

# ACUMULACIÓN DE PERIODOS DE DISFRUTE DE VACACIONES VS. ACUMULACIÓN DE COMPENSACIONES POR VACACIONES

[Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 3 de mayo de 2012, asunto C-337/10, Georg Neidel y Stadt Frankfurt am Main] \*

**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 posibilidad de acumular periodos vacacionales y/o compensaciones por periodos de vacaciones, devengados pero no disfrutados por encontrarse el trabajador en situación de baja médica (incapacidad temporal), no parece dudosa. Pero plantea la cuestión de si se debe imponer algún tipo de limitación a esas acumulaciones. Las soluciones dadas, tanto internacionalmente (Convenio núm. 132 OIT) como por los ordenamientos nacionales (p. ej. art. 38.3 ET), inciden en una asimetría fundamental de difícil, por no decir imposible, solución. A su estudio y a plantear otras posibles soluciones se dedica este trabajo.

**Palabras clave:** vacaciones anuales retribuidas, baja médica, incapacidad temporal, devengo, acumulación, compensaciones y limitación temporal.

---

\* El texto íntegro de esta sentencia puede consultarse en RTSS (*Legislación y Jurisprudencia*). CEF, núm. 351 o en *Normacef Socio-Laboral* (NSJ043963).

# ACCUMULATION OF VACATION PERIODS VS. ACCUMULATION OF VACATION PAYMENTS

[Comment to the European Court of Justice Judgment dated May 3, 2012, case C-337/10, Georg Neidel and Stadt Frankfurt am Main]

**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:**

**T**HE possibility to accumulate vacation periods and/or vacation payments, accrued but not enjoyed due to the health leave of absence of the worker (temporary incapacity) is not doubtful. However, it is questioned if any limitation to such accumulations should be imposed. The alternatives provided both internationally (OIT Convention num. 132) and by the national Laws (*v. gr.* section 38.3 of the Spanish Workers Statute) stress in a fundamental asymmetry of complicated or even impossible solution. This work is dedicated to its study and to propose other possible solutions.

**Keywords:** paid annual vacations, health leave of absence, temporary incapacity, accrual, accumulation, compensations and temporary limitation.

# Sumario

- I. Introducción.
- II. El derecho a vacaciones anuales retribuidas como principio de Derecho social de la Unión Europea de especial importancia, y su entronque constitucional.
- III. El fundamento del derecho de los trabajadores a disfrutar de vacaciones anuales retribuidas.
- IV. Relación entre la protección de la seguridad y salud de los trabajadores, y el derecho de los trabajadores a unas vacaciones anuales retribuidas.
- V. La vigencia del derecho a disfrutar de vacaciones anuales retribuidas estando en situación de incapacidad temporal.
- VI. La acumulación de derechos a disfrutar real y efectivamente de periodos de vacaciones devengados en situación de incapacidad temporal. Límites temporales.
- VII. La acumulación, a la extinción de la relación laboral, de compensaciones por derechos a vacaciones anuales retribuidas no disfrutadas y devengadas en situación de incapacidad temporal. Límites temporales para la reclamación de las compensaciones.
- VIII. Conclusiones.

## I. INTRODUCCIÓN

El artículo 7, de la Directiva 2003/88/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, titulado «vacaciones anuales», plantea una cuestión de límites en dos supuestos diferentes.

El primero referente a si un trabajador que se haya encontrado en incapacidad temporal durante varios periodos sucesivos de devengo de vacaciones, tiene derecho al disfrute real y efectivo del periodo vacacional acumulado, una vez producida el alta médica y su reincorporación al puesto de trabajo, sin consideración al tiempo transcurrido desde la primera baja médica, o si el periodo durante el cual puede disfrutar de las vacaciones acumuladas, e indirectamente la acumulación de vacaciones, puede limitarse legalmente. Cuestión adicional es si ese trabajador puede ser obligado a disfrutar de las vacaciones durante los periodos de incapacidad temporal, u optar por disfrutar de las vacaciones anuales retribuidas estando en situación de incapacidad temporal.

El segundo relativo a si aquellas limitaciones son aplicables, «*pari passu* y cambiando lo que deba ser cambiado», en el supuesto en que un trabajador solicite la acumulación de las compensaciones económicas pertinentes, por vacaciones anuales retribuidas ya devengadas, a la finalización de un dilatado periodo, o sucesivos, de incapacidad temporal, cuando no se reincorpore a su puesto de trabajo sino que se extinga su relación laboral.

Habida cuenta de la regulación de ambos supuestos, no obstante su notoria diferenciación, en la misma norma del Derecho de la Unión Europea (Directiva 2003/88/CE), la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha pretendido resolver la cuestión de la acumulación de los derechos vacacionales y compensaciones, y sus posibles limitaciones, de manera uniforme para uno y otro supuesto, sin reparar en la asimetría fundamental existente entre ambos. La misma situación y problemática se reproduce tanto en la normativa internacional [Convenio núm. 132 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)], como generalmente en los diferentes ordenamientos jurídicos nacionales.

Efectivamente, según establece el artículo 7, de la Directiva 2003/88/CE: 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 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».

Ambos apartados, que regulan supuestos diferentes, han llevado a interpretaciones divergentes, por no decir contradictorias, respecto de un mismo derecho, el derecho a las vacaciones anuales retribuidas, habiendo declarado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea:

- Por una parte,<sup>1</sup> que «el artículo 7, apartado 2, de la Directiva 2003/88/CE debe interpretarse en el sentido de que se opone a una disposición de Derecho nacional que limita, mediante un periodo de aplazamiento (...) a cuyo término caduca el derecho a las vacaciones

<sup>1</sup> En la sentencia objeto de comentario.

anuales retribuidas, el derecho de un (trabajador) que se jubila a acumular las compensaciones por vacaciones anuales retribuidas no disfrutadas debido a una incapacidad laboral».

- Por otra parte,<sup>2</sup> que «el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a disposiciones o prácticas nacionales, como los convenios colectivos, que limitan, en virtud de un periodo de aplazamiento (...) a cuyo término se extingue el derecho a las vacaciones anuales retribuidas, la acumulación de derechos a dichas vacaciones de un trabajador que se encuentre en situación de incapacidad laboral durante varios periodos consecutivos de devengo de vacaciones».

Ante semejante divergencia jurisprudencial<sup>3</sup> conviene determinar y aclarar si el Derecho de la Unión en el supuesto de una baja médica o de sucesivas bajas médicas, viniendo el trabajador a la consiguiente situación de incapacidad temporal de larga duración o a situaciones, más o menos concatenadas, de incapacidad temporal:

«Exige que puedan acumularse los derechos a vacaciones o a una compensación económica o permite a los Estados miembros que establezcan una limitación temporal para los citados derechos»,<sup>4</sup>

Precisando, además, si esas posibles limitaciones a la acumulación y/o al ejercicio de los derechos acumulados deben ser idénticas para ambos supuestos (disfrute efectivo y real de vacaciones y compensaciones por vacaciones) o si, por el contrario, deben y tienen que ser divergentes.<sup>5</sup>

<sup>2</sup> STJUE de 22 de noviembre de 2011, asunto C-214/10, KHS AG y Winfried Schulte.

<sup>3</sup> Ciertamente los periodos de tiempo de aplazamiento referidos en la sentencia objeto de comentario y en la otra jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea antes aludida (STJUE de 22 de noviembre de 2011, asunto C-214/10, KHS AG y Winfried Schulte), y que se ocupó del mismo tema, eran distintos. (En la que es objeto de comentario se alude a un periodo de aplazamiento de 9 meses, en tanto que la STJUE de 22 de noviembre de 2011, asunto C-214/10, KHS AG y Winfried Schulte se hace referencia a un periodo de aplazamiento de 15 meses). Pero dicha circunstancia es irrelevante, a los efectos del presente trabajo, habida cuenta del contenido y desarrollo argumental contenido en aquella jurisprudencia. También es cierto que cada una de las respectivas resoluciones jurisdiccionales ha sido emitida por diferente «Sala» de aquel Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la que es objeto de comentario, por la Sala Quinta, y en la otra jurisprudencia, ya referida, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea por la «Gran Sala», lo cual eliminaría, al decir de cierta doctrina legal (SSTC 2/2007, de 15 de enero, y 184/2007, de 10 de septiembre), cualquier posibilidad de «jurisprudencia contradictoria», pero dicha circunstancia y por las mismas razones antes indicadas, tampoco es relevante a los efectos que interesan.

<sup>4</sup> Plantea así la cuestión la Abogada General Sra. Verica Trstenjak, en la conclusión 33 de su escrito de conclusiones presentado el 7 de julio de 2011, en el asunto C-214/10, KHS AG contra Winfried Schulte, resuelto por STJUE de 22 de noviembre de 2011.

<sup>5</sup> La norma internacional de contabilidad (NIC) 19, Redactada según Reglamento núm. 475/2012, de la Comisión, de 5 de junio de 2012, titulada «retribuciones a los empleados», que tiene «por objetivo (...) prescribir el tratamiento contable y la revelación de información respecto de las retribuciones a los empleados», obliga a las entidades a reconocer un pasivo cuando el empleado ha prestado los servicios a cambio del derecho de recibir pagos en el futuro; y un gasto cuando la entidad ha consumido el beneficio económico procedente del servicio prestado por el empleado a cambio de las retribuciones en cuestión. Según aquella norma contable las «retribuciones a los empleados comprenden todos los tipos de remuneraciones que la entidad proporciona a los trabajadores a cambio de sus servicios o por cese en el empleo» (apartado 8), e incluye (apartado 5), entre otras, las «(iii) vacaciones anuales remuneradas y licencia por enfermedad»; como otras retribuciones a largo plazo a los empleados aparecen «(i) permisos remunerados a largo plazo, como vacaciones especiales tras largos periodos de servicio o años sabáticos».

Se consideran «retribuciones a los empleados a corto plazo» aquellas «remuneraciones a los empleados (diferentes de las indemnizaciones por cese) cuyo pago se espera liquidar íntegramente antes de los 12 meses siguientes al cierre del ejercicio anual sobre el que se informa en el que los empleados hayan prestado los servicios que les otorgan esas retribuciones»,

El derecho a las vacaciones anuales retribuidas tiene también «su asiento en el artículo 40.2 de la Constitución Española (CE) y está asimismo reconocido en Convenio núm. 132 de la OIT, que forma también parte ya de nuestro Derecho interno (art. 96.1 de la propia Ley Fundamental) como consecuencia de su ratificación por España y consiguiente publicación en el Boletín Oficial del Estado».<sup>6</sup> En desarrollo del aquel mandato constitucional «el artículo 38.1 del Estatuto de los Trabajadores (ET)<sup>7</sup> 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, (...), previene también este precepto que el disfrute real del descanso no será susceptible de sustitución por una retribución en metálico».<sup>8</sup>

La Directiva 2003/88/CE establece que «todo trabajador tiene derecho a vacaciones anuales retribuidas de al menos cuatro semanas», lo cual «no implica que la Directiva 2003/88/CE se oponga a disposiciones nacionales que establezcan un derecho a vacaciones anuales retribuidas de una duración superior a cuatro semanas atribuido con sujeción a los requisitos de obtención y concesión establecidos por el Derecho nacional. En efecto, del tenor literal del artículo 1, apartados 1 y 2, letra a), del artículo 7, apartado 1, y del artículo 15 de (aquella directiva) resulta de manera explícita que el objeto de esta se limita a establecer disposiciones mínimas de seguridad y salud en materia de ordenación del tiempo de trabajo, sin perjuicio de la facultad de los Estados miembros de aplicar disposiciones nacionales más favorables a la protección de los trabajadores».<sup>9</sup> Posibles diferencias temporarias entre los Derechos nacionales y la directiva que deben ser correctamente interpretadas,<sup>10</sup> pero que no dejarán, según los casos y regulaciones concretas, de tener determinadas y precisas consecuencias.

y se reúnen bajo la denominación de «otras retribuciones a largo plazo a los empleados» todas aquellas «remuneraciones a los empleados diferentes de las retribuciones a los empleados a corto plazo, retribuciones post-empleo e indemnizaciones por cese». Consiguientemente tanto en el supuesto de las vacaciones anuales retribuidas como en el de las «compensaciones por vacaciones» estamos ante «retribuciones a los empleados», la cuestión esta en que según que el pago se prevea realizar en los 12 meses siguientes al cierre del ejercicio anual, o en un plazo más largo, financiera y contablemente serán consideradas «vacaciones anuales remuneradas» o como «otras retribuciones a largo plazo a los empleados». La calificación en una u otra categoría no dependerá en absoluto de si se trata de vacaciones anuales retribuidas ordinarias, acumuladas o de compensaciones por vacaciones, sino simplemente en si se espera liquidar su pago antes de los 12 meses siguientes al cierre del ejercicio anual sobre el que se informa en los estados financieros. Si se aplican tanto los criterios referidos en el artículo 9.1 del Convenio núm. 132 de la OIT como en el artículo 38.3 del ET, puede ser que todos los pagos por las vacaciones acumuladas deban calificarse como de «retribuciones a los empleados a corto plazo» o como «otras retribuciones a largo plazo a los empleados». Pero lo que es más cuestionable de aquellas regulaciones legales es que es posible que determinadas liquidaciones y por los mismos conceptos deban ser calificadas de una y otra forma, con lo que se rompe la «continencia de la norma», por una cuestión, que no es menor, financiera y contable.

<sup>6</sup> STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 9 de mayo de 2008, recogiendo la doctrina establecida en la STS, Sala de lo Social, de 23 de febrero de 2003; El Convenio núm. 132 de la OIT se ocupa de las vacaciones anuales, en sus artículos 4.1, 5.4, 6, 7 y 10.

<sup>7</sup> Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo.

<sup>8</sup> STS, Sala de lo Social, de 25 de febrero de 2003. En desarrollo del artículo 40.2 de la CE, el artículo 38 del ET indica: a) Que el periodo de vacaciones anuales retribuidas, no sustituible por compensación económica salvo a la extinción de la relación laboral, será el pactado en convenio colectivo o contrato individual; b) Que en ningún caso la duración será inferior a 30 días naturales; c) Que el periodo o periodos de su disfrute se fijará de común acuerdo entre el empresario y el trabajador, de conformidad con lo establecido en su caso en los convenios colectivos sobre planificación anual de las vacaciones, publicándose el calendario de vacaciones en cada empresa, y debiendo conocer el trabajador, al menos con dos meses de anticipación, las fechas que le corresponda el comienzo del disfrute del periodo vacacional.

<sup>9</sup> STJUE de 24 de enero de 2012, asunto C-282/10, Maribel Domínguez y Centre Informatique du Centre Ouest Atlantique, Préfet de la region Centre.

<sup>10</sup> Como precisa la Abogada General Sra. Verica Trstenjak, en sus conclusiones 177, 178 y 179, de las presentadas el 8 de septiembre de 2011, en el asunto C-282/10, resuelto por STJUE de 24 de enero de 2012, Maribel Domínguez y Centre Informatique du Centre Ouest Atlantique, Préfet de la region Centre, «todos los trabajadores, incluidos los que hayan

Especial relevancia e interés para este trabajo tiene la previsión contenida en los dos últimos párrafos de apartado 3<sup>11</sup> de aquel artículo 38 del ET, que por ello deben ser referidos, y según los cuales: a) «Cuando el periodo de vacaciones fijado en el calendario de vacaciones de la empresa al que se refiere el párrafo anterior coincida 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 y 48 bis (ET), 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»; b) «En el supuesto de que el periodo de vacaciones coincida con una incapacidad temporal por contingencias distintas a las señaladas en el párrafo anterior que imposibilite al trabajador disfrutarlas, total o parcialmente, durante el año natural a que corresponden, el trabajador podrá hacerlo una vez finalice su incapacidad y siempre que no hayan transcurrido más de 18 meses a partir del final del año en que se hayan originado».

