha creado otro de todavía mayor envergadura. Es evidente que la modificación proporciona seguridad jurídica y minora el impacto que el ejercicio de este derecho puede tener en la organización del personal en la empresa, sobre todo cuando es ejercitado simultánea o sucesivamente por varios trabajadores que pretenden atender, de manera diversa, diferentes necesidades de conciliación. Sin embargo, por otra parte, la modificación no deja de ser una clarísima restricción a las opciones que, hasta el momento, tenían los trabajadores para articular su tiempo de trabajo con la atención a sus específicas responsabilidades de cuidado de familiares o discapacitados.

Así pues, desde mi punto de vista, el derecho de reducción de jornada del artículo 37.5 del ET pierde, en gran parte, su esencia con la reforma a cuya resultas queda desdibujado. Ello posiblemente determinará que buena parte de las solicitudes de reducción de jornada por motivos de conciliación se pretendan canalizar por otros cauces en nuestro ordenamiento jurídico cuando al

¹⁵ SALA FRANCO, T. y BALLESTER PASTOR, M.^a A.: *Reducción y adaptación de la jornada por conciliación*, ob. cit. págs. 19 y 20. HERRAIZ MARTÍN, M.^a S.: «El Real Decreto-Ley 3/2012: luces y sombras en materia de conciliación de la vida laboral y familiar», en GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J.R.: *Reforma laboral 2012. Análisis práctico*, Valladolid: Lex Nova, 2012, pág. 281.

trabajador no le baste con una reducción de su jornada diaria para atender a sus particulares responsabilidades de cuidado. Es el caso del derecho a la adaptación de la duración y distribución de la jornada del artículo 34.8 del ET o de la excedencia por razones familiares del artículo 46.3 del ET. Adviértase, no obstante, que el Tribunal Supremo¹⁶, aunque *obiter dicta*, y, después, la doctrina judicial¹⁷ han venido reconociendo al primero de los derechos señalados una operatividad menor que la que podía tener el del artículo 37.5 del ET antes de la reforma. Dichos pronunciamientos apuestan por una interpretación estricta y literal del artículo 34.8 del ET, conforme a la cual, el ejercicio del derecho que dicho precepto instaura se debe sujetar, en todo caso, a los términos establecidos en la negociación colectiva o en el acuerdo al que llegue el trabajador con el empresario. Así pues, en defecto de regulación en pacto individual o colectivo, el derecho queda, para nuestros tribunales, vacío de contenido¹⁸.

Apuntados los efectos de la modificación introducida en el derecho de reducción de jornada del artículo 37.5 del ET, es interesante, a continuación, dar cuenta aquí de un par de cuestiones problemáticas que también suscita la reforma operada sobre este derecho y que ya han sido apuntadas por los primeros comentaristas de su nueva regulación¹⁹.

La primera cuestión concierne a la naturaleza de la regla que impone que la reducción de jornada opere sobre la jornada diaria. ¿Se trata de una regla de derecho necesario o derecho dispositivo, de tal forma que podría ser modificada por convenio colectivo o acuerdo individual? Hay que decir de entrada que, desde mi punto de vista, no hubiera estado de más que el legislador hubiese atribuido expresamente carácter dispositivo a dicha prescripción legal, autorizando al convenio colectivo a dulcificar una regla que se antoja rígida en exceso para servir a los objetivos de conciliación que inspiró su inicial instauración en la legislación laboral. Tal y como está redactado el precepto, parece que legislador no ha querido permitir esta posibilidad. Sobre todo si se pondera que el apartado siguiente de la norma (art. 37.6 ET) sí permite expresamente al convenio colectivo instaurar un plazo alternativo al de 15 días que se establece para el preaviso necesario para el ejercicio y dejación de este derecho.

¹⁶ Cfr. las ya citadas SSTs u.d. de 13 de junio de 2008 (rec. núm. 897/2007 –NSJ028889–) y de 18 de junio de 2008 (rec. núm. 1625/2007 –NSJ026425–).

¹⁷ SSTSJ de Cataluña, de 17 de octubre de 2011 (rec. núm. 2790/2011 –NSJ042389–), de Madrid, de 2 de marzo de 2010 (rec. núm. 5855/2009), de Asturias, de 18 de diciembre de 2009 (rec. núm. 2738/2009) y de Castilla-La Mancha, de 3 de diciembre de 2008 (rec. núm. 32/2008 –NSJ028200–).