## II. EL DERECHO A VACACIONES ANUALES RETRIBUIDAS COMO PRINCIPIO DE DERECHO SOCIAL DE LA UNIÓN EUROPEA DE ESPECIAL IMPORTANCIA, Y SU ENTRONQUE CONSTITUCIONAL

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión<sup>12</sup> establece: a) Que «todo trabajador tiene derecho a trabajar en condiciones que respeten su salud, seguridad y dignidad»; b) Que «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».<sup>13</sup> La sentencia objeto de comentario recurre a la men-

recibido la baja (...), tienen derecho a vacaciones anuales de al menos cuatro semanas con arreglo al artículo 7, apartado 1. Pero esto no significa que se niegue a los Estados miembros la posibilidad de establecer en sus disposiciones nacionales unas vacaciones anuales cuya duración supere el plazo de cuatro semanas establecido en el Derecho de la Unión, pues, tal como se infiere de los términos de la disposición, solo se trata de una duración mínima. En efecto, dicha disposición se ha de interpretar en relación con los objetivos generales perseguidos por la Directiva 2003/88/CE, que, conforme al artículo 1, apartado 1, consisten en establecer "ciertas normas mínimas de seguridad y protección de la salud en la ordenación del tiempo de trabajo", y, por lo demás, con arreglo a su artículo 15, no afecta a la facultad de los Estados miembros "de aplicar o establecer disposiciones legales, reglamentarias o administrativas más favorables a la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores, o de favorecer o permitir la aplicación de convenios colectivos o acuerdos celebrados entre interlocutores sociales que sean más favorables a la protección de la seguridad y de la salud de los trabajadores". De ahí se puede deducir la facultad de los Estados miembros de establecer normativas más favorables que las del Derecho de la Unión en relación con el derecho a vacaciones anuales retribuidas. De igual manera, la Directiva 2003/88/CE no impide, por su parte, a los Estados miembros supeditar las normativas que disponen un trato más favorable a determinados requisitos, siempre que con ello no se menoscabe la protección mínima garantizada por la Directiva».

<sup>11</sup> Según la redacción dada por la disposición final primera, punto 4, del Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero.

<sup>12</sup> La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea supuso un avance en materia de derechos fundamentales y libertades públicas en Europa, al establecer un catálogo preciso de tales derechos, proclamado al unísono por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión; Sobre la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea DE LA VILLA GIL, L.E.: «La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea», 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 y ss.

<sup>13</sup> Ha de repararse en la concomitancia de la aludida Carta con el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Fundamentales, y en que «si la Carta tenía en su origen un carácter básicamente declaratorio, pues había de entenderse como expresión del compromiso de la Unión por respetar los derechos fundamentales, al entrar en vigor el Tratado de Lisboa el 1 de diciembre de 2009 adquirió finalmente rango de Derecho primario en el ordenamiento jurídico de la Unión, en virtud del artículo 6 del TUE, apartado 1. Esto tiene como consecuencia que los actos jurídicos adoptados por las instituciones de la Unión en materia de ordenación del tiempo de trabajo, debido al carácter vinculante de los derechos fun-

cionada Carta para dejar claramente sentado la importancia del derecho vacacional al indicar que «el derecho a vacaciones anuales retribuidas no solo tiene una importancia especial, por su condición de principio del Derecho social de la Unión, sino que también 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 la Unión Europea (TUE), apartado 1, reconoce el mismo valor jurídico que a los Tratados».<sup>14</sup>

También debe tomarse en consideración que si «con la entrada en vigor de la Carta, el derecho a vacaciones anuales retribuidas tiene ahora su fundamento en el artículo 31, apartado 2, de la misma, sin embargo, un principio general del Derecho que, en su caso, deba desarrollar el Tribunal de Justicia (...) y que esencialmente prevea el mismo derecho, podría seguir existiendo de forma autónoma, pues el artículo 6 del TUE enumera expresa y consecutivamente la Carta y los derechos fundamentales derivados de los principios generales del Derecho, en sus apartados 1 y 3. En cuanto a la relación de los derechos derivados de la Carta con los derechos derivados de los principios generales del Derecho, de dichas disposiciones se desprende que están equiparados. En consecuencia, también se pueden aplicar de forma acumulativa, de manera que al particular no se le prive de la posibilidad de acogerse a la garantía más favorable».<sup>15</sup>

En esa perspectiva, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea tiene sólidamente establecido lo siguiente:<sup>16</sup>

- 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 al cual no pueden establecerse excepciones y cuya aplicación por parte de las autoridades nacionales competentes únicamente puede efectuarse respetando los límites establecidos expresamente por la Directiva 93/104/CE del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, directiva esa que ha sido codificada por la Directiva 2003/88/CE».<sup>17</sup>

damentales que establece el artículo 51, apartado 1, de la Carta, deberán examinarse, en adelante, atendiendo a dicha disposición. E igualmente vinculados están a partir de ahora los Estados miembros cuando apliquen el Derecho de la Unión», indica la Abogada General Sra. Verica Trstenjak, en su conclusión 72 de las presentadas el 8 de septiembre de 2011, en el asunto C-282/10, resuelto por STJUE de 24 de enero de 2012, Maribel Domínguez y Centre Informatique du Centre Ouest Atlantique, Préfet de la region Centre, efectuando importantes consideraciones en torno a la Carta en sus conclusiones 73 a 84. Especialmente relevante es su afirmación, contenida en la conclusión 85.

<sup>14</sup> STJUE de 21 de junio de 2012, asunto C-78/111, Asociación Nacional de Grandes Empresas de Distribución (ANGED) y Federación de Asociaciones Sindicales (FASGA), Federación de Trabajadores Independientes de Comercio (FETICO), Federación Estatal de Trabajadores de Comercio, Hostelería, Turismo y Juego de UGT, Federación de Comercio, Hostelería y Turismo de CC.OO., que reitera el contenido de la STJUE de 22 de noviembre de 2011, asunto C-214/10, KHS.

<sup>15</sup> Señala la Abogada General Sra. Verica Trstenjak, en su conclusión 127 de las presentadas el 8 de septiembre de 2011, en el asunto C-282/10, resuelto por STJUE de 24 de enero de 2012, Maribel Domínguez y Centre Informatique du Centre Ouest Atlantique, Préfet de la region Centre.

<sup>16</sup> SSTJUE de 16 de marzo de 2006, asuntos acumulados C-131/04 y C-257/04, D. Robinson-Steele (C-131/04) y R.D. Retail Services Ltd., y entre Michael Jason Clarke (C-257/04) y Frank Staddon Ltd., y entre J.C. Caulfield, C.F. Caulfield, K.V. Barnes, y de 6 de abril de 2006, asunto C-124/05, Federatie Nederlandse Vakbeweging contra Staat der Nederlanden; También las SSTJUE de 26 de junio de 2001, asunto C-173/99, BECTU, de 18 de marzo de 2004, asunto C-342/01, Merino Gómez, de 16 de marzo de 2006, asuntos acumulados C-131/04 y C-257/04, Robinson-Steele y otros, y de 20 de enero de 2009, asuntos acumulados C-350/06 y C-520/06, Schultz-Hoff y otros.

<sup>17</sup> Según precisa al sentencia objeto de comentario y las SSTJUE de 22 de noviembre de 2011, asunto C-214/10, KHS AG y Winfried Schulte, de 24 de enero de 2012, asunto C-282/10, Maribel Domínguez y Centre Informatique du Centre Ouest



- Que «el derecho a vacaciones anuales retribuidas no solo tiene una importancia especial, por su condición de principio del Derecho social de la Unión, (...), sino que también 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 TUE, apartado 1, reconoce el mismo valor jurídico que a los Tratados».<sup>18</sup>
- Que el «derecho comparado muestra que la idea de que a los trabajadores les ha de asistir un derecho al descanso periódico es común a los ordenamientos jurídicos de la Unión y de sus Estados miembros. Y el hecho de que dicha idea tenga rango constitucional tanto en el plano de la Unión como en diversos Estados miembros permite suponer que ese derecho ocupa una posición destacada, lo que sugiere su calificación como principio general del Derecho».<sup>19</sup>

No es baladí, y ha de tomarse muy en consideración, la precisión que efectúa la misma jurisprudencia<sup>20</sup> del Tribunal de Justicia, y según la cual la aplicación de aquel principio de Derecho social de la Unión Europea «por parte de las autoridades competentes únicamente puede efectuarse respetando los límites establecidos expresamente en la propia normativa de la Unión Europea (Directiva 2003/88/CE de 4 de noviembre que sustituyó, a partir del 4 de agosto de 2004, a la Directiva 93/104/CE

Aplantique, Préfet de la region Centre, de 16 de marzo de 2006, asuntos acumulados C-131/04 y C-257/04, D. Robinson-Steele (C-131/04) y R.D. Retail Services Ltd., y entre Michael Jason Clarke (C-257/04) y Frank Staddon Ltd., y entre J.C. Caulfield, C.F. Caulfield, K.V. Barnes y Hanson Clay Products Ltd., anteriormente Marshalls Clay Products Ltd., de 6 de abril de 2006, asunto C-124/05, Federatie Nederlandse Vakbeweging contra Staat der Nederlanden, y de 21 de junio de 2012, asunto C-78/111, Asociación Nacional de Grandes Empresas de Distribución (ANGED) y Federación de Asociaciones Sindicales (FASGA), Federación de Trabajadores Independientes de Comercio (FETICO), Federación Estatal de Trabajadores de Comercio, Hostelería, Turismo y Juego de UGT, Federación de Comercio, Hostelería y Turismo de CC.OO. También las SSTUE 26 de junio de 2001, asunto C-173/99, BECTU, de 18 de marzo de 2004, asunto C-342/01, Merino Gómez, y de 20 de enero de 2009, asuntos acumulados C-350/06 y C-520/06, Schultz-Hoff y otros; Tal y como indica la Abogada General Sra. Verica Trstenjak, en su conclusión 46 de las presentadas el 8 de septiembre de 2011, en el asunto C-2282/10, resuelto por STJUE de 24 de enero de 2012, Maribel Domínguez y Centre Informatique du Centre Ouest Aplantique, Préfet de la region Centre, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia debe interpretarse en el sentido de que «reconoce en principio la competencia de los Estados miembros para adoptar las denominadas disposiciones de aplicación, con las que pueden regular de forma concreta determinados aspectos del ejercicio del derecho a vacaciones anuales, como por ejemplo la forma en que los trabajadores pueden tomar las vacaciones que les corresponden por las primeras semanas de su empleo. Sin embargo, esta competencia normativa de los Estados miembros encuentra un límite cuando la normativa elegida afecta a la efectividad del derecho a vacaciones anuales retribuidas de tal modo que ya no queda garantizada la realización de la finalidad de las vacaciones. Es lo que sucede, por ejemplo, con una normativa nacional que no decida sobre el cómo, sino sobre la misma posibilidad de ejercer dicho derecho».

<sup>18</sup> STJUE de 22 de noviembre de 2011, asunto C-214/10, KHS AG y Winfried Schulte; «Los derechos fundamentales forman parte de los principios generales del Derecho cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia y (...), para ello, este último se inspira en las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, así como en las indicaciones proporcionadas por los instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos en los que los Estados miembros han cooperado o se han adherido», indica la STJUE de 29 de marzo de 2012, asunto, C-1/11, Interseroh Scrap and Metals Trading GmbH y Sonderabfall-Management-Gesellschaft Rheinland-Pfalz mbH (SAM), siguiendo consolidada doctrina anterior, contenida, entre otras, en SSTJUE de 5 de octubre de 1994, asunto C-280/93, Alemania/Consejo; de 10 de julio de 2003, asuntos acumulados C-20/00 y C-64/00, Hydro Seafood; de 12 de julio de 2005, asuntos acumulados C-154/04 y C-155/04I Health y otros; de 6 de diciembre de 2005, asuntos acumulados C-453/03, C-11/04, C-12/04 y C-194/04, ABNA y otros; y de 29 de marzo de 2012, asunto, C-1/11, Interseroh Scrap and Metals Trading GmbH y Sonderabfall-Management-Gesellschaft Rheinland-Pfalz mbH (SAM).

<sup>19</sup> Precisa la Abogada General Sra. Verica Trstenjak, en su conclusión 111 de las presentadas el 8 de septiembre de 2011, en el asunto C-282/10, resuelto por STJUE de 24 de enero de 2012, Maribel Domínguez y Centre Informatique du Centre Ouest Aplantique, Préfet de la region Centre.

<sup>20</sup> *Vid.* notas anteriores.

del Consejo de 23 de noviembre, en su versión modificada por la Directiva 2000/34/CE de 22 de junio de 2000)».<sup>21</sup>

Efectivamente, el Derecho de la Unión «se opone a que los Estados miembros limiten unilateralmente el derecho a vacaciones anuales retribuidas concedido a todos los trabajadores, aplicando un requisito para el nacimiento de este derecho que (dé) lugar a que determinados trabajadores queden privados del mismo. Ciertamente, los Estados miembros tienen la posibilidad de establecer, en su normativa interna, las condiciones de ejercicio y aplicación del derecho a vacaciones anuales retribuidas, pero no pueden supeditar a ningún tipo de requisito la propia constitución de este derecho. De este modo, los criterios de ejecución y aplicación necesarios para la puesta en práctica de las disposiciones de la Directiva 93/104/CE, codificada por la Directiva 2003/88/CE, pueden contener determinadas divergencias por lo que respecta a las condiciones de ejercicio del derecho a vacaciones anuales retribuidas, pero dicha directiva no permite que los Estados miembros impidan el propio nacimiento de un derecho concedido expresamente a todos los trabajadores».<sup>22</sup>

Nuestro ordenamiento jurídico, en línea con el Derecho de la Unión y jurisprudencia del Tribunal de Justicia establece, en el artículo 40.2 de la CE, que las autoridades públicas velarán por «la seguridad e higiene en el trabajo y garantizarán el descanso necesario», no solo mediante «la limitación de la jornada laboral» sino también por medio de «las vacaciones periódicas». Afirmando la jurisprudencia constitucional<sup>23</sup> 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 a la persona del trabajador a un mero factor de producción y negar, en la misma medida, su libertad, durante aquel periodo, para desplegar su propia personalidad del modo que estime más conveniente. Una tal concepción, 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».

Aquella consideración de las vacaciones anuales retribuidas como un «principio de Derecho social de la Unión Europea», y como derecho fundamental según nuestro texto constitucional, no se enturbia porque su establecimiento como «obligatoria y generalizada» haya sido un acontecimiento legislativo y social «relativamente reciente»,<sup>24</sup> ni por su enraizamiento en la protección de la seguridad y salud en el trabajo.<sup>25</sup> Su imposición por el artículo 40.2 de la Constitución conforma parte de derecho

<sup>21</sup> Mediante la Directiva 83/391/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, norma que ha sido desarrollada por una multitud de directivas específicas, entre ellas inicialmente por la Directiva 93/104/CE del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, en los aspectos relativos al tiempo (jornada) de trabajo, cual fue modificada por la Directiva 2003/34/CE, habiendo finalizado el plazo para su transposición el 1 de agosto de 2003, y ambas derogadas por la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de noviembre de 2003 (art. 27), que entró en vigor el 4 de noviembre de 2003 (art. 28), norma comunitaria vigente que establece las disposiciones mínimas de seguridad y salud en materia de ordenación del tiempo de trabajo, y que no hace sino consolidar (refundir) las dos directivas anteriormente citadas.

<sup>22</sup> STJUE de 24 de enero de 2012, asunto C-282/10, Maribel Domínguez y Centre Informatique du Centre Ouest Atlantique, Préfet de la region Centre.

<sup>23</sup> STC 192/2003, de 27 de octubre de 2003.

<sup>24</sup> ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M.<sup>a</sup> E.: *Derecho del Trabajo*, 12.<sup>a</sup> edición, Madrid: Facultad de Derecho-Universidad Complutense, 1991, pág. 277.

<sup>25</sup> Constituye, ciertamente, el enfoque más común en la doctrina. Así VIDA SORIA, J.; MONEREO PÉREZ, J.L. y MOLINA NAVARRERE, C.: *Manual de derecho del Trabajo*, 2.<sup>a</sup> edición, Granada: Comares, 2004, pág. 532, indican que «La especial

al «descanso», que «se establece no como tal sino como principio inspirador de la regulación» de la ordenación del tiempo de trabajo.<sup>26</sup>

De tal manera que «la expresión "vacaciones anuales retribuidas" que figura en el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2003/88/CE significa que, mientras duren las vacaciones anuales en el sentido de esta directiva, debe mantenerse la retribución y, en otras palabras, que el trabajador debe percibir la retribución ordinaria por dicho periodo de descanso»,<sup>27</sup> y «la obligación de retribuir las vacaciones tiene como objetivo colocar al trabajador, durante las citadas vacaciones, en una situación que, desde el punto de vista del salario, sea comparable a los periodos de trabajo».<sup>28</sup> En fin, que en el momento actual, «el derecho a vacaciones anuales y el derecho a percibir una retribución en concepto de vacaciones constituyen dos vertientes de un único derecho».<sup>29</sup>

### III. EL FUNDAMENTO DEL DERECHO DE LOS TRABAJADORES A DISFRUTAR DE VACACIONES ANUALES RETRIBUIDAS

Según establece la jurisprudencia constitucional «la concepción del tiempo libre del trabajador, no como tal, sino como un tiempo de descanso a disponibilidad del empresario, y de la sumisión del deber de trabajo y rendimiento no solo a una comprobación objetiva durante el cumplimiento de la prestación, sino durante el periodo de descanso (...) no resulta en modo alguno acorde con la confi-

preocupación por la efectividad de este derecho reside en su intensa vinculación con la "conservación/restauración" de la salud de los trabajadores». En una línea parcialmente diferente indican CABEZA PEREIRO, J.; RABANAL CARBAJO, P., MELLA MÉNDEZ, L. y FERNÁNDEZ PRIETO, M.: *La ordenación del tiempo de trabajo*, Santiago de Compostela: Consello Galego de Relacións Laborais, 2004, págs. 142-143, que «las vacaciones anuales se configuran como un periodo de descanso ininterrumpido cuya finalidad es la de que el trabajador pueda disfrutar de un tiempo de ocio y recuperar las energías perdidas durante la jornada anual de trabajo».

<sup>26</sup> Indica LÓPEZ BALAGUER, M.: «La ordenación del tiempo de trabajo», en *El modelo social en la Constitución española de 1978*, AA.VV., Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, pág. 432.

<sup>27</sup> STJUE 20 de enero de 2009, asuntos acumulados C-350/2006 y 520/2006, Shultz-Hoff.

<sup>28</sup> *Vid.* nota anterior.

<sup>29</sup> STJUE de 16 de marzo de 2006, asuntos acumulados C-131/04 y 25/04, C.D. Robinson-Steele (C-131/04) y R.D. Retail Services Ltd., y entre Michael Jason Clarke (C-257/04) y Frank Staddon Ltd., y entre J.C. Caulfield, C.F., Caulfield, K.V. Barnes y Hanson Clay Products Ltd., anteriormente Marshalls Clay Products Ltd.; 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 la STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 9 de mayo de 2008, que «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 el trabajo efectivo», con cita de la STS, Sala de lo Social, de 25 de febrero de 2003; Sobre la importancia, requisitos y condiciones del derecho a vacaciones anuales retribuidas, GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: *Manual de Derecho del Trabajo*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, págs. 416-419. Efectivamente, «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 nuestra jurisprudencia tiene declarado (STCT de 19 de diciembre de 1984), 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 CE 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» (STSJ de Navarra, Sala de lo Social, de 30 de septiembre de 2004).

guración 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».<sup>30</sup>

La concepción del derecho de los trabajadores a vacaciones anuales retribuidas como un periodo de tiempo que ha de proporcionar un «descanso necesario»,<sup>31</sup> y durante el cual se percibe el salario sin la contraprestación (sinalagma) de prestar el trabajo,<sup>32</sup> por lo que ha de dedicarlo el trabajador a recuperar fuerzas,<sup>33</sup> a «recuperarse del desgaste físico y psicológico producido por su actividad laboral,

<sup>30</sup> STC 192/2003, de 17 de octubre de 2003, en esa resolución de la justicia constitucional se cuestionaban determinadas resoluciones judiciales que habían establecido la obligación del trabajador, que percibe el salario durante las vacaciones, de dedicarse a recuperar fuerzas, motivo por el que, al decir de tales resoluciones judiciales le resultaba prohibido realizar trabajos durante ese periodo ya fuera «para sí o para otros», pues constituiría una conducta contraria a tal criterio la transgresión de la buena fe contractual.

<sup>31</sup> «Al decir que las vacaciones han de proporcionar un "descanso necesario" debe hacerse referencia a las propias previsiones constitucionales, entre las que destaca "la adecuada utilización del ocio" (art. 43.3 CE)», destaca la STSJ de Navarra, Sala de lo Social, de 16 de junio de 2004.

<sup>32</sup> Precisan las SSTSJ de Navarra, Sala de lo Social, de 30 de septiembre de 2004 y 3 de marzo de 2006, que 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»; Indica la STSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 7 de marzo de 2006, que «a partir de la propia Constitución Española en cuyo artículo 40.2 se prevé el fomento de una política que garantice el reconocimiento de unas "vacaciones retribuidas", secundando y recogiendo lo que ya había sido recogido en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 10 de diciembre de 1948, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 16 de diciembre de 1966, y de los Convenios núm. 32 y 132 de la OIT la existencia de vacaciones anuales "retribuidas" para todos los trabajadores ha sido siempre reconocido como el derecho a percibir una retribución salarial por los periodos de vacación reconocidos en la legislación vigente; en concreto, en el Convenio 32 aprobado por la Conferencia Internacional del Trabajo en 4 de junio de 1936, ratificado por España en 1971 y publicado en el BOE de 18 de mayo de 1972, se dispone en su artículo 3.º el derecho de todo trabajador a percibir durante las vacaciones "su remuneración habitual". Este derecho a la retribución de las vacaciones ha sido reconocido igualmente dentro de nuestro derecho laboral a lo largo de toda la historia del mismo pues ya el artículo 56 de la Ley de Contrato de Trabajo de 12 de noviembre de 1931 reguló el derecho a las vacaciones y a su retribución como salario "sin descuento alguno", lo que fue continuado en disposiciones posteriores de las que tuvo importancia clarificadora lo recogido en el Decreto de Ordenación del Salario de 17 de agosto de 1973 y la Orden de desarrollo del mismo, de fecha 22 de noviembre de 1973 en cuyo artículo 2.º dispuso claramente que se habían de considerar como periodo de trabajo efectivo a los efectos retributivos que en la misma se regulaban "las vacaciones anuales". En la actualidad, el artículo 26 del ET dispone que "se considera salario la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie, por la prestación personal de los servicios laborales por cuenta ajena, ya retribuyan el trabajo efectivo (...) o los periodos computables como de trabajo", y el artículo 38 del citado Estatuto, dentro de la Sección Quinta, dedicada a regular el "Tiempo de trabajo" incluye en el artículo 38 el periodo de vacaciones para calificarlo como "periodo de vacaciones anuales retribuidas", y por lo tanto retribuidas como si fueran tiempo de trabajo aunque no lo sea de trabajo efectivo sino de descanso necesario, en interpretación que es aceptada sin fisura alguna por toda la doctrina científica existente sobre el particular. Por si hubiera alguna duda, el propio artículo 26.2 del Estatuto al establecer los conceptos que no tienen la consideración de salario solo se refiere como tales a "las cantidades percibidas por el trabajador en concepto de indemnizaciones o suplidos por los gastos realizados como consecuencia de su actividad laboral, las prestaciones e indemnizaciones de la Seguridad Social y las indemnizaciones correspondientes a traslados, suspensiones o despidos", y en ninguno de dichos conceptos sería posible incluir el relacionado con las vacaciones».

<sup>33</sup> Indica la STSJ de Canarias, Sala de lo Social, de 20 de marzo de 2009, que «el descanso anual o periódico que garantiza el instituto de las vacaciones tiene por objeto reparar no solo la fatiga energética, resultante de un esfuerzo físico y mental continuado, sino también la fatiga ambiental, resultante de las diversas constricciones que pueden derivarse del trabajo, del medio de trabajo y del modo de vida que su realización conlleva. Como dice el artículo 10 del Convenio OIT 132, con las vacaciones se trata de procurar al trabajador "oportunidades" de "descanso" y también, en lo posible, de "distracción". El tiempo de vacaciones ha de ser, por tanto, tiempo libre o tiempo de ocio, en la acepción primera del Diccionario de la Real Academia Española ("cesación del trabajo, inacción o total omisión de la actividad")»; La STS, Sala de lo Social, de 25 de febrero de 2003, reiterada por la STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 9 de mayo de 2008, indica que «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

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», tuvo un notable arraigo doctrinal y judicial,<sup>34</sup> pero ha merecido un contundente rechazo por parte de la jurisprudencia constitucional, que no ha dudado en afirmar que semejante concepción:

«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 de la 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».<sup>35</sup>

Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea:

«En cualquier caso, no puede obligarse al trabajador a disfrutar de las vacaciones. Además el trabajador siempre puede decidir por sí mismo qué hacer durante las vacaciones que le corresponden. Así es libre para, por ejemplo, trabajar para otro empresario durante sus vacaciones. Ello no puede considerarse una elusión del artículo 7 de la Directiva (antes de la 93/104/CE y, ahora, de la 2003/88/CE)».<sup>36</sup>

Esto es, no constituye «trasgresión de la buena fe contractual el hecho de que el trabajador trabaje para otra empresa durante el disfrute de sus vacaciones anuales, aunque la finalidad de las mismas sea el descanso del trabajador».<sup>37</sup> Posición que refrenda la jurisprudencia constitucional,<sup>38</sup> según la

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».

<sup>34</sup> Afirma DURÁN, F.: «Derecho a vacaciones en la empresa», *Expansión*, de 2 de septiembre de 2003, pág. 5, 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 de la 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».

<sup>35</sup> STC 192/2003, de 27 de octubre.

<sup>36</sup> STJUE de 16 de marzo de 2006, asuntos acumulados C-131/04 y C-257/04, D. Robinson-Steele (C-131/04) y R.D. Retail Services Ltd., y entre Michael Jason Clarke (C-257/04) y Frank Staddon Ltd., y entre J.C. Caulfield, C.F. Caulfield, K.V. Barnes y Hanson Clay Products Ltd., anteriormente Marshalls Clay Products Ltd.

<sup>37</sup> Precisa la STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 22 de marzo de 2007: «Esta Sala también comparte el criterio del magistrado de instancia en el sentido de que la situación de excedencia no es incompatible con el trabajo en otra empresa, bastando traer a colación el contenido de la Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 192/03, de 27 de octubre, en que se dice que en nuestro derecho del trabajo no existe un deber genérico de lealtad del trabajador para con su empresa, no constituyendo trasgresión de la buena fe contractual el hecho de que el trabajador trabaje para otra empresa durante el disfrute de sus vacaciones anuales, aunque la finalidad de las mismas sea el descanso del trabajador».

<sup>38</sup> STC 192/2003, de 27 de octubre.

cual la existencia de un contrato de trabajo «no significa que existe un deber genérico de lealtad con un significado omnicomprendivo de sujeción del trabajador al interés empresarial, pues no resultaría acorde con el sistema constitucional de relaciones laborales», dado que desde sus orígenes, la legislación sobre el contrato de trabajo 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».

La evolución derivada, por una parte de la reacción social frente al abuso del principio civil de la autonomía de la voluntad, y por otra parte de una crisis del contrato de trabajo, conlleva un orden regulador de las relaciones intersubjetivas en la prestación del trabajo, alejado definitivamente de los Códigos decimonónicos, superador de los principios y valores propios de las legislaciones obreras, y ubicado en la participación del trabajador tanto en la organización del trabajo como en los beneficios de la actividad de empresa.<sup>39</sup>

La jurisprudencia constitucional intuyó ese nuevo horizonte jurídico e introdujo cambios conceptuales de primera magnitud en del Derecho del Trabajo,<sup>40</sup> llamado a constituir el «Derecho de la actividad profesional»,<sup>41</sup> núcleo del nuevo sistema jurídico referente a la prestación del trabajo por cuenta ajena. Lo cual no significa que la jurisprudencia constitucional cuando alude a la «prestación de actividad configurada como relación contractual laboral» y a las «notas de laboralidad»,<sup>42</sup> no se este refiriendo a la regulación actual sobre el contrato de trabajo, e implícitamente a una manifestación específica y singular del trabajo, esto es, a la prestación de trabajo que reúna unas determinadas condiciones.<sup>43</sup>

<sup>39</sup> Sobre el tema ZULETA, J.: «¿Democracia en la empresa?», *Expansión*, de 16 de diciembre de 2003, pág. 54.

<sup>40</sup> Ejemplarmente en la STC 192/2003.

<sup>41</sup> Sobre el tema SAGARDOY BENGOCHEA, J.A.: «Hacia un nuevo Derecho del Trabajo: El Derecho de la Actividad Profesional», *RAJL*, Madrid, 2004.

<sup>42</sup> STC 227/1998 de 26 de noviembre; Sobre las notas de la relación laboral, GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: *op. cit.* (*Manual de Derecho del Trabajo*), págs. 253-254; También MONTOTA MELGAR, A.: «El trabajo por cuenta ajena. Un apunte sobre las predicciones marxistas acerca de su abolición», en *El Trabajo* (DE LA VILLA, L.E., coordinador), Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2011, págs. 133-145, y OJEDA AVILÉS, A., «El trabajo dependiente», en *El Trabajo* (DE LA VILLA, L.E., coordinador), Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2011, págs. 98-132.