¹⁸ La mayoría de la doctrina, sin embargo, ha reconocido la plena efectividad directa del derecho. Cfr., por todos, SALA FRANCO, T. y BALLESTER PASTOR, M.^a A.: *Reducción y adaptación de la jornada por conciliación*, ob. cit. págs. 52 y 53. En contra, GARCÍA TESTAL, E. y LÓPEZ BALAGUER, M.: *Los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar en la empresa*, ob. cit., págs. 88 y 89.

¹⁹ SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.: «Ampliación y restricción de derechos sobre conciliación de vida familiar y laboral en la reforma de 2012», comunicación al *XXII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, San Sebastián, 2012, pág. 8.

La segunda cuestión anunciada concierne al grado de retroactividad de la nueva regulación que impone que la reducción opere sobre la jornada diaria: ¿podría, por hipótesis, afectar a aquellos trabajadores que en el momento de entrada en vigor del Real Decreto-ley 3/2012 estuvieran disfrutando de una reducción de jornada del artículo 37.5 del ET? Todo apunta a que debe darse a esta cuestión una respuesta negativa en tanto dicha aplicación eventual de la norma a relaciones jurídicas ya constituidas y sobre derechos ya reconocidos y en ejecución representaría una retroactividad de grado máximo, no respetuosa con el artículo 9.3 de la CE (garantía de irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales) ni con el artículo 2.3 del CC (regla de la irretroactividad de las disposiciones legales salvo que dispusieren lo contrario).

5. EL EJERCICIO DEL DERECHO AL PERMISO POR LACTANCIA Y A LA REDUCCIÓN DE JORNADA DEL ARTÍCULO 37.5 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES

Una tercera cuestión sobre la que merece detenerse concierne al ejercicio del derecho al permiso o reducción de jornada por lactancia y del derecho de reducción de jornada del artículo 37.5 del ET. La reforma 2012 ha introducido un par de novedades dignas de reseña en este ámbito con el fin de precisar más los términos del ejercicio de estos derechos, consciente el legislador de su elevada litigiosidad. Una de las novedades introducidas por la reforma concierne al papel que el convenio colectivo pudiera, eventualmente, jugar para establecer criterios de concreción horaria en el ejercicio de estos derechos. Otra, representa una regulación ligeramente más completa de lo relacionado con el preaviso que debe observar el trabajador, respecto del empresario, cuando pretenda disfrutar de alguno de estos derechos, o bien poner fin a su ejercicio.

5.1. LA CONCRECIÓN HORARIA: CRITERIOS EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

El artículo 37.6 del ET ya establecía antes de la reforma de 2012, y sigue estableciendo ahora, que corresponde al trabajador «la concreción horaria y la determinación del periodo de duración del disfrute» del permiso de lactancia y de la reducción de jornada del artículo 37.5 del ET.

La novedad es que ahora el precepto llama a los convenios colectivos para que, no obstante, establezcan criterios para la concreción horaria en el ejercicio de esos derechos. Y los criterios de concreción horaria deben establecerse «en atención a los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral del trabajador y las necesidades productivas y organizativas de las empresas».

Parece que la norma pretende hacer algo parecido a lo que ya hace el vigente artículo 23 del ET, que llama a la negociación colectiva para el establecimiento de criterios para la adaptación de la jornada del trabajador que realice estudios académicos o profesionales.

Probablemente el legislador esté pensando en fórmulas como las típicas preferencias para elegir franja horaria para el trabajo o para la adscripción a un determinado turno, de las que podrían beneficiarse los trabajadores con responsabilidades acreditadas de conciliación, respecto del resto de trabajadores, particularmente de aquellos contratados, específicamente, para cubrir un turno vacante en la empresa. De hecho, algunos convenios colectivos vigentes ya ofrecen puntuales muestras de este tipo de regulaciones²⁰.