<sup>43</sup> Las principales notas definitorias de la prestación del trabajo que está en la base de la relación laboral (trabajo humano, productivo, libre, por cuenta ajena, remunerado y dependiente, presumiendo la existencia de las cuatro primeras notas, se refiere a las tres restantes la STS, Sala de lo Social, de 31 de marzo de 1999) fueron modeladas significativamente por la jurisprudencia constitucional (STC 192/2003, de 27 de octubre), al considerar una manifestación extremada del «poder» empresarial el despido disciplinario por haber prestado servicios para otro empresario durante las vacaciones anuales retribuidas. Considera aquella jurisprudencia constitucional que el despido por trabajar para otro empresario durante las vacaciones anuales retribuidas (transgresión de la buena fe contractual) supone la ruptura arbitraria del contrato de trabajo que atenta directamente contra el «derecho al trabajo» y la «libertad de trabajo», derecho y libertad consagrados en los artículos 35.1 y 38 de la CE. Esto es, como afirma aquella jurisprudencia constitucional, la cláusula general de buena fe para poder ser aducida como justificación del ejercicio del poder empresarial (despido disciplinario) ha de adecuarse a los valores constitucionales «por el hecho de que tanto exigencias constitucionales, como compromisos internacionales, hacen que rijan entre nosotros el principio general de limitación legal del despido, así como su sujeción para su licitud a condiciones de fondo y de forma». Pudiéndose añadir que si bien el poder empresarial sancionador, cuya máxima manifestación es el ejercicio de la facultad de despido, se enmarca dentro de los poderes que el ordenamiento concede al empresario para la gestión de su empresa y que, por ello, su regulación ha de tener en cuenta también las exigencias derivadas del reconocimiento constitucional de la libertad de empresa, resulta claro que «no puede deducirse de (aquella) libertad de empresa ni una absoluta libertad contractual ni tampoco un principio de libertad *ad nutum* de despido, dada la necesaria concordancia que debe mantenerse entre los artículos 35.1 y 38 de la CE y, sobre todo, el principio de Estado social y democrático de Derecho, (no debiendo) olvidarse (...) que, en su vertiente individual, el derecho al trabajo (art. 35.1 CE) se concreta en el derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, es decir, en el derecho a no ser despedido sin justa causa»

El trabajador es libre de emplear su tiempo como le parezca oportuno y si se ha comprometido a prestar un trabajo, efectuado este y agotado algo de su tiempo en esa dedicación, podrá aplicar el resto, en uso de su libertad, como quiera. Pudiéndose precisar que «ni siquiera en otros estadios de evolución de nuestra normativa laboral que establecían una estrecha vinculación personal entre empresa y trabajador, alguno de los cuales se insertaba en un contexto jurídico público totalitario, se vinculó la realización de trabajos durante las vacaciones con la ruptura del vínculo contractual». Efectivamente, «tanto la Ley de contrato de trabajo de 1931, en su artículo 56<sup>44</sup> (...) como la Ley de contrato de trabajo de 1944, en su artículo 35<sup>45</sup> (...), si bien prohibían la realización de trabajos durante dicho periodo, se limitaban a sancionar dicha inobservancia con la obligación de reintegrar la remuneración percibida por vacaciones. La sanción en estos casos no alcanzaba al despido del trabajador, salvo que concurriese otra causa que lo justificara (como pudiera serlo la competencia desleal),<sup>46</sup> lo que demuestra que tal actuar no podía ser considerado como un incumplimiento contractual del trabajador, sino como una figura autónoma conectada eventualmente con la retribución vacacional».<sup>47</sup>

Concebir el tiempo libre del trabajador, «no como tal, sino como un tiempo de descanso a disponibilidad del empresario, y de la sumisión del deber de trabajo y rendimiento no solo a una comprobación objetiva durante el cumplimiento de la prestación, sino durante el periodo de descanso», en absoluto puede considerarse «acorde con la configuración actual del derecho a vacaciones anuales retribuidas», en nuestra legislación ordinaria ni, lo que es más importante, «con la primacía de la persona y el respeto a la vida privada que la Constitución garantiza».<sup>48</sup>

Precisamente la derivación del contrato de trabajo de la *locatio conductio* romana<sup>49</sup> supuso el alejamiento de la idea de la compraventa del prestador material del trabajo (trabajador/esclavo). Las

<sup>44</sup> «Si el trabajador, durante sus vacaciones retribuidas, realizara para sí o para otro trabajos que contraríen la finalidad del permiso, perderá todo derecho a la remuneración».

<sup>45</sup> «Si el trabajador, durante sus vacaciones retribuidas, realizara para sí o para otro trabajos que contraríen la finalidad del permiso, deberá reintegrar la remuneración percibida correspondiente a las vacaciones».

<sup>46</sup> Tema que ha permanecido incólume y se confirma en la STC 192/2003. Efectivamente, como indica la STSJ de Extremadura de 4 de noviembre de 2005, «la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo recuerda que el ordenamiento jurídico laboral prohíbe al trabajador concurrir con la actividad de la empresa a no ser que cuente con la expresa autorización de la misma, artículos 5 d) y 21.1 del ET y en tal sentido se viene señalando que la concurrencia sancionable como desleal se produce cuando "el trabajador despliega una actividad productiva en empresa distinta que tiene el mismo objeto que la que produce la competencia" por dedicarse una y otra "a un mismo objeto y a un mismo ámbito" (...) con la disputa de un mismo "potencial de clientes", de tal manera que la valoración como desleal de su conducta se produce cuando el trabajador utiliza el conocimiento profesional adquirido contra su principal para así potenciar la actividad "competitiva y por ello mismo una deslealtad en la concurrencia del mercado" (...) lo que supone un incumplimiento contractual grave y culpable toda vez que la competencia desleal vulnera la buena fe exigible en cualquier relación laboral con independencia de la ventaja económica que pudiera o no haber obtenido el trabajador y del perjuicio causado a la empleadora, al afectar al elemento espiritual del contrato, a sus consecuentes deberes éticos».

<sup>47</sup> Indica DURÁN, F.: *op. cit. (Derecho a vacaciones en la empresa)*, pág. 5, que «históricamente, se preveía que en este caso el empresario pudiese "reclamar" lo abonado por las vacaciones, pero el ET, prohibidas ya las "multas de haber", no establece nada al respecto, por lo que se ha venido considerando que tal actuación del trabajador supone una infracción del deber de buena fe que, si reviste la suficiente gravedad, puede justificar el despido»; Sobre sus efectos en el Derecho alemán señala DÄUBER, W.: *Derecho del Trabajo*, Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1994, pág. 606, que en contra de una anterior jurisprudencia, que obligaba al trabajador a devolver al empresario la que hubiere percibido como paga de vacaciones, cuando durante las mismas hubiere trabajado para otro empresario, el BAG «parte ahora del principio conforme al cual el trabajador no está obligado a devolver la remuneración de las vacaciones que haya percibido (BAG AiB 1989), pero en ocasiones corre el riesgo de ser despedido».

<sup>48</sup> STC 192/2003, de 27 de octubre.

<sup>49</sup> ALONSO OLEA, M.: «Las raíces del contrato de trabajo», *AARAJL*, núm. 21, 1989, pág. 415.

locaciones, *locatio conductio operarum* y *locatio conductio operis*, que se referían «siempre al trabajo subordinado siendo la compraventa la forma jurídica de dar salida al trabajo autónomo e independiente»,<sup>50</sup> determinaron la emergencia, especialmente de la mano de la *locatio conductio operarum*, del *mercenarius*, que ya hacía alusión «a una persona libre». <sup>51</sup> Devenidas la dependencia y la ajeneidad en notas delimitadoras de la relación de trabajo,<sup>52</sup> tanto positiva como negativamente,<sup>53</sup> de la evolución histórica de la relación laboral<sup>54</sup> resulta claro que el trabajador no enajena «su» tiempo por más que la realización de la tarea comprometida (contratada) consuma tiempo. No obstante aquella evolución en absoluto contraría las concomitancias entre contrato de sociedad y contrato de trabajo.<sup>55</sup>

Afirmar 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 «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, con la grave consecuencia de que, de no hacerlo así, incurriría en un «incumplimiento grave y culpable» que podría dar lugar a que sea válidamente despedido «por transgresión de la buena fe contractual» (art. 54 ET), supone una interpretación del prin-

<sup>50</sup> GÓMEZ-IGLESIAS CASAL, A.: *La influencia del Derecho Romano en las modernas relaciones de trabajo*, Madrid: Civitas, 1995, pág. 47.

<sup>51</sup> GÓMEZ-IGLESIAS CASAL, A.: *op. cit.* (*La influencia del Derecho Romano en las modernas relaciones de trabajo*), pág. 49.

<sup>52</sup> 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*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1997, págs. 22-23.

<sup>53</sup> Ejemplarmente se lleva a cabo una delimitación negativa en la STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 22 de diciembre de 2009, que se refiere a la actividad «como concejal y como parlamentario», la cual «evidentemente» no es «laboral respecto del partido», al carecer de «cualquier característica propia del contrato de trabajo». Destacando que si bien es cierto que los partidos políticos pueden tener, y tienen trabajadores a su servicio que, «con independencia de su afinidad ideológica con el partido, se hallan sometidos a su régimen organizativo a cambio de una retribución por las tareas que realizan personalmente», sin embargo, precisa, cuando un afiliado a un partido desarrolla una actividad estrictamente política, y por ello devenga cantidades mensuales de la institución en las que desarrolle y actúe en un puesto de elección política (p. ej. concejal o parlamentario), entregando esas cantidades al partido, que a su vez paga a su afiliado representante político (concejal o parlamentario) una cantidad, pero inferior (lucrándose con la diferencia) porque así lo tenían pactado afiliado-partido, en absoluto estamos ante una relación laboral».

<sup>54</sup> «Es grave la confusión entre regulación jurídica específica del hecho social del trabajo y la aparición histórica de una legislación específica, bautizada como legislación obrera, legislación obrera que no se concibe al margen de la sociedad de clases (...). El derecho del trabajo es así un derecho clasista, (...). El derecho del trabajo evoluciona con la realidad social que delimita y es, en tal sentido, una forma social, y en cuanto tal, una entidad histórica. Estudiar el derecho del trabajo fuera del contexto histórico es aceptar de antemano la conclusión errada» afirma DE LA VILLA, L.E.: «En torno al concepto del Derecho Español del Trabajo», en *Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Cincuenta estudios del Profesor Luis Enrique de la Villa Gil. Homenaje a sus 50 años de dedicación universitaria* (PALOMEQUE LÓPEZ, M.C. y GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., coordinadores), Madrid: Ediciones CEF, 2006, pág. 264; Acerca de la prestación del trabajo a lo largo de la historia, especialmente durante el periodo consecuente a la Revolución Industrial, ALONSO OLEA, M.: *Introducción al Derecho del Trabajo*, 6.ª edición, Madrid: Civitas, 2002; También ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: *La construcción jurídica del contrato de trabajo*, Granada: Editorial Comares, 2011.

<sup>55</sup> Indica MERCADER UGINA, J.R.: «El trabajo societario», en *El Trabajo* (DE LA VILLA, L. E., coordinador), Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2011, pág. 33, que «el diálogo no siempre convergente entre contrato de sociedad y el laboral hunde sus raíces en las simas originarias del ordenamiento laboral. Ciertamente es que el contrato de trabajo y el de sociedad sufrieron un cierto hermanamiento en los orígenes dogmáticos del Derecho del Trabajo que llegó hasta el punto de confundir ambas instituciones».



cipio de la buena fe que produce un desequilibrio patente o irrazonable, a partir, (...), de pautas axiológicas constitucionales indiscutibles».<sup>56</sup>

Interfiere la sentencia objeto de comentario en la dogmática del discurso vacacional del trabajador dependiente por cuenta ajena, pero lo extravasa, proyectándolo hacia cualquier relación jurídica que tenga por objeto la prestación del trabajo, al indicar que «el concepto de "trabajador", en el sentido del artículo 45 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, posee un alcance autónomo y no debe interpretarse de forma restrictiva. Debe considerarse "trabajador" cualquier persona que ejerza actividades reales y efectivas, con exclusión de aquellas actividades realizadas a tan pequeña escala que tengan un carácter meramente marginal y accesorio. Según esta jurisprudencia, la característica de la relación laboral radica en la circunstancia de que una persona realice, durante un cierto tiempo, en favor de otra y bajo la dirección de esta, determinadas prestaciones a cambio de las cuales perciba una retribución».<sup>57</sup> Añadiendo que «carece de interés determinar si un trabajador presta sus servicios como obrero, empleado o funcionario, así como si su relación laboral está regulada por el Derecho público o privado. Tales calificaciones jurídicas, en efecto, varían según las legislaciones nacionales y, por consiguiente, no pueden aportar un criterio de interpretación adecuado a las exigencias del Derecho de la Unión».<sup>58</sup>

#### **IV. RELACIÓN ENTRE LA PROTECCIÓN DE LA SEGURIDAD Y SALUD DE LOS TRABAJADORES, Y EL DERECHO DE LOS TRABAJADORES A UNAS VACACIONES ANUALES RETRIBUIDAS**

La normativa de la Unión Europea establece un indudable maridaje entre la seguridad y salud en el trabajo y el derecho de los trabajadores a disfrutar de unas vacaciones anuales retribuidas. Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea:

- «Del tenor literal del artículo 1, apartados 1 y 2, letra a), del artículo 7, apartado 1, y del artículo 15 de la Directiva 2003/88/CE resulta de manera explícita que el objeto de esta se limita a establecer disposiciones mínimas de seguridad y salud en materia de ordenación del tiempo de trabajo, sin perjuicio de la facultad de los Estados miembros de aplicar disposiciones nacionales más favorables a la protección de los trabajadores».<sup>59</sup>
- «La Directiva (2003/88/CE) establece, además, la regla de que el trabajador debe normalmente poder disfrutar de un descanso efectivo, en aras de una protección eficaz de su seguridad y de su salud, ya que solo en caso de que concluya la relación laboral, su artículo 7, apartado 2, permite que el derecho a las vacaciones anuales retribuidas sea sustituido por una compensación económica».<sup>60</sup>

<sup>56</sup> STC 192/2003, de 27 de octubre.

<sup>57</sup> En el mismo sentido las SSTJUE de 3 de julio de 1986, asunto 66/85, Lawrie-Blum; de 23 de marzo de 2004, asunto C-138/02, Collins; y de 7 de septiembre de 2004, asunto C-456/02, Trojani.

<sup>58</sup> También en ese sentido STJUE de 12 de febrero de 1974, asunto 152/73, Sotgiu.

<sup>59</sup> Indica la STJUE objeto de comentario, de 3 de mayo de 2012, asunto C-337/10, Georg Neidel y Stadt Frankfurt am Main, reiterando la doctrina contenida en las SSTJUE de 6 de abril de 2006, asunto C-124/05, Federatie Nederlandse Vakbeweging contra Staat der Nederlanden, de 20 de enero de 2009, asuntos acumulados C-250/06 y C-520/06, Schultz-Hoff, y de 22 de noviembre de 2011, asunto C-214/10, KHS AG y Winfried Schulte

<sup>60</sup> STJUE de 6 de abril de 2006, asunto C-124/05, Federatie Nederlandse Vakbeweging contra Staat der Nederlanden.

Afirma aquella jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que «es cierto (que) el efecto positivo de (las) vacaciones para la seguridad y salud del trabajador se despliega plenamente cuando se disfrutan en el año previsto, es decir, durante el año en curso. Sin embargo, este tiempo de reposo no pierde interés a este respecto si se disfruta en un periodo posterior».<sup>61</sup>

A semejante doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea no se ajustaba plenamente nuestra jurisprudencia tradicional según la cual «la expresión vacaciones anuales que utiliza el artículo 38.1 del ET significa que se tiene derecho a ellas por cada año de trabajo, pero también indica la obligación de disfrutar las vacaciones dentro de cada año natural, distinguiéndose entre el devengo o la formación del derecho a vacaciones que va produciéndose con el transcurso de cada año de servicio, y el disfrute de esas vacaciones, que ha de realizarse dentro del año natural correspondiente».<sup>62</sup> De tal manera que «al ser, por tanto, las vacaciones anuales y no compensables económicamente –art. 38.1 ET–, va caducando irremisiblemente cada año el derecho a las que no se hayan disfrutado».<sup>63</sup>

Por más que se precisase por la misma jurisprudencia que el disfrute de las vacaciones no tenía por qué coincidir con el «cierre» de cada periodo devengo, y que ese disfrute de las vacaciones en cada año comprendía o debía comprender, en principio, todas las vacaciones devengadas ese año, produciéndose, en realidad, ajustes –normalmente, adelantos– en el disfrute sobre el devengo. Si no fuera así, se dice, el disfrute de las vacaciones tendría que coincidir con cada periodo de cierre del devengo, lo que obviamente no se ajustaría a la regla del artículo 38.2 del ET, sobre la fijación de los periodos de vacaciones y es claro que la fijación del periodo de disfrute no puede perjudicar el derecho de quien a lo largo del año cumple el tiempo de devengo.<sup>64</sup> Con la consecuencia asociada a semejante limitación del

<sup>61</sup> *Vid.* nota anterior.

<sup>62</sup> STS, Sala de lo Social, de 25 de febrero de 2003.