Con todo, habrá que ver si la negociación colectiva se anima a responder a la llamada legal pues lo cierto es que, hasta la fecha, se ha mostrado excesivamente tímida en el desarrollo de los derechos de conciliación²¹. Y si se anima, sin duda alguna habrá que examinar puntillosamente los criterios establecidos por el convenio colectivo pues la remisión legal en modo alguno puede representar, so pena de nulidad, una restricción convencional al ejercicio de estos derechos de los trabajadores en beneficio de las necesidades organizativas y productivas de las empresas a las que alude ahora la norma²². Abona lo dicho la doctrina que viene trazando el Tribunal Constitucional en esta materia. Dicha instancia judicial, en más de una ocasión, ya ha puesto de relieve la relevancia constitucional de estos derechos por su entronque con el derecho a la no discriminación del artículo 14 de la CE y el mandato de protección a la familia y la infancia del artículo 39 de la CE²³.

²⁰ *Cfr.* por ejemplo, el artículo 42 apartados a) y b) del Convenio Colectivo de Aldeasa, SA (aprobado por Resolución de 8 de febrero de 2012, BOE de 23 de febrero de 2012).

²¹ Tal y como el autor de este trabajo tuvo la ocasión de corroborar con ocasión del estudio emprendido en el marco del proyecto de investigación «Mejoras convencionales en la regulación de la jornada de trabajo con motivo de la maternidad o paternidad de los trabajadores. Análisis de los convenios colectivos de empresa de ámbito nacional», Ministerio de Trabajo e Inmigración. *Cfr.* texto completo en <http://www.seg-social.es/prdi00/groups/public/documents/binario/129741.pdf>.

²² Precisamente la SAN de 15 de febrero de 2010 (proc. núm. 2/2010 –NSJ033759–), confirmada en unificación de doctrina por la STS 21 de marzo de 2011 (rec. núm. 54/2010 –NSJ041607–), declaró la nulidad del apartado c) del artículo 42 del Convenio Colectivo de Aldeasa (aquí ya citado), regulador del derecho de reducción de jornada por guarda legal, en tanto establecía un derecho de preferencia para la elección de turno que restringía los términos del artículo 37.5 del ET:

1. Se reconocía dicha preferencia solamente respecto de los hijos menores de 4 años, sin mencionar a los menores de 8 años ni a los discapacitados o a los familiares impedidos.
2. La reducción de jornada debía ser de al menos 1/5 de su duración y no de un 1/8.
3. El centro de trabajo en el que se encontrase el trabajador debía tener una plantilla media de más de 75 trabajadores.
4. El número de trabajadores que ejercitaran el derecho no podía superar el 3% del total de la plantilla del centro de trabajo.

²³ SSTC 3/2007, de 15 de enero (NSJ041607), 24/2011 (NCJ054614) y 26/2011 (NCJ054616), de 14 de marzo. Sobre el alcance de esta doctrina constitucional, *cfr.* MONTÓYA MEDINA, D.: «Dimensión constitucional de los derechos de conciliación de la vida laboral, personal y familiar», *Aranzadi Social*, núm. 4, 2011, págs. 265 a 282.

5.2. PREAVISO DE LAS FECHAS DE INICIO Y DE FIN DEL PERMISO DE LACTANCIA Y DE LA REDUCCIÓN DE JORNADA

Como es sabido, antes de la reforma de 2012, el artículo 37.6 del ET exigía al trabajador que estuviese disfrutando de un permiso o reducción de jornada por lactancia o de una reducción de jornada del artículo 37.5 del ET, preavisar al empresario, con 15 días de antelación, de la fecha en la que pondría fin al ejercicio de semejantes derechos.

La reforma ha completado dicha escueta regulación con diversas previsiones que refuerzan la seguridad jurídica que debe caracterizar la regulación de estos derechos dada la importancia de los intereses en juego. Ahora la previsión se completa con la obligación de preavisar, también con 15 días, la fecha de inicio del permiso o reducción de jornada. Dicho plazo es disponible por el convenio colectivo y puede ser dispensado en caso de fuerza mayor. La previsión de un plazo de preaviso tanto para el disfrute del derecho como para su dejación constituye una previsión del todo lógica que persigue minorar el impacto negativo que en la organización empresarial puede tener el ejercicio o cese repentino de estos derechos por los trabajadores²⁴.

Nada se dice sobre el incumplimiento de dicho plazo de preaviso. Desde luego no se puede decir que el incumplimiento estricto del plazo, sobre todo, por escasos días de diferencia, impida al trabajador el ejercicio del derecho. Adviértase, en este sentido, que la posible dispensa del preaviso que se establece para los supuestos de fuerza mayor invita a hacer una interpretación flexible de dicha cautela formal. Podría, incluso, decirse que dicha conclusión era algo también predicable durante la vigencia de la regulación anterior pese a que, esta, como se sabe, no hacía referencia alguna a la fuerza mayor. Desde luego, en todo caso habrá que estar a las circunstancias del supuesto concreto, examinadas a la luz de las exigencias del deber de buena fe [art. 5 a) ET] y del límite del abuso del derecho y del ejercicio antisocial del mismo (art. 7.2 CC).

Tampoco dice nada el precepto sobre la posibilidad del trabajador de modificar la fecha de inicio o fin del ejercicio de estos derechos, o, en su caso, de ambas. A mi juicio, nada habría que objetar a dicha posibilidad siempre que se observe el plazo de preaviso y el derecho se ejercite conforme a las anteriores exigencias de la buena fe y el no abuso del derecho.

²⁴ alguna posición en la doctrina, sin embargo, lo ha considerado una «rigidez más» de esta institución jurídica. Cfr. HERRAIZ MARTÍN, M.^ª S.: «El Real Decreto-Ley 3/2012: luces y sombras en materia de conciliación de la vida laboral y familiar», ob. cit., pág. 275.

6. LAS VACACIONES ANUALES: COINCIDENCIA CON SUSPENSIONES POR PATERNIDAD E INCAPACIDAD TEMPORAL

La Ley 3/2012 ha introducido dos modificaciones en el régimen jurídico de las vacaciones anuales, en relación con los supuestos en que el periodo asignado para su disfrute coincide con la suspensión del contrato por paternidad o por incapacidad temporal.

Con todo, las novedades son muy relativas pues la reforma se ha limitado a incorporar en la norma criterios que ya venían siendo observados por la jurisprudencia. Si acaso, como se verá a continuación, ha ido un poco más allá en los supuestos de solapamiento de los días de vacaciones con la incapacidad temporal del trabajador. Sin embargo, como también se verá aquí, la doctrina del TJUE inmediatamente posterior a la entrada en vigor de la reforma ha representado un espaldarazo a los términos en que ha regulado esta cuestión el nuevo párrafo tercero del artículo 38.3 del ET.

6.1. VACACIONES Y PATERNIDAD

La Ley Orgánica 3/2007, de Igualdad, instauró el derecho del trabajador a disfrutar en otro momento de las vacaciones, incluso después del año correspondiente a su devengo, cuando el periodo fijado para su disfrute coincidiese con la suspensión del contrato por maternidad o una incapacidad temporal derivada del embarazo, parto o lactancia.

La incorporación de dicha regla al artículo 38.3 del ET traía su causa de la doctrina del TJUE en su Sentencia de 18 de marzo de 2004 (asunto C-342/01, Merino Gómez – NSJ014000–). En este asunto se planteó si el derecho a vacaciones que reconoce el artículo 7 de la Directiva 2003/88/CE (anterior Directiva 93/104/CEE), de 4 de noviembre de 2003, *relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo*, debe interpretarse en el sentido que la trabajadora cuyo periodo de vacaciones coincide con el descanso por maternidad tiene derecho a disfrutar de las vacaciones en un periodo distinto. El TJUE alcanzó una conclusión afirmativa, entendiendo que la garantía de las vacaciones que reconoce dicha norma comunitaria no queda suficientemente salvaguardada en supuestos de coincidencia total o parcial con el descanso por maternidad²⁵.

²⁵ Entendió, asimismo, el TJUE que dicha solución viene impuesta por el artículo 11.2 a) de la Directiva 92/85/CEE, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia, y por el artículo 5.1 de la Directiva 76/207/CEE, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo. Advirtiéndose que esta última directiva ha sido derogada por la Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición), por lo que habría que estar al artículo 14.1 c) de esta última.