<sup>63</sup> SSTS, Sala de lo Social, Cuarta, de 5 de mayo de 1969, 20 de abril de 1971, 30 de noviembre de 1995, 17 de septiembre de 2002; Tampoco se compeadece bien con aquella doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea afirmar que «las vacaciones han de disfrutarse dentro de cada año natural, en proporción al tiempo trabajado mientras se encuentre vigente la relación laboral de que se trate, no siendo su derecho al disfrute susceptible de acumulación una vez transcurrido el año natural dentro del que puedan disfrutarse, y su no utilización no es susceptible de compensación económica salvo en aquellos supuestos en que por razón de extinción de la relación laboral devenga imposible su disfrute ya que, en otro caso, el derecho a las vacaciones caduca a la terminación del año natural», STS, Sala de lo Social, de 25 de febrero de 2003 y STSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 21 de enero de 2010; «No existiendo impedimento para el disfrute de las vacaciones, estas deben materializarse en el curso del año en que se devenguen, y de no ser así, se pierde el derecho a su disfrute; por el contrario, si el citado impedimento existe, el trabajador tendrá derecho a su compensación en metálico y, convertida la deuda de descanso en deuda económica a cargo de la empresa, su reclamación, como todas las de cantidad de dinero derivadas del contrato de trabajo, contará con el plazo de prescripción de un año que señala el artículo 59.1 del ET», afirman la STS, Sala de lo Social, de 17 de septiembre de 2002 y STSJ de Murcia, Sala de lo Social, de 13 de marzo de 2010.

<sup>64</sup> En términos de las SSTS, Sala de lo Social, de 15 de octubre de 2001 y 17 de septiembre de 2002, «la expresión vacaciones anuales que utiliza el artículo 38.1 del ET significa que se tiene derecho a ellas por cada año de trabajo, pero también indica la obligación de disfrutar las vacaciones dentro de cada año natural, distinguiéndose entre el devengo o la formación del derecho a vacaciones que va produciéndose con el transcurso de cada año de servicio, y el disfrute de esas vacaciones, que ha de realizarse dentro del año natural correspondiente. Este criterio está implícito en la regla de proporcionalidad del artículo 4.º del Convenio 132 de la OIT, a tenor del cual "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". El problema consiste en que la fecha del disfrute efectivo de las vacaciones, que ha de fijarse por acuerdo entre empresario y trabajador conforme a la planificación anual de las vacaciones, según el artículo 38.2 del ET, no tiene por qué coincidir con el "cierre" de cada periodo devengo, mientras que el disfrute de las vacaciones en cada año comprende o debe comprender, en principio, todas las vacaciones devengadas ese año (...). El artículo 11 del Convenio 132 de la OIT no lleva a conclusión

periodo de disfrute de las vacaciones anuales retribuidas de que «una vez transpuesto el año natural, decae el derecho a reclamar el disfrute efectivo de las vacaciones correspondientes al año ya transcurrido, así como el derecho a exigir la remuneración correspondiente a las vacaciones no disfrutadas».<sup>65</sup>

De ahí que se haya venido exigiendo una «interpretación conforme»<sup>66</sup> al Derecho de la Unión, el respeto a la «primacía»<sup>67</sup> de ese mismo Derecho, y de su intérprete (el Tribunal de Justicia de la Unión Europea), e incluso se abogue por el efecto directo de la Directiva 2003/88/CE.<sup>68</sup> Efectivamen-

contraria, pues lo que establece es el derecho a la percepción de la parte proporcional de lo ya devengado, por "la duración del servicio por el que no haya recibido aún vacaciones", pero esta duración no coincide, por lo ya dicho, con el periodo posterior al último disfrute de las vacaciones».

<sup>65</sup> STS, Sala de lo Social, de 17 de septiembre de 2002; «El derecho de vacaciones caduca cada año que no se hayan disfrutado», precisa la STSJ de Canarias, Sala de lo Social, de 26 de julio de 2005; Según la STSJ de Castilla y León, Sala de lo Social, de 13 de junio de 2005, «es doctrina consolidada de los Tribunales Superiores de Justicia aquella que afirma que las vacaciones se disfrutan por años naturales, de modo que, una vez transcurrido el año, caduca el derecho a su disfrute». En el mismo sentido SSTSJ, Salas de lo Social, de Murcia de 12 de enero de 1996 y de Castilla y León, de 23 de junio de 2003; Indica la STSJ de Castilla y León, Sala de lo Social, de 4 de julio de 2005 que «el artículo 38 del Estatuto, en sus apartados 1 y 2, se limita a disponer que "el periodo de vacaciones anuales retribuidas, no sustituible por compensación económica, será el pactado en convenio colectivo o contrato individual. En ningún caso la duración será inferior a 30 días naturales" y que "el periodo o periodos de disfrute se fijará de común acuerdo entre el empresario y el trabajador, de conformidad con lo establecido en su caso en los convenios colectivos sobre planificación anual de las vacaciones", de cuya lectura resulta que el trabajador tiene derecho a un determinado número de días de vacaciones por año natural, o parte proporcional, de prestación de servicios, pero en modo alguno que tal periodo de descanso haya de disfrutarse, forzosamente, dentro del mismo año natural del devengo. Una cosa es que, por razón de la finalidad de las vacaciones, su disfrute deba efectuarse, normalmente, dentro del año natural del devengo y otra bien distinta que no quepa, cuando ello no quiebra el fin de recuperación por ellas perseguido, dejar para primeros de la anualidad natural siguiente un escaso número de días, ya que en este supuesto no se desvirtúa ni contraría el fin de la norma».

<sup>66</sup> STJUE de 24 de enero de 2012, asunto C-282/10, Maribel Domínguez y Centre Informatique du Centre Ouest Atlantique, Préfet de la region Centre; En el mismo sentido SSTJUE de 5 de octubre de 2004, asuntos acumulados C-397/01 a C-403/01, Pfeiffer y otros, de 4 de julio de 2006, asunto C-212/04, Adeneler y otros, de 15 de abril de 2008, asunto C-268/06, Impact, de 23 de abril de 2009, asuntos acumulados C-378/07 a C-380/07, Angelidaki y otros, y de 19 de enero de 2010, asunto C-555/07, Küçükdeveci; Sobre la aplicación de las directivas y sus límites deben tomarse en consideración las apreciaciones de la Abogada General Sra. Verica Trstenjak, expuestas en sus conclusiones 61 a 68 de las presentadas el 8 de septiembre de 2011, en el asunto C-282/10, resuelto por STJUE de 24 de enero de 2012, asunto C-282/10, Maribel Domínguez y Centre Informatique du Centre Ouest Atlantique, Préfet de la region Centre.

<sup>67</sup> Se concibe el principio de «primacía» del Derecho de la Unión «como técnica o principio normativo destinado a asegurar su efectividad» (SSTC 28/1991, de 14 de febrero, y 64/1991, de 22 de marzo), que impone el Derecho de la Unión, «originario y derivado, sobre el interno», con «efecto directo para los ciudadanos» (SSTC 130/1995, de 11 de septiembre, y 58/2004, de 19 de abril). Al extremo de que «el órgano jurisdiccional nacional encargado de aplicar, en el marco de su competencia, las disposiciones del Derecho de la Unión, está obligado a garantizar la plena eficacia de estas disposiciones dejando inaplicada en caso de necesidad, por su propia iniciativa, cualquier disposición nacional contraria, (...) sin solicitar o esperar la derogación previa de dicha disposición nacional por el legislador o mediante cualquier otro procedimiento constitucional», indican las SSTJUE de 9 de marzo de 1978, asunto 106/77, Simmenthal, de 19 de noviembre de 2009, asunto C-314/08, Filipiak, y de 5 de octubre de 2010, asunto C-173/09, Georgi Ivanov Elchinov y Natsionalnazardravnosiguritelna kasa; Los Tratados constitutivos de la Unión Europea «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 (europea)», precisa RODRÍGUEZ IGLESIAS, G.C.: «Consideraciones sobre la formación de un Derecho Europeo», *C. J.*, núm. 200, abril-mayo 1999, pág. 12; El alcance de la «primacía» del Derecho de la Unión, se aclara en la Declaración del Tribunal Constitucional 1/2004, de 13 de diciembre.

<sup>68</sup> «De la jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia se desprende que, en todos aquellos casos en que las disposiciones de una directiva, desde el punto de vista de su contenido, no estén sujetas a condición alguna y sean suficientemente precisas, los particulares están legitimados para invocarlas ante los órganos jurisdiccionales nacionales contra el Estado, bien cuando este no haya adaptado el Derecho nacional a la directiva dentro de los plazos señalados, bien cuando haya hecho una adap-

te, al tenor de aquella jurisprudencia nacional «las vacaciones se deben disfrutar dentro del año natural, (y) si estas se reclaman cuando ya no se pueden disfrutar en su totalidad, las vacaciones se pierden», doctrina que «ha perdido toda su eficacia» a partir de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de Unión Europea, antes aludida, propugnándose que «la práctica aceptada por nuestros tribunales de considerar que las vacaciones se pierden si no se disfrutaron dentro del año natural de su devengo, es decir, del 1 de enero al 31 de diciembre, debe ser sustituida (...), en el sentido de que es un derecho que se puede disfrutar en cualquier otro momento aunque no se corresponda con el año natural».<sup>69</sup>

La vinculación del derecho a las vacaciones anuales con la protección de la seguridad y salud en el trabajo está presuponiendo que se ha trabajado. Efectivamente «resulta claro que presupuesto del nacimiento del derecho a las mismas es el de la previa prestación de servicios»,<sup>70</sup> sin que a ello obste que junto a la efectiva prestación de servicios hayan de computarse, para determinar y cuantificar el

tación incorrecta. Pues bien, el artículo 7 de la Directiva 2003/88/CE satisface tales criterios, dado que impone a los Estados miembros, en términos inequívocos, una obligación de resultado precisa y no sujeta a condición alguna en cuanto a la aplicación de la norma que contiene, consistente en conceder a todo trabajador vacaciones anuales retribuidas de al menos cuatro semanas. Aun cuando el artículo 7 de la Directiva 2003/88/CE deja a los Estados miembros un cierto margen de apreciación a la hora de establecer los requisitos de obtención y concesión del derecho a vacaciones anuales retribuidas contemplado en el mismo, ello no afecta, sin embargo, al carácter preciso e incondicional de la obligación que establece dicho artículo. Debe señalarse al respecto que el artículo 7 de la Directiva 2003/88/CE no figura entre las disposiciones de esta respecto de las cuales su artículo 17 permite establecer excepciones. Por tanto, puede determinarse la protección mínima que los Estados miembros deben establecer en todo caso con arreglo al mencionado artículo 7. El artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2003/88/CE reúne los requisitos necesarios para producir efecto directo. (...) Es cierto que, conforme a una jurisprudencia bien asentada, una directiva no puede, por sí sola, crear obligaciones a cargo de un particular y no puede, por consiguiente, ser invocada, como tal, contra dicha persona. No obstante, cabe recordar que, cuando los justiciables pueden ampararse en una directiva frente al Estado, no frente a un particular, pueden hacerlo independientemente de cuál sea la condición en que actúa el Estado, empleador o autoridad pública. En efecto, en uno y otro caso hay que evitar que el Estado pueda obtener ventajas de su incumplimiento del Derecho de la Unión. De este modo, entre las entidades a las que se pueden oponer las disposiciones de una directiva que puedan tener efectos directos figura un organismo al que, cualquiera que sea su forma jurídica, le ha sido encomendado, en virtud de un acto de la autoridad pública, el cumplimiento, bajo el control de esta última, de un servicio de interés público y que dispone, a tal efecto, de facultades exorbitantes en comparación con las normas aplicables en las relaciones entre particulares. No obstante, cabe recordar que, cuando los justiciables pueden ampararse en una directiva frente al Estado, no frente a un particular, pueden hacerlo independientemente de cuál sea la condición en que actúa el Estado, empleador o autoridad pública. En efecto, en uno y otro caso hay que evitar que el Estado pueda obtener ventajas de su incumplimiento del Derecho de la Unión» indica la STJUE de 24 de enero de 2012, asunto C-282/10, Maribel Domínguez y Centre Informatique du Centre Ouest Atlantique, Préfet de la région Centre; También SSTJUE de 26 de febrero de 1986, asunto 152/84, Marshall, de 12 de julio de 1990, asunto C-188/89, Foster y otras, de 14 de julio de 1994, asunto C-91/92, Faccini Dori, de 7 de marzo de 1996, asunto C-192/94, El Corte Inglés, de 14 de septiembre de 2000, asunto C-343/98, Collino y Chiappero, de 5 de octubre de 2004, asuntos acumulados C-397/01 a C-403/01, Pfeiffer y otros, de 19 de abril de 2007, asunto C-356/05, Farrell, y de 19 de enero de 2010, asunto C-555/07, Küçükdeveci.

<sup>69</sup> STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 4 de mayo de 2009, según la cual la inadecuación se produjo «a partir de la Sentencia de 29 de enero de 2009 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en la que resolviendo cuestión prejudicial, en los asuntos acumulados (C-350/06) Gerhard Schultz-Hoff contra Deutsche Rentenversicherung Bund, (planteado por un tribunal alemán) y (C-520/06) Stringer y otros contra Her Majesty's Revenue and Customs (planteada por un tribunal inglés), se interpretaba que «El artículo 7.º, apartado 1, de la Directiva 2003/88/CE de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, debe interpretarse en el sentido de que se opone a disposiciones o prácticas nacionales que prevean que el derecho a vacaciones anuales retribuidas se extingue al finalizar el periodo de devengo de las mismas y/o el periodo de prórroga fijado por el Derecho nacional, incluso cuando el trabajador se haya encontrado en situación de baja por enfermedad durante la totalidad o parte del periodo de devengo y su incapacidad laboral haya perdurado hasta la finalización de su relación laboral, razón por la cual no haya podido ejercitar su derecho a vacaciones anuales retribuidas».

<sup>70</sup> CABEZA PEREIRO, J.; RABANAL CARBAJO, P.; MELLA MÉNDEZ, L. y FERNÁNDEZ PRIETO, M.: *op. cit.*, pág. 143; También GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: «Sobre el derecho a vacaciones», *REDT*, núm. 100, pág. 820.

derecho, como tiempo trabajado determinadas ausencias que son independientes de la voluntad del trabajador. Queriéndose resaltar aquella vinculación cuando se afirma que «importa menos el pago de los correspondientes periodos que la posibilidad efectiva de disfrutar de las vacaciones que correspondan».<sup>71</sup>

Esa posibilidad de disfrutar de las vacaciones anuales retribuidas «en un periodo posterior», o su compensación en metálico cuando se ha resuelto el vínculo laboral, permite atribuirle utilidad en aras de la seguridad y salud en el trabajo al periodo vacacional disfrutado acumuladamente o a la compensación percibida por haberse extinguido la relación laboral. Por ello se admite, sin reparos, la «transferencia» de las vacaciones anuales retribuidas, punto en el que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea parece irreprochable, debiendo ser admitida, a la altura de los tiempos que nos ha tocado vivir, la posibilidad del disfrute de los periodos de vacaciones fuera del año natural correspondiente.<sup>72</sup>

## V. LA VIGENCIA DEL DERECHO A DISFRUTAR DE VACACIONES ANUALES RETRIBUIDAS ESTANDO EN SITUACIÓN DE INCAPACIDAD TEMPORAL

Según la jurisprudencia<sup>73</sup> «si bien el derecho a vacaciones retribuidas está enmarcado en la relación individual de trabajo, debe contemplarse dentro del contexto sociojurídico del Estado social y democrático de derecho que nuestra Constitución proclama y garantiza (art. 1), lo que impone una interpretación integradora de la normación ordinaria (art. 38 ET), del Derecho constitucional (art. 40.2 CE) y de la normativa de la OIT artículo 10». De tal manera que «no se discute que del mismo modo que no se puede reprochar a un trabajador su ausencia del puesto de trabajo debida a una enfermedad, la propia enfermedad no puede ser motivo para que se le quite su derecho a vacaciones garantizado por el Derecho de la Unión».<sup>74</sup>

Además, «dado que la Directiva 2003/88/CE no hace distinción alguna entre los trabajadores que durante el periodo de devengo de las vacaciones anuales se ausentan del trabajo como consecuencia de una baja por enfermedad y aquellos otros que durante dicho periodo trabajan efectivamente, resulta que, cuando se trata de trabajadores en situación de baja por enfermedad debidamente prescrita, ningún Estado miembro puede supeditar el derecho a vacaciones anuales retribuidas, que dicha directiva atribuye a todos los trabajadores, al requisito de haber trabajado efectivamente durante el periodo de devengo de las vacaciones anuales establecido en el Estado de que se trate. De lo anterior se desprende que el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2003/88/CE debe interpretarse en

<sup>71</sup> Precisa la Abogada General Sra. Christine Stix-Hackl en la conclusión 55 de su escrito de conclusiones presentado el 27 de octubre de 2005 en el procedimiento asuntos acumulados C-131/04 y C-257/04, resueltos por STJUE de 16 de marzo de 2006.