Así las cosas, el legislador del 2007 no pudo ser ajeno a dicha doctrina comunitaria e introdujo la pertinente previsión en el artículo 38.3 del ET. Sin embargo, la Ley Orgánica de Igualdad que modificó el artículo 38 del ET olvidó incluir los supuestos de paternidad, lo cual resultaba imperdonable pues, como es sabido, fue dicha ley la que incorporó a nuestro ordenamiento jurídico el artículo 48 bis del ET que regula la suspensión del contrato de trabajo por dicha contingencia. La Ley 3/2012 ha terminado por resolver las dudas introduciendo en el artículo 38.3 del ET la mención expresa a la paternidad, junto a la maternidad y la incapacidad temporal derivada de la misma. La reforma merece, sin duda, una valoración positiva. Y ello con independencia de que, con la redacción anterior de la norma, podía igualmente sostenerse que la garantía de la salvaguarda de las vacaciones, cuando coincidan en el tiempo con la suspensión por maternidad, resultaba también extensible a los supuestos de paternidad. No podía ser de otra manera, al menos desde mi punto de vista, pues la norma, al no mencionar los casos de suspensión por paternidad, incurría en un tratamiento discriminatorio por omisión, no respetuoso con el artículo 14 de la CE ni con la Directiva 2006/54/CE, relativa al principio de igualdad de trato en asuntos de empleo y ocupación.

Lo que no ha hecho la Ley 3/2012 es hacer referencia al plazo máximo para ejercitar este derecho. En la doctrina hay quien ha apuntado que no hay plazo²⁶, conclusión que, pese al silencio legal, no se comparte aquí a la vista de lo señalado por el propio TJUE en torno a esta cuestión si bien en relación con la incapacidad temporal. Recuerda el Tribunal de Luxemburgo que el derecho a las vacaciones anuales «tiene una doble finalidad, a saber, permitir que el trabajador descansa de la ejecución de las tareas que le incumben según su contrato de trabajo, por una parte, y por otra que disponga de un periodo de ocio y esparcimiento» y que dicho derecho de vacaciones «solo puede responder a los dos aspectos de su finalidad... si el aplazamiento no supera cierto límite temporal. En efecto, más allá de ese límite, las vacaciones anuales carecen de su efecto positivo para el trabajador en su calidad de tiempo de descanso y solo conservan su condición de periodo de ocio y esparcimiento»²⁷.

A la vista de esta doctrina del Tribunal de Luxemburgo y ante el silencio legal sobre esta concreta cuestión, una posible solución pasaría por aplicar analógicamente el siguiente párrafo del precepto (referido a la coincidencia de las vacaciones con la incapacidad temporal) y estar al plazo de 18 meses contados desde el final del año en que haya tenido lugar la contingencia de la que se trate (incapacidad temporal, maternidad, paternidad). Dicho plazo resulta plenamente conforme con el artículo 7 de la Directiva 2003/88/CE, que no se opone al establecimiento en

²⁶ SANCHEZ TRIGUEROS, C.: «Ampliación y restricción de derechos sobre conciliación de vida familiar y laboral en la reforma de 2012», ob. cit., pág. 10.

²⁷ STJUE de 22 de noviembre de 2011 (asunto C-214/10, KHS AG y Winfried Schulte –NSJ041676–) que, en consecuencia, concluye que es respetuoso con la Directiva 2003/88/CE el establecimiento por la legislación nacional de un límite temporal máximo para el disfrute de las vacaciones cuando el trabajador no haya podido hacerlo debido a incapacidad temporal.

la legislación nacional de límites temporales máximos para el disfrute de las vacaciones cuando han coincidido con periodos de incapacidad del trabajador²⁸. Además, se encuentra claramente inspirado en el artículo 9.1 del Convenio núm. 132 OIT, sobre *vacaciones anuales pagadas*, que instaura también un plazo de 18 meses para el disfrute de la parte de las vacaciones que no sea ininterrumpida.

6.2. VACACIONES E INCAPACIDAD TEMPORAL

Mayor trascendencia tiene la inclusión por primera vez en el artículo 38 del ET de una regla análoga a lo anterior pero referida a los supuestos de incapacidad temporal. El nuevo artículo 38.3 del ET reconoce, por primera vez en nuestra legislación laboral, el derecho del trabajador a disfrutar de las vacaciones en otro momento, incluso después del año natural al que correspondan, cuando su disfrute coincida, total o parcialmente, con una incapacidad temporal, derive esta de contingencias comunes o profesionales.

La novedad, sin embargo, es relativa porque con esta regla el legislador se limita a incorporar un criterio ya más que consolidado en la jurisprudencia social comunitaria y nacional.

Como es sabido, el Tribunal Supremo venía sentando un criterio restrictivo, conforme al cual, el trabajador que no puede disfrutar de sus vacaciones por encontrarse en incapacidad temporal, iniciada antes del periodo fijado para su disfrute, debía correr el riesgo de su pérdida por tratarse de un supuesto de caso fortuito. Ello, desde luego, salvo que una cláusula de salvaguarda en sentido contrario fuese establecida en convenio colectivo²⁹ o en el contrato de trabajo como condición más beneficiosa³⁰.

Sin embargo, la jurisprudencia del TJUE que interpretaba el alcance del derecho de la Directiva 2003/88/CE, *relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo*, terminó por sentar el criterio de que el derecho de vacaciones que reconoce el artículo 7 de dicha

²⁸ SSTJUE de 22 de noviembre de 2011 (asunto C-214/10, KHS AG y Winfried Schulte –NSJ041676–) y de 10 de septiembre de 2009 (asunto C-277/08, Vicente Pereda –NSJ029304–).

²⁹ Algunos convenios colectivos han contemplado cláusulas semejantes. *Cfr.*, por ejemplo, el artículo 17 del II Acuerdo Colectivo marco para la acuicultura marina nacional (Resolución de la Dirección General de Trabajo de 3 de marzo de 2010, BOE de 15 de marzo). También el artículo 8.2 del ya citado aquí Convenio Colectivo de Telefónica de España, SAU para los años 2011-2013 (Resolución de la Dirección General de Trabajo de 19 de julio de 2011, BOE de 4 de agosto).

³⁰ SSTs de 11 de julio de 2006 (rec. núm. 87/2005 –NSJ021451–), de 3 de octubre de 2007 (rec. núm. 5068/2005 –NSJ025092–) y de 20 de diciembre de 2007 (rec. núm. 75/2006 –NSJ025670–).

directiva, exige que el trabajador pueda disfrutar de las mismas en otro momento, una vez finalizada la situación de incapacidad temporal³¹.

El TJUE argumentó, sustancialmente para llegar a semejante conclusión, que el derecho a las vacaciones es un principio del Derecho Social Comunitario, de especial importancia (reconocido en el art. 31.2 de la Carta de los derechos fundamentales de la UE) cuya aplicación únicamente puede efectuarse respetando los límites establecidos por la Directiva 2003/88/CE. También que la finalidad de las vacaciones (dotar al trabajador de tiempo para el descanso y para su ocio y esparcimiento, después de un periodo de trabajo) difiere de la finalidad de la ausencia por incapacidad temporal (la recuperación de la salud). Finalmente, influyó decisivamente en este pronunciamiento la doctrina seguida por dicho tribunal en sus sentencias *Merino Gómez* y *Schultz-Hoff*, cuyo peso propició la adopción de un criterio equivalente.

El Tribunal Supremo se hizo eco de esta doctrina comunitaria y, en sala general, cambió radicalmente de criterio en su Sentencia de 24 de junio de 2009 (rec. núm. 1542/2008 –NSJ029088–). La doctrina contenida en esta sentencia fue seguida por otras muchas posteriores en el tiempo³². Así pues, la Ley 3/2012 ha terminado por incorporar al artículo 38.3 ET dicha doctrina jurisprudencial.

Lo que todavía está sin resolver de manera clara en la ley es qué respuesta se le debe dar a los supuestos en que el trabajador cae en incapacidad temporal durante el disfrute de las vacaciones pues la jurisprudencia nacional y comunitaria solo se ha pronunciado sobre los supuestos en los que la incapacidad temporal se produce con anterioridad al inicio de las vacaciones.

La cuestión hasta hace poco tiempo resultaba dudosa. Podía pensarse que en estos casos sí que se está ante un supuesto de estricto caso fortuito que determinaría la pérdida de la parte no disfrutada de las vacaciones, bajo el argumento de que el empresario está obligado a reconocer

³¹ SSTJUE de 20 de enero de 2009 (asuntos acumulados C-350/06 y 520/06, Schultz-Hoff y Stringer –NSJ027524–) y de 10 de septiembre de 2009 (asunto C-277/08, Vicente Pereda –NSJ029304–). Adviértase que la posterior STJUE de 24 de enero de 2012 (asunto C-282/10, Maribel Domínguez y Centre informatique du Centre Ouest Atlantique –NSJ042626–) matizó el alcance de los anteriores pronunciamientos recordando que, si bien el artículo 7 de la Directiva 2003/88/CE tiene efecto directo, dicho efecto solamente puede ser invocado en su dimensión vertical, esto es, frente al Estado cuando no ha procedido a su recta transposición a su legislación interna, pero no para resolver un litigio entre particulares. Sobre el alcance de esta interesante sentencia, *vid.* RODRÍGUEZ CARDO, I. A.: «Vacaciones, incapacidad temporal y efecto directo de las Directivas de la Unión Europea (a propósito de la STJUE de 24 de enero de 2012, asunto C-282/10, caso Domínguez)», *Actualidad Laboral*, núm. 9, vol. I, 2012.