<sup>72</sup> Como indica la STSJ de Castilla y León, Sala de lo Social, de 27 de junio de 2005, «el Convenio 132 de la OIT (ratificado por España el 16 de junio de 1972) posibilita el disfrute de la vacación en periodos distintos al año natural en que el derecho se generó o devengó, puesto que el artículo 9.1 de ese Convenio establece que «la parte ininterrumpida de las vacaciones pagadas anuales (...) deberá concederse y disfrutarse a más tardar en el plazo de un año, a partir del final del año en que se haya originado el derecho a esas vacaciones, y el resto de las vacaciones anuales pagadas, a más tardar, dentro de los 18 meses, contados a partir de dicha fecha»».

<sup>73</sup> STS, Sala de lo Social, de 24 de junio de 2009.

<sup>74</sup> Indica la Abogada General Sra. Verica Trstenjak, en la conclusión 52 de su escrito de conclusiones presentado el 7 de julio de 2011, en el asunto C-214/10, KHS AG contra Winfried Schulte, resuelto por STJUE de 22 de noviembre de 2011.

el sentido de que se opone a disposiciones o prácticas nacionales que supediten el derecho a vacaciones anuales retribuidas a la existencia de un tiempo de trabajo efectivo mínimo».<sup>75</sup>

Debe considerarse que «el derecho a vacaciones anuales retribuidas, sin ser absoluto en cuanto a las fechas de su ejercicio, 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».<sup>76</sup>

La «incapacidad temporal de los trabajadores», derivada de enfermedad o accidente, es causa de suspensión del contrato de trabajo [art. 45.1 c) ET], lo que conlleva la paralización de las obligaciones principales del trabajador y del empresario, consecuencias que han de relacionarse inmediatamente con la emergencia de los sistemas de protección social y sus prestaciones, dada la característica sinalagmática del contrato de trabajo.<sup>77</sup> Efectivamente, «la relación laboral y el cumplimiento de las recíprocas prestaciones de trabajo y salario, y los demás efectos del contrato de trabajo, no se pueden reanudar plenamente mientras no se conozca efectivamente el fin de la incapacidad temporal (...). La incapacidad temporal trata de suplir la carencia de ingresos durante la suspensión del contrato de trabajo».<sup>78</sup>

Por ello «los periodos de incapacidad temporal no pueden ser contados como parte de las vacaciones y el trabajador debe conservar su derecho a disfrutarlas procurándole un periodo de descanso retribuido alternativo, y de no ser posible por extinguirse la relación laboral exigir su compensación en metálico, disponiendo el artículo 5.4 del Convenio núm. 132 de la OIT que los periodos de incapacidad temporal han de considerarse como tiempo de trabajo a efectos de la adquisición del derecho a

<sup>75</sup> STJUE de 24 de enero de 2012, asunto C-282/10, Maribel Domínguez y Centre Informatique du Centre Ouest Atlantique, Préfet de la région Centre.

<sup>76</sup> STC 324/2006, de 20 de noviembre de 2006; Ha de partirse de 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», indica la STC 19/1982, de 5 de mayo de 1982; Además el artículo 40.2 de la CE «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», precisan las SSTC 192/2003, de 27 de octubre de 2003, y 324/2006, de 20 de noviembre de 2006.

<sup>77</sup> Indica RODRÍGUEZ COPÉ, M.L.: «La suspensión del contrato de trabajo», Madrid: CES, 2004, págs. 173-175, que «junto a las disposiciones protectoras del trabajo de menores y mujeres, fueron las normas sobre accidentes de trabajo (...) las que, en la incipiente normativa de trabajo constituían la otra muestra de previsión de cesación en la actividad laboral sin pérdida del puesto de trabajo»; además de aquella normativa específica destaca la autora las previsiones contenidas en el anteproyecto de la Ley de Contrato de Trabajo de 1922 así como en la Ley de Contrato de Trabajo de 1931.

<sup>78</sup> STSJ de Navarra, Sala de lo Social, de 22 de diciembre de 2011.

vacaciones».<sup>79</sup> De tal manera que: a) «Las ausencias al trabajo por incapacidad temporal han de considerarse como periodo trabajado a efectos del devengo de vacaciones»;<sup>80</sup> b) La duración de las vacaciones «no puede verse afectada, aunque (la situación de incapacidad temporal) se prolongue durante todo el año»;<sup>81</sup> c) Cualquier alusión contractual o convencional a la «parte proporcional trabajada» ha de entenderse referida no solo al tiempo efectivamente trabajado sino a todo periodo de incapacidad temporal, como asimilado a aquel;<sup>82</sup> d) «El tiempo de enfermedad o accidente, que computa para acumular derecho a vacaciones, no computa como parte de las vacaciones mismas».<sup>83</sup>

Procede recordar que para la existencia de una situación de incapacidad temporal es precisa la concurrencia de los siguientes requisitos acumulativamente: «a) Que el trabajador presente una alteración de su salud que le imposibilite temporal y transitoriamente, con un límite máximo de tiempo (...), para la realización de su trabajo; b) Que las citadas afecciones precisen de asistencia sanitaria, que ha de ser de carácter curativo y no meramente paliativo; c) Que las lesiones que le aquejan no tenga carácter definitivo, sino que sean susceptibles de recuperación o mejoría con el tratamiento y las indicaciones terapéuticas de carácter médico que se le pauten por los facultativos que controlen la evolución de su proceso patológico».<sup>84</sup> Esto es, «lo decisivo, a estos efectos, es el juicio médico sobre si la alteración de la salud, del trabajador lo incapacita o no para realizar su trabajo y no tanto la existencia de una alteración de la salud, de hecho hay enfermedades o accidentes que no inhabilitan para el trabajo y no exigen por tanto la baja del trabajador, no pudiendo en tal caso reconocerse la situación de incapacidad temporal»,<sup>85</sup> supuesto que no se confunde con la de «enfermedad sin baja»,<sup>86</sup> pero con la que coincide en que no se produce la situación de incapacidad temporal. «La incapacidad temporal como contingencia debe ser protegida, siempre que se acredite su causa que es la incapacidad temporal misma, como criterio médico formalmente constatado».<sup>87</sup>

<sup>79</sup> STSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 24 de junio de 2011.

<sup>80</sup> STSJ del Principado de Asturias, Sala de lo Social, de 18 de junio de 2010.

<sup>81</sup> *Vid.* nota anterior.

<sup>82</sup> *Vid.* nota 80.

<sup>83</sup> ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M.ª E.: *Derecho del Trabajo*, 26.ª edición, Madrid: Thomson-Civitas, 2009, pág. 425.

<sup>84</sup> STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 10 de mayo de 2005; «El derecho a la percepción de la mencionada prestación (por incapacidad temporal) se extingue en la fecha en que se dicta la resolución del INSS que se pronuncia sobre la pretendida incapacidad permanente del trabajador interesado, tanto si se declara la existencia de la incapacidad como si se deniega», afirma la STSJ de Navarra, Sala de lo Social, de 22 de diciembre de 2011.

<sup>85</sup> STSJ de Navarra, Sala de lo Social, de 30 de diciembre de 2012, según la cual además para que se produzca una situación de incapacidad temporal «es preciso que se den las siguientes circunstancias, de forma conjunta o cumulativa: 1.º- Que exista una alteración de la salud del trabajador, por causa de enfermedad (común o profesional) o por un accidente (común o de trabajo); 2.º- Que el trabajador este ciertamente impedido para el trabajo (...); 3.º- Que el trabajador reciba asistencia sanitaria de los Servicios Públicos de Salud».

<sup>86</sup> Cuestión diferente es la «enfermedad sin baja», que contemplan algunos convenios colectivos estableciendo compensaciones en metálico, o de días libres. Compensación que «lo que hace es premiar (...) la continuidad en el trabajo del empleado que padece una enfermedad y que pese a ello no interrumpe su prestación laboral mediante una baja, continuando su tarea en unas condiciones presumiblemente molestas o –cuando menos– más penosas de lo normal a causa de su dolencia. Que la dolencia no sea grave y sí compatible con la prestación del trabajo es algo que permite encontrarnos en la situación compensable (...), premiándose el esfuerzo de permanencia en el puesto de trabajo», afirma la STSJ de Navarra, Sala de lo Social, de 29 de julio de 2011.

<sup>87</sup> STSJ de Navarra, Sala de lo Social, de 22 de diciembre de 2011; «En caso de que el trabajador deje de estar capacitado para trabajar concurriendo en él las condiciones para la incapacidad temporal, lo inmediato es la baja para el trabajo con el fin de que tenga las prestaciones correspondientes y después la determinación de la contingencia, sin que pueda entenderse que la baja sea nula porque después se determine que era otra distinta de la inicialmente contemplada la que pro-

Aquella situación de incapacidad temporal se extinguirá: a) Por el transcurso del plazo máximo de duración legalmente establecido;<sup>88</sup> b) Por ser dado de alta médica el trabajador con o sin declaración de incapacidad permanente. Debiéndose añadir que, para acreditar la concurrencia de la situación de incapacidad temporal nuestro legislador ha ideado un sistema singular (la expedición de los partes médicos de baja laboral, confirmación de baja y alta, cuya emisión en principio y ordinariamente es suficiente para acreditar su inicio, mantenimiento o extinción).<sup>89</sup> Por ello, según ordena la ley, «la baja de un trabajador por enfermedad durante el año de devengo de las vacaciones no obsta para que adquiera su derecho a vacaciones anuales retribuidas, siempre que su baja por enfermedad estuviera debidamente prescrita. Desde el punto de vista jurídico, esto significa que las ausencias del trabajo debidas a causas ajenas a la voluntad del trabajador afectado, como una enfermedad, deben computar como tiempo trabajado».<sup>90</sup>

La causa de la baja médica o incapacidad temporal es indiferente a los efectos del derecho a las vacaciones. Efectivamente, «el artículo 7 de la Directiva 2003/88/CE no hace distinción alguna en función del origen de la baja médica del trabajador, prescrita debidamente, puesto que todo trabajador tiene derecho a vacaciones anuales retribuidas de al menos cuatro semanas, con independencia de que haya estado de baja médica ya sea a causa de un accidente en el lugar de trabajo o en cualquier otro lugar, ya a causa de una enfermedad de la naturaleza u origen que sea».<sup>91</sup>

La Directiva 2003/88/CE no permita que los Estados miembros impidan el propio nacimiento de un derecho concedido expresamente a todos los trabajadores,<sup>92</sup> al extremo de que ningún Estado miembro pueda supeditar el derecho a vacaciones anuales retribuidas, que la propia directiva atribuye a todos los trabajadores, al requisito de haber trabajado efectivamente durante el periodo de devengo de las vacaciones anuales establecido en el Estado de que se trate.<sup>93</sup> Pero no excluye que «los Estados miembros puedan establecer que el derecho a vacaciones anuales retribuidas conferido por el Derecho nacional varíe en función del origen de la baja médica del trabajador, siempre que sea igual o superior al periodo mínimo de cuatro semanas previsto en el artículo 7 de la citada directiva».<sup>94</sup>

vocó la incapacidad para el trabajo, pues muchas veces esa determinación no es clara en principio», indica la STSJ de Extremadura, Sala de lo Social, de 7 de noviembre de 2006.

<sup>88</sup> En este punto es relevante tener en cuenta lo dispuesto por Real Decreto 1430/2009, de 11 de septiembre.

<sup>89</sup> SSTJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 30 de enero de 2000, 11 de abril de 2000, 17 de octubre de 2000, 30 de enero de 2001 y 8 de abril de 2003; «La suspensión del contrato ha sido formalmente declarada al reconocerse la baja médica y por ello debe ser por tanto formalmente revocada. La revocación de una situación de suspensión de la relación laboral solo se consuma con su notificación, y el agotamiento de la incapacidad temporal debe ser referido entonces al momento de la recepción de la notificación formal», afirma la STSJ de Navarra, Sala de lo Social, de 22 de diciembre de 2011.

<sup>90</sup> Indica la Abogada General Sra. Verica Trstenjak, en su conclusión 52 de las presentadas el 8 de septiembre de 2011, en el asunto C-282/10, resuelto por STJUE de 24 de enero de 2012, Maribel Domínguez y Centre Informatique du Centre Ouest Atlantique, Préfet de la région Centre, y en la que precisa, «es lo mismo que expresa la disposición del artículo 5, apartado 4, del Convenio n.º 132 de la Organización Internacional del Trabajo, de 24 de junio de 1970, relativo a las vacaciones anuales pagadas (revisado), en el que el Tribunal de Justicia basó sus consideraciones sobre la relación entre las vacaciones anuales y las vacaciones por enfermedad».

<sup>91</sup> STJUE de 24 de enero de 2012, asunto C-282/10, Maribel Domínguez y Centre Informatique du Centre Ouest Atlantique, Préfet de la région Centre.

<sup>92</sup> STJUE 26 de junio de 2001, asunto C-173/1999, BECTU.

<sup>93</sup> STJUE de 20 de enero de 2009, asuntos acumulados C-250/06 y C-520/06, Schultz-Hoff.

<sup>94</sup> STJUE de 24 de enero de 2012, asunto C-282/10, Maribel Domínguez y Centre Informatique du Centre Ouest Atlantique, Préfet de la région Centre.



Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea «es pacífico que la finalidad del derecho a vacaciones anuales retribuidas consista en permitir que los trabajadores descansen y dispongan de un periodo de ocio y esparcimiento.<sup>95</sup> Tal finalidad difiere de la correspondiente al derecho a causar baja por enfermedad. Este último derecho se reconoce a los trabajadores con el fin de que puedan recuperarse de una enfermedad».<sup>96</sup> De todo ello y «especialmente de la citada finalidad del derecho a vacaciones anuales retribuidas», resultase, según indica la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.<sup>97</sup>

- Que «un trabajador que se encuentre en situación de incapacidad temporal durante un periodo de vacaciones anuales fijado previamente tiene derecho, a petición suya y al objeto de poder disfrutar efectivamente sus vacaciones anuales, a tomarlas en fecha distinta a la de la incapacidad temporal».
- Que «la fijación de este nuevo periodo de vacaciones anuales, cuya duración equivaldrá al tiempo en que hayan coincidido el periodo de vacaciones anuales fijado inicialmente y la incapacidad temporal, está sometida a las disposiciones y procedimientos de Derecho nacional aplicables a la fijación de las vacaciones de los trabajadores, teniendo en cuenta los diversos intereses concurrentes y, en particular, las razones imperiosas que se derivan de los intereses de la empresa».<sup>98</sup>

<sup>95</sup> SSTJUE de 20 de enero de 2009, asuntos acumulados C-250/06 y C-520/06, Schultz-Hoff, de 22 de noviembre de 2011, asunto C-214/10, KHS AG y Winfried Schulte, y de 21 de junio de 2012, asunto C-78/111, Asociación Nacional de Grandes Empresas de Distribución (ANGED) y Federación de Asociaciones Sindicales (FASGA), Federación de Trabajadores Independientes de Comercio (FETICO), Federación Estatal de Trabajadores de Comercio, Hostelería, Turismo y Juego de UGT, Federación de Comercio, Hostelería y Turismo de CC.OO.