³² *Cfr.*, entre otras muchas, las SSTS de 18 de enero de 2010 (rec. núm. 314/2009 –NSJ033891–), de 21 de enero de 2010 (rec. núm. 546/2009 –NSJ033401–), de 4 de febrero de 2010 (rec. núm. 2288/2009 –NSJ033211–), de 8 de febrero de 2010 (rec. núm. 1782/2009 –NSJ034510–), de 13 de julio de 2010 (rec. núm. 1259/2009 –NSJ036674–), de 15 de noviembre de 2010 (rec. núm. 3990/2009 –NSJ037332–), de 8 de febrero de 2011 (rec. núm. 2289/2010 –NSJ037872–) y de 25 de mayo de 2011 (rec. núm. 3103/2010 –NSJ041830–).

el disfrute de las vacaciones pero no a garantizar la salud del trabajador durante las mismas. De hecho, en este sentido se ha llegado a pronunciar, aunque *obiter dicta*, la sentencia del Tribunal Supremo que, por primera vez, reconoció el derecho de vacaciones del trabajador cuando este había caído en incapacidad temporal con anterioridad al inicio de su disfrute³³.

Con todo, también es cierto que dicha solución frustraría por completo la finalidad del derecho de vacaciones sobre todo en aquellos casos en que la incapacidad temporal fuese por motivos graves de salud que determinasen el ingreso hospitalario del trabajador³⁴. Por otra parte, repárese en que desde el punto de vista de la interpretación literal de la normativa nacional aplicable, la redacción que presenta el párrafo añadido al artículo 38.3 del ET por la Ley 3/2012 permitiría albergar una solución favorecedora al derecho del trabajador. Y es que dicho precepto garantiza el derecho de vacaciones cuando coincidan con una incapacidad temporal «que imposibilite al trabajador disfrutarlas, total o parcialmente, durante el año natural a que corresponden». Adviértase, además, en este mismo sentido, que el tenor literal de los fallos y de la fundamentación jurídica de las sentencias del TJUE, dictadas en este ámbito, no distinguían si la incapacidad temporal acontecía antes o después del inicio del disfrute de las vacaciones.

Precisamente es, a mi modo de ver, esta última circunstancia la que ha propiciado que el tribunal de Luxemburgo, recientemente, haya terminado reconociendo el derecho del trabajador a las vacaciones aun cuando la incapacidad temporal sobrevenga una vez iniciado su disfrute³⁵. Ello representa, sin duda, un espaldarazo a la regulación de esta cuestión en nuestro vigente ordenamiento jurídico del que, como se ha dicho, ya se podía desprender esa misma solución, dado el propio tenor literal del nuevo párrafo segundo del artículo 38.3 del ET.

El pronunciamiento del TJUE al que se ha hecho referencia trae causa de la Sentencia de la Audiencia Nacional, de 23 de noviembre de 2009 (proc. núm. 212/2009 –NSJ032331–). En

³³ STS de 24 de junio de 2009 (rec. núm. 1542/2008 –NSJ029088–), en cuyo FJ 7.º se afirma que «tiene que ser distinto el tratamiento que merece la incapacidad temporal que surge durante el disfrute de la vacación, pues es un riesgo que, en tal situación, ha de asumir el propio trabajador, con aquella otra que se produce con anterioridad al periodo vacacional y que impide el disfrute de este en la fecha preestablecida en el calendario previsto, a tal efecto, en la empresa».

³⁴ De aquí que algunos convenios colectivos se hayan limitado a reconocer dicho derecho solamente en los casos de enfermedad o accidente grave del trabajador con ingreso hospitalario (*cf.*, por ejemplo, el ya citado art. 17 del II Acuerdo Colectivo marco para la acuicultura marina nacional) y que, en el ámbito del personal funcionario al servicio de la Administración de Justicia, el artículo 502.4 de la LOPJ reconozca también dicho derecho solamente en los casos de ingreso hospitalario del empleado público. Precisamente, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Oviedo ha planteado una cuestión prejudicial al TJUE, pendiente todavía de resolución, para determinar si la Directiva 2003/88/CE exige reconocer también el derecho en los casos en que no existe dicho ingreso hospitalario (*cf.* asunto C-194/2011, Natividad Martínez).