<sup>96</sup> STJUE de 10 de septiembre de 2009, asunto C-277/08, Francisco Vicente Pereda y Madrid Movilidad, S. A.

<sup>97</sup> Vid. nota anterior.

<sup>98</sup> Indican las SSTs, Sala de lo Social, de 11 de marzo de 1998, 16 de abril de 1999, 26 de abril de 2007, 14 de octubre de 2008, 24 de junio de 2009 y 3 de octubre de 2010, que «no significa decisivo obstáculo –para afirmar el derecho al disfrute real de las vacaciones– la existencia de un acuerdo colectivo o individual que hubiese ya fijado el calendario de su disfrute, pues si bien esto comporta que en principio haya de estarse a lo pactado y planificado (en tanto que la obligación empresarial al respecto es de "medios" y no de "resultados"), no lo es menos que tal consecuencia puede ser excepcionada no solamente en los supuestos de caso fortuito, sino también en aquellos otros en que razonablemente pueda operar –como excepción al principio de obligada observancia de lo pactado– la cláusula *rebus sic stantibus*, pese a su general apreciación restrictiva. Supuesto excepcional que sería de apreciar en la IT iniciada tras la fijación de la fecha de disfrute y antes de que la misma se alcanzase, de forma que el supuesto actuaría como excepción al citado principio *pacta sunt servanda*, por tratarse de acontecimiento posterior e imprevisto que hace extremadamente oneroso para una de las partes (el trabajador) mantener los términos del convenio –individual o colectivo– en su inicial previsión temporal pues si varían las circunstancias en manera tal que de haberse conocido no se habría pactado la fecha de disfrute (cual es la coincidencia del periodo acordado con una situación de IT), en forma alguna resulta carente de legítima causa pretender la excepcional liberación de someterse a la fecha pactada»; La STC 304/2006, de 20 de noviembre, en clara contradicción con la doctrina establecida en la STC 192/2003 (a la que cita paradójicamente en su apoyo), afirma que «en cuanto a su naturaleza, no cabe duda de que las vacaciones cumplen una función íntimamente ligada a la permanencia en el puesto de trabajo. Tanto es así, que el número de días de vacación aparece de manera general vinculado siempre a los días de duración de la relación laboral. 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 este Tribunal ha declarado que la vinculación entre vacaciones y descanso no es única ni exigible, de modo que el periodo vacacional legalmente previsto es un tiempo caracterizado por la libertad del trabajador para la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida (...). Con carácter general las normas estatales y convencionales que regulan la materia suelen incluir dos limitaciones temporales: la fijación de un periodo concreto para las vacaciones, y el establecimiento del final del año natural como tope máximo para su disfrute. El juego conjunto de ambos opera de tal manera que los trabajadores

- Que «en el supuesto de que tales intereses se opongan a que se acepte la solicitud del trabajador relativa al nuevo periodo de vacaciones anuales, el empresario está obligado a asignar al trabajador otro periodo de vacaciones anuales que este proponga y que sea compatible con dichos intereses, sin excluir a priori que ese periodo pueda quedar fuera del periodo de referencia de las vacaciones anuales en cuestión».
- Que «si bien el efecto positivo de las vacaciones anuales retribuidas para la seguridad y la salud del trabajador se despliega plenamente cuando se disfrutan en el año previsto, es decir, durante el año en curso, ese tiempo de reposo no pierde interés a este respecto si se disfruta en un periodo posterior».<sup>99</sup>

Concluyendo la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea: a) Que «aun cuando la Directiva 2003/88/CE no se opone a disposiciones o prácticas nacionales que permitan que un trabajador en situación de baja por enfermedad disfrute durante dicho periodo las vacaciones anuales retribuidas, en caso de que el trabajador no desee disfrutar las vacaciones anuales durante el periodo de incapacidad temporal, debe asignársele un periodo distinto para su disfrute»; b) Que el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2003/88/CE «se opone a disposiciones nacionales o convenios colectivos que establezcan que un trabajador que se encuentre en situación de incapacidad temporal durante el periodo de vacaciones anuales fijado en el calendario de vacaciones de la empresa en la que está contratado no tiene derecho, una vez dado de alta médica, a disfrutar sus vacaciones anuales en un periodo distinto del fijado inicialmente, en su caso fuera del periodo de referencia de que se trate».

En todo caso ha de afirmarse: 1) Que «el pleno disfrute del derecho a las vacaciones únicamente puede conseguirse cuando el trabajador se encuentre en condiciones físicas y mentales de hacer uso del mismo, de forma que no se puede entender que un trabajador, (...), en situación de incapacidad temporal antes del disfrute del periodo vacacional, pueda disfrutar adecuadamente de las finalidades atribuidas a las vacaciones»;<sup>100</sup> 2) Que «los periodos de incapacidad temporal no pueden ser contados como parte de las vacaciones y el trabajador debe conservar su derecho a disfrutarlas procurándole un periodo de descanso retribuido alternativo (...), disponiendo el artículo 5.4 del Convenio 132 de la OIT que los periodos de incapacidad temporal han de considerarse como tiempo de trabajo a efectos de adquisición del derecho a vacaciones».<sup>101</sup>

Precisamente por «la posibilidad de aplazar en el tiempo el derecho a vacaciones como una modalidad de aplicación (de ese derecho vacacional), cuya regulación es competencia de los Estados

vienen obligados a disfrutar sus vacaciones durante unos días concretos del año, salvo fuerza mayor; en tal caso podrán disfrutarlas en otras fechas, dentro del mismo año o del periodo que se especifique. Se trata de una restricción que responde esencialmente a intereses organizativos y cuya proporcionalidad, con carácter general, no ha sido puesta en duda (...). Estas limitaciones basadas en el funcionamiento normal de empresas y servicios permiten caracterizar las vacaciones anuales retribuidas como un derecho sometido a plazos de ejercicio y caducidad. De ese modo, en principio, el trabajador que por causas no achacables al empleador, especialmente debido a una incapacidad laboral, no pueda disfrutar de sus vacaciones en el periodo determinado ni dentro del plazo máximo, pierde el derecho a ellas. En caso de existir, la determinación de estos límites temporales, que no aparecen expresamente recogidos en el Estatuto de los Trabajadores, puede realizarse a través de convenios colectivos, acuerdos sindicales o planes de vacaciones de empresa procedentes».

<sup>99</sup> Con cita de su Sentencia de 6 de abril de 2006, asunto C-124/05, *Federatie Nederlandse Vakbeweging*.

<sup>100</sup> STS, Sala de lo Social, de 24 de junio de 2009 y STSJ del Principado de Asturias, Sala de lo Social, de 18 de octubre de 2010.

<sup>101</sup> STSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 24 de junio de 2011.

miembros»,<sup>102</sup> se ha declarado por el Tribunal de Justicia que «el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2003/88/CE debe interpretarse en el sentido de que se opone a disposiciones o prácticas nacionales que prevean que el derecho a vacaciones anuales retribuidas se extingue al finalizar el periodo de devengo de las vacaciones anuales y/o el periodo de aplazamiento fijado por el propio Derecho nacional, incluso cuando el trabajador se haya encontrado en situación de baja por enfermedad durante todo el periodo de devengo y su incapacidad laboral haya perdurado hasta la finalización de su relación laboral, razón por la cual no haya podido ejercitar su derecho a vacaciones anuales retribuidas»,<sup>103</sup> conclusión que también es válida para la compensación económica prevista en el artículo 7, apartado 2, de aquella Directiva 2003/88/CE.<sup>104</sup> A raíz de la meritada jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, nuestra jurisprudencia llevó a cabo un giro copernicano<sup>105</sup> para adaptarse a la misma.<sup>106</sup>

<sup>102</sup> Señala la Abogada General Sra. Verica Trstenjak, en la concusión 43 de su escrito de conclusiones presentado el 7 de julio de 2011, en el asunto C-214/10, KHS AG contra Winfried Schulte, resuelto por STJUE de 22 de noviembre de 2011.

<sup>103</sup> Según se indica en la STJUE de 26 de junio de 2001, asunto C-173/1999, BECTU, como precisa la Abogada General Sra. Verica Trstenjak, en la concusión 44 de su escrito de conclusiones presentado el 7 de julio de 2011, en el asunto C-214/10, KHS AG contra Winfried Schulte, resuelto por STJUE de 22 de noviembre de 2011.

<sup>104</sup> Como se afirma en la STJUE de 26 de junio de 2001, asunto C-173/1999, BECTU, según recuerda la Abogada General Sra. Verica Trstenjak, en la concusión 45 de su escrito de conclusiones presentado el 7 de julio de 2011, en el asunto C-214/10, KHS AG contra Winfried Schulte, resuelto por STJUE de 22 de noviembre de 2011.

<sup>105</sup> Nuestra jurisprudencia venía históricamente sosteniendo que siendo la obligación legal del empresario de respetar el derecho a vacaciones del trabajador una obligación de medios y no de resultado, había de ceñirse, salvo ampliación convencional o contractual de su contenido, a la libranza en las fechas fijadas en un acuerdo individual de vacaciones o en un acuerdo colectivo de planificación y fijación del calendario de vacaciones, pues así lo establecía implícitamente el artículo 38 del ET, y que tales acuerdos bilaterales de determinación de la fecha de disfrute de las vacaciones tenían un claro propósito de ajuste o compromiso entre el interés productivo del empresario y el interés del trabajador a desarrollar actividades de tiempo libre en el periodo de vacaciones. Indicando las SSTs, Sala de lo Social, de 3 de octubre, 20 de diciembre de 2007 y 25 de marzo de 2003; Según STSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 21 de enero de 2010, «tanto la doctrina como la jurisprudencia han venido sosteniendo que las vacaciones han de disfrutarse dentro de cada año natural, en proporción al tiempo trabajado mientras se encuentre vigente la relación laboral de que se trate, no siendo su derecho al disfrute susceptible de acumulación una vez transcurrido el año natural dentro del que puedan disfrutarse, y su no utilización no es susceptible de compensación económica salvo en aquellos supuestos en que por razón de extinción de la relación laboral devenga imposible su disfrute ya que en otro caso, el derecho a las vacaciones caduca a la terminación del año natural». Por ello, como sucedía en todo ajuste o compromiso, podía haber sacrificios y cesiones de preferencias por una u otra parte. Figurando entre los sacrificios posibles para el empresario la imposibilidad de contar con el trabajador durante los días señalados de vacaciones, y entre los sacrificios posibles para el trabajador la asunción del riesgo de incapacidad temporal una vez que el periodo de vacaciones ha sido fijado regularmente. Una referencia completa a esta doctrina puede verse en BURGOS HERRERA, R.: *Jornada laboral, vacaciones, permisos y suspensión del contrato de trabajo*, Navarra: Thomson-Aranzadi, 2005, pág. 161; Abogaban por la «dulcificación de esta doctrina SEMPERE NAVARRO, A.V. y CHARRO BAENA, P.: *Las vacaciones laborales*, Navarra: Thomson-Aranzadi, 2003, págs. 161-163.

<sup>106</sup> «En un primer momento la doctrina jurisprudencial de esta Sala Cuarta del Tribunal Supremo, en relación con la coincidencia de las vacaciones previamente fijadas con un periodo de incapacidad temporal iniciado antes del comienzo del disfrute de aquellas, había entendido que no era posible reconocer el periodo vacacional en fecha posterior cuando la incapacidad temporal se había iniciado antes del comienzo de dicha vacación, salvo en los casos legalmente excepcionados por el artículo 38 del ET (SSTS de 3 de octubre de 2007 y 20 de diciembre de 2007). No obstante, en aplicación de la doctrina del TJUE, plasmada en la Sentencia de 20 de enero de 2009, modificamos nuestro criterio a partir de la STS de 24 de junio de 2009, dictada por el Pleno de esta Sala. Haciéndonos eco después de lo declarado en la STJUE de 10 de septiembre de 2009, hemos reiterado el criterio en las STS de 18 de enero y 21 de enero, 4 de febrero, 8 de febrero (...), 11 de febrero de 2010, 19 de abril, 27 de abril, 31 de mayo, 6 de julio, 13 de julio y 15 de noviembre de 2010. En ellas se ha sostenido que "la situación de incapacidad temporal, que surge con anterioridad al periodo vacacional establecido y que impide disfrutar de este último en la fecha señalada, no puede ni debe erigirse en impedimento que neutralice el derecho al disfrute de dicha vacación anual que todo trabajador ostenta por la prestación de servicios en la empresa". Establecido en la Directiva 2003/88/CE el derecho a las vacaciones anuales retribuidas, (...), el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha declarado que el derecho de todo trabajador a disfrutar vacaciones anuales retribuidas debe considerarse un principio del Derecho social comunitario de especial importancia, respecto del cual no pueden establecerse excepciones. Si bien tal declaración se hacía en el marco de procedimientos en

¿Qué sucede con la incapacidad temporal que surge durante el disfrute de las vacaciones anuales retribuidas? ¿Suspende el cómputo del periodo vacacional? ¿Tiene derecho el trabajador que ha causado baja médica durante sus vacaciones anuales retribuidas a disfrutar como vacacionales de los días pasados en situación de incapacidad temporal?

Nuestra jurisprudencia, como antes se indicó, al socaire de la evolución de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia «rectificó» su histórica posición, «viniendo a reconocer el derecho de los trabajadores a disfrutar de su periodo de vacaciones en un momento distinto cuando, tras haber sido fijado el periodo de disfrute, por acuerdo individual o colectivo, el trabajador deviene en situación de baja por incapacidad temporal que se prolonga hasta superponerse, total o parcialmente, con el periodo de vacaciones previamente fijado».<sup>107</sup> Sin embargo se mantuvo incólume en su consideración de que aquel derecho «no se extendía» a la incapacidad temporal que surgía durante el disfrute de la vacación, pues es un riesgo que, en tal situación, había de «asumir el propio trabajador».<sup>108</sup> Criterio que era criticado por otra jurisprudencia, según la cual su aplicación determinaba un enriquecimiento injusto del empresario, en tanto que si aquel, por disposición expresa de la ley, venía obligado a

que el conflicto del derecho de vacaciones se daba en situaciones derivadas del ejercicio de permisos de maternidad o parentales, con posterioridad el TJUE ha aplicado los mismos principios a los supuestos de conflicto entre vacaciones e incapacidad temporal. De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que: a) Corresponde a los Estados miembros establecer en su normativa interna los requisitos para el ejercicio y la aplicación del derecho de vacaciones, sin poder supeditar, no obstante, a ningún tipo de requisitos la propia constitución del derecho; b) La finalidad del derecho de vacaciones anuales retribuidas consiste en permitir que los trabajadores descansen y dispongan de un tiempo de ocio y esparcimiento; c) El trabajador que se encuentre en situación de incapacidad temporal durante un periodo de vacaciones previamente fijadas tiene derecho, a petición suya y al objeto de disfrutarlas efectivamente, a tomarlas en fecha distinta a la de la incapacidad temporal; d) La fijación del nuevo periodo está sometido a las disposiciones del Derecho nacional; e) Tales disposiciones tendrán en cuenta los intereses concurrentes y, en particular, las razones imperiosas que se derivan de los intereses de la empresa, de producirse una colisión de intereses, el empresario habrá de fijar en todo caso un periodo de disfrute aunque quede fuera del periodo de referencia de las vacaciones anuales. Por ello, partiendo de lo ya sostenido sobre el mantenimiento del derecho, nada ha de impedir el disfrute ulterior, aun cuando se hubiera agotado el año natural al que correspondían», indica la STS, Sala de lo Social, de 23 de enero de 2012. Esta doctrina ha sido seguida por numerosa jurisprudencia menor, baste con la cita de las SSTSJ, Salas de lo Social, de Castilla y León de 3 y 11 de febrero, 25 de marzo y 21 de abril de 2010, de Navarra de 17 de febrero de 2010, de Canarias de 11 de mayo de 2010, de Cantabria de 18 de agosto de 2010, de Andalucía de 30 de septiembre de 2010, de Galicia de 29 de octubre y 17 de diciembre de 2010 y de 24 de junio de 2011, del Principado de Asturias de 20 de diciembre de 2010 y 11 de febrero de 2011, de Madrid de 13 de diciembre de 2010 y de 24 de junio de 2011, del País Vasco de 8 de febrero y 1 de marzo de 2011, de Castilla-La Mancha de 3 de febrero y 5 de octubre de 2011, de La Rioja de 11 y 22 de noviembre de 2011, de Cataluña de 24 de marzo y 30 de noviembre de 2011, y de Extremadura de 15 de marzo de 2011 y de 28 de febrero de 2012; Indica GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: *op. cit.* (*Manual de Derecho del Trabajo*), pág. 421, que «la jurisprudencia rechazó inicialmente que se tuviera derecho a un periodo de vacaciones distinto del acordado inicialmente, en el supuesto de coincidencia o superposición de dicho periodo de disfrute ya fijado con los días de incapacidad temporal por enfermedad común (...). Pero entendiendo que así obligaba a hacerlo la jurisprudencia comunitaria, la posterior jurisprudencia ha modificado expresamente de criterio, de manera que en la actualidad reconoce el derecho a un periodo de vacaciones distinto del acordado inicialmente, en el supuesto de coincidencia o superposición de dicho periodo de disfrute ya fijado con los días de incapacidad por enfermedad común».

<sup>107</sup> STSJ de Galicia, Sala de lo Social, de 12 de julio de 2011.

<sup>108</sup> Indican SEMPERE NAVARRO, A.V. y CHARRO BAENA, P.: *op. cit.* (*Las vacaciones laborales*), pág. 166, que «lo cierto es que esta doctrina unificada parece más fruto de la inercia que de la convicción. En puridad, la normativa vigente de Seguridad Social predica precisamente lo contrario al transferir precisamente al empresario el riesgo de la situación de IT con independencia de que esta se produzca o no en periodo de vacaciones. En definitiva se debería asegurar al trabajador enfermo en vacaciones el mismo tratamiento que si hubiera caído enfermo durante el periodo de prestación de servicios. En cualquier caso, no debería generalizarse de esta manera, sin tener en cuenta si se ha iniciado o no el periodo vacacional, si se condiciona a la justificación de las bajas. Si lo que se pretende con esta doctrina es evitar la actuación fraudulenta del trabajador, lo que supondría una fuerte carga para la posición empleadora, podrían ser observadas ciertas garantías, por otra parte no desconocidas en la negociación colectiva».

abonar el salario correspondiente a las vacaciones, de dicho abono se liberaba parcialmente durante el periodo de coincidencia con la incapacidad temporal<sup>109</sup> y que no era de fácil comprensión dado que cualquier baja médica determinante de una situación de incapacidad temporal, respondería en todo caso a un «criterio médico formalmente constatado», todo ello a salvo de que se pudieran acreditar «estrategias defraudatorias del trabajador».<sup>110</sup>

En el tema ha terciado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea<sup>111</sup> según el cual: a) «El derecho a vacaciones anuales retribuidas no puede ser interpretado de manera restrictiva»;<sup>112</sup> b) «De la finalidad del derecho a vacaciones anuales retribuidas se desprende que un trabajador que se encuentre de baja por enfermedad durante un periodo de vacaciones anuales fijado previamente tiene derecho, a petición suya y al objeto de poder disfrutar efectivamente sus vacaciones anuales, a tomarlas en fecha distinta a la de la baja por enfermedad»;<sup>113</sup> c) «Carece de pertinencia el momento en que sobreviene dicha incapacidad»;<sup>114</sup> d) «Sería aleatorio y contrario a la finalidad del derecho a las vacaciones anuales retribuidas, (...), conceder ese derecho al trabajador únicamente a condición de que este último ya se encuentre en situación de incapacidad laboral cuando se inicie el periodo de vacaciones anuales retribuidas»; e) «El nuevo periodo de vacaciones anuales –que se corresponde con la duración del solapamiento entre el periodo de vacaciones anuales inicialmente fijado y la baja por enfermedad–, del que el trabajador puede disfrutar una vez dado de alta médica, puede fijarse, en su caso, fuera del periodo de referencia de las vacaciones anuales en cuestión».<sup>115</sup> Concluyendo que, «el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2003/88/CE (...) debe interpretarse en el sentido de que se opone a disposiciones nacionales que establezcan que un trabajador que se encuentre en situación de incapacidad laboral sobrevinida durante el periodo de vacaciones anuales retribuidas no tiene derecho a disfrutar posteriormente de las vacaciones anuales coincidentes con el periodo de incapacidad laboral».

<sup>109</sup> Como precisa la STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 28 de abril de 2009, «si se plantea en términos sinalagmáticos, implicaría un enriquecimiento injusto del empresario, en tanto que, por disposición expresa de la ley, artículo 38 del ET, viene obligado a abonar 30 días de salario correspondiente a vacaciones, del que se le liberaría manteniendo tal exclusión de su devengo por coincidencia con un periodo de incapacidad temporal, que, salvo que se trate de enfermedad común y solo en los días comprendidos entre el cuarto y el decimoquinto de la baja médica, no corresponde compensar económicamente al empresario, sino al sistema de la Seguridad Social a través de la prestación por incapacidad temporal, en el supuesto de que el trabajador reúna los requisitos legales para su reconocimiento, y puesto, asimismo, que dicho subsidio se devengaría íntegramente en otro caso, esto es, si no coincidiera con el periodo de vacaciones, siendo posible el percibo íntegro de ambas cantidades (y periodos). Esta coincidencia, pues, beneficia al empresario, perjudicando al trabajador, aunque se trate de una situación de origen azaroso».

<sup>110</sup> Precisa la STSJ de Navarra, Sala de lo Social, de 22 de diciembre de 2011.

<sup>111</sup> SSTJUE de 22 de abril 2010, asunto C-277/08, Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols, y de 21 de junio de 2012, asunto C-78/111, Asociación Nacional de Grandes Empresas de Distribución (ANGED) y Federación de Asociaciones Sindicales (FASGA), Federación de Trabajadores Independientes de Comercio (FETICO), Federación Estatal de Trabajadores de Comercio, Hostelería, Turismo y Juego de UGT, Federación de Comercio, Hostelería y Turismo de CC.OO.

<sup>112</sup> SSTJUE de 21 de junio de 2012, asunto C-78/111, Asociación Nacional de Grandes Empresas de Distribución (ANGED) y Federación de Asociaciones Sindicales (FASGA), Federación de Trabajadores Independientes de Comercio (FETICO), Federación Estatal de Trabajadores de Comercio, Hostelería, Turismo y Juego de UGT, Federación de Comercio, Hostelería y Turismo de CC.OO.

<sup>113</sup> *Vid.* nota anterior.

<sup>114</sup> *Vid.* nota anterior.

<sup>115</sup> SSTJUE de 10 de septiembre de 2009, asunto C-277/2008, Vicente Pereda, y de 21 de junio de 2012, asunto C-78/111, Asociación Nacional de Grandes Empresas de Distribución (ANGED) y Federación de Asociaciones Sindicales (FASGA), Federación de Trabajadores Independientes de Comercio (FETICO), Federación Estatal de Trabajadores de Comercio, Hostelería, Turismo y Juego de UGT, Federación de Comercio, Hostelería y Turismo de CC.OO.

## VI. LA ACUMULACIÓN DE DERECHOS A DISFRUTAR REAL Y EFECTIVAMENTE DE PERIODOS DE VACACIONES DEVENGADOS EN SITUACIÓN DE INCAPACIDAD TEMPORAL.<sup>116</sup> LÍMITES TEMPORALES

Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea «una disposición nacional que establece un periodo de aplazamiento para las vacaciones anuales aún no disfrutadas al finalizar el periodo de devengo de las mismas tiene como finalidad, en principio, ofrecer al trabajador que no haya podido disfrutar sus vacaciones anuales una posibilidad adicional de disfrutar de ellas. La fijación de un periodo de este tipo forma parte de las condiciones de ejercicio y aplicación del derecho a vacaciones anuales retribuidas, por lo que, en principio, es competencia de los Estados miembros».<sup>117</sup>

Pero ha de cuestionarse si el Derecho de la Unión permite que «un trabajador, que ha permanecido en situación de baja por enfermedad durante todo el periodo de devengo de las vacaciones anuales y más allá del periodo de aplazamiento fijado por el Derecho nacional, quede privado de periodo alguno que le permita disfrutar de sus vacaciones anuales retribuidas. Pues la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha sometido aquella apreciación de aplazamiento a la condición de que el trabajador, cuyo derecho a vacaciones anuales retribuidas se haya perdido, hubiera tenido efectivamente la posibilidad de ejercitar el derecho que le atribuye la directiva».<sup>118</sup>

En principio, «una disposición nacional que fija un periodo de aplazamiento no puede prever la extinción del derecho del trabajador a las vacaciones anuales retribuidas sin que este haya tenido la posibilidad efectiva de ejercer ese derecho».<sup>119</sup> Esa exigencia de haber tenido efectivamente la posibilidad de ejercitar el derecho vacacional que le atribuye la Directiva 2003/88/CE, la basaba el Tribunal de Justicia en una doble línea argumental:

- «Por una parte, se (vincula) al hecho de que la licencia por enfermedad únicamente (tiene) la finalidad de recuperarse y que el trabajador durante la enfermedad, por lo general, no se (encuentra) en condiciones de ejercitar su derecho a vacaciones anuales retribuidas».<sup>120</sup>
- Por otra parte, se basa en que «los Estados miembros no pueden prever la extinción del derecho a vacaciones retribuidas, al igual que no pueden excluir el devengo de dicho derecho».<sup>121</sup>

<sup>116</sup> Sobre este tema discute GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: *op. cit.* (*Manual de Derecho del Trabajo*), págs. 420-421.

<sup>117</sup> SSTJUE de 20 de enero de 2009, asuntos acumulados C-350/2006 y 520/2006, Shultz-Hoff, y de 22 de noviembre de 2011, asunto C-214/10, KHS AG y Winfried Schulte.

<sup>118</sup> SSTJUE de 20 de enero de 2009, asuntos acumulados C-350/2006 y 520/2006, Shultz-Hoff, y de 22 de noviembre de 2011, asunto C-214/10, KHS AG y Winfried Schulte, todo ello, precisan aquellas resoluciones, por más que el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2003/88/CE no se oponga, en principio, a una normativa nacional que establezca modalidades de ejercicio del derecho a vacaciones anuales retribuidas atribuido expresamente por esa directiva, aun cuando tal normativa llegue a establecer la pérdida de dicho derecho al término del periodo de devengo de las vacaciones anuales o del periodo de aplazamiento.

<sup>119</sup> *Vid.* nota 117.

<sup>120</sup> Indica la Abogada General Sra. Verica Trstenjak, en la conclusión 41 de su escrito de conclusiones presentado el 7 de julio de 2011, en el asunto C-214/10, KHS AG contra Winfried Schulte, resuelto por STJUE de 22 de noviembre de 2011.

<sup>121</sup> Destaca la Abogada General Sra. Verica Trstenjak, en la conclusión 42 de su escrito de conclusiones presentado el 7 de julio de 2011, en el asunto C-214/10, KHS AG contra Winfried Schulte, resuelto por STJUE de 22 de noviembre de 2011

No obstante, semejante discurso se problematiza cuando se indica que en determinadas circunstancias específicas, un trabajador en situación de incapacidad laboral durante varios periodos de devengo consecutivos «estaría facultado para acumular de modo ilimitado todos los derechos a vacaciones anuales retribuidas adquiridos durante el periodo de su baja en el trabajo (y) un derecho a esa acumulación ilimitada de derechos a vacaciones anuales retribuidas adquiridos durante tal periodo de incapacidad laboral ya no respondería a la finalidad misma del derecho a vacaciones anuales retribuidas».<sup>122</sup>

Ante semejante dilema el Tribunal de Justicia no duda en reafirmar que el derecho a las vacaciones anuales reconocido en el artículo 31, apartado 2, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y en el artículo 7 de la Directiva 2003/88/CE tiene una doble finalidad, a saber:<sup>123</sup>

- Por una parte, «permitir que el trabajador descanse de la ejecución de las tareas que le incumben según su contrato de trabajo».
- «Por otra, que disponga de un periodo de ocio y esparcimiento».

Reiterando que «si bien el efecto positivo de las vacaciones anuales retribuidas para la seguridad y la salud del trabajador se despliega plenamente cuando se disfrutan en el año previsto, es decir, durante el año en curso, ese tiempo de reposo no pierde interés a este respecto si se disfruta en un periodo posterior».<sup>124</sup> Por ello, y para respetar ese derecho cuyo objetivo es la protección del trabajador, el disfrute de aquellos periodos de vacaciones debería poder ser aplazado, tomando en consideración:

- Que «todo periodo de aplazamiento debe tener en cuenta las circunstancias específicas en las que se encuentra un trabajador en situación de incapacidad laboral durante varios periodos de devengo consecutivos».
- Que «el periodo (de aplazamiento) debe garantizar en particular que el trabajador pueda disfrutar, si fuera preciso, de periodos de descanso susceptibles de ser escalonados, planificables y disponibles a más largo plazo».
- Que «todo periodo de aplazamiento debe ser de duración sustancialmente mayor que la del periodo de devengo con el que guarda relación».

No obstante el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea reconduce aquellas apreciaciones, en definitiva favorables a una acumulación ilimitada de los derechos a disfrutar real y efectivamente de los periodos de vacaciones devengados, con base en los siguientes criterios de utilidad:

<sup>122</sup> STJUE de 22 de noviembre de 2011, asunto C-214/10, KHS AG y Winfried Schulte.

<sup>123</sup> SSTJUE de 20 de enero de 2009, asuntos acumulados C-350/2006 y 520/2006, Shultz-Hoff, y de 22 de noviembre de 2011, asunto C-214/10, KHS AG y Winfried Schulte.

<sup>124</sup> SSTJUE de 6 de abril de 2006, asunto C-124/05, Federatie Nederlandse Vakbeweging, de 20 de enero de 2009, asuntos acumulados C-350/2006 y 520/2006, Shultz-Hoff, y de 22 de noviembre de 2011, asunto C-214/10, KHS AG y Winfried Schulte.

- «El derecho a vacaciones anuales retribuidas adquirido por un trabajador que se encuentra en situación de incapacidad laboral durante varios periodos de devengo consecutivos solo puede responder a los dos aspectos de su finalidad, (...) si el aplazamiento no supera cierto límite temporal», pues destaca aquel tribunal que «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».<sup>125</sup>
- Que el interés del empresario ha de ser tomado en cuenta, de tal manera que cualquier periodo de aplazamiento del disfrute de los periodos de vacaciones devengados y acumulados, «también debe proteger al empresario del riesgo de una acumulación demasiado prolongada de periodos de inactividad laboral del trabajador y de las dificultades que podrían causar para la organización del trabajo».<sup>126</sup> Debiéndose «encontrar una solución adecuada que tenga en cuenta equilibradamente los intereses del trabajador y del empresario».<sup>127</sup>

Destaca el Tribunal de Justicia de la Unión Europea que «es preciso observar sobre ello que según el artículo 9, apartado 1, del Convenio núm. 132 de la OIT, de 24 de junio de 1970, relativo a las vacaciones anuales pagadas (revisado), la parte ininterrumpida de las vacaciones pagadas anuales deberá concederse y disfrutarse a más tardar en el plazo de un año, a partir del final del año en que se haya originado el derecho a esas vacaciones, y el resto de las vacaciones anuales