³⁵ STJUE de 21 de junio de 2012 (asunto C-78/11, ANGED y FASGA –NSJ044255–).

dicha sentencia, la Audiencia Nacional resolvió un conflicto colectivo, promovido en el ámbito de los grandes almacenes, reconociendo la intangibilidad del derecho de vacaciones en estos supuestos. Para llegar a dicha conclusión, esta sentencia ponderó la protección constitucional e internacional de la que goza el derecho de vacaciones en nuestro ordenamiento jurídico (art. 40 CE y Convenio núm. 132 OIT), así como la doctrina jurisprudencial del TJUE dictada en este ámbito. La sentencia puso también, de nuevo, el acento en el diferente carácter y naturaleza jurídica de las vacaciones, respecto de los procesos de incapacidad temporal, que impide su aglutinamiento: «las vacaciones garantizadas son vacaciones retribuidas evidentemente por el empleador y no indemnizadas con prestaciones de la Seguridad Social que no son salario ex art. 26.2.º ET» (FJ 3.º).

Gracias al recurso de casación interpuesto por la patronal de los grandes almacenes frente a dicho pronunciamiento de la Audiencia Nacional, la cuestión debatida ha podido trascender el limitado ámbito y efectos que caracterizan las sentencias dictadas en procesos de conflicto colectivo. Ello no obstante, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo suspendió el procedimiento y planteó una cuestión prejudicial al TJUE por albergar dudas en torno a la comprensión de semejante supuesto dentro de la órbita protectora del artículo 7.1 de la Directiva 2003/88/CE.

Como se ha dicho, el TJUE ha resuelto dicha cuestión prejudicial en su Sentencia de 21 de junio de 2012 (asunto C-78/11 –NSJ044255–), en la que ha reconocido, sin ambages, el derecho del trabajador a disfrutar de las vacaciones en un momento posterior a su incapacidad temporal cuando esta ha sobrevenido mientras disfrutaba de aquellas.

Desde luego, no sorprende este nuevo fallo del TJUE cuyo sentido bien podía aventurarse, dada la contundencia con que se había pronunciado el tribunal de Luxemburgo en asuntos precedentes, en los que la cuestión debatida era, sustancialmente, la misma. De aquí que la argumentación utilizada por esta nueva sentencia del TJUE haya tomado el testigo de pronunciamientos anteriores dictados en torno a esta temática. Es el caso singular de la sentencia *Vicente Pereda* cuyo fallo y fundamentación jurídica resulta perfectamente extrapolable al supuesto ahora enjuiciado, pese a que en este, a diferencia de aquel, la incapacidad temporal del trabajador sobrevino durante el disfrute de las vacaciones y no con anterioridad a su inicio.

Así las cosas, no es de extrañar que para el TJUE subsista, en estos casos, el derecho del trabajador a disfrutar de las vacaciones «con independencia del momento en que haya sobrevenido esa incapacidad laboral» que juzga irrelevante a estos efectos. Razona el tribunal de Luxemburgo que «sería aleatorio y contrario a la finalidad del derecho a las vacaciones anuales retribuidas» reconocer dicho derecho únicamente en los supuestos en los que la incapacidad temporal preceda y no suceda al inicio del periodo de descanso.

No se debe desdeñar la importancia de este pronunciamiento del TJUE en torno a una cuestión sobre la que todavía no había tenido ocasión de pronunciarse de manera expresa. Ello, pese a la previsibilidad del fallo cuyo sentido podía anticiparse a la luz de pronunciamientos anteriores.

También pese a que, como se ha dicho aquí, el tenor literal de la garantía contenida en el nuevo párrafo segundo del artículo 38.3 del ET permite, por sí solo, entender subsumidos en el mismo tanto los casos en que la incapacidad temporal preceda al periodo de vacaciones como en los que sobrevenga al mismo. En otros términos, parece evidente que dicho importante pronunciamiento minorará el riesgo en el futuro de la eventual apertura en el Tribunal Supremo de una corriente jurisprudencial de corte restrictivo en estos supuestos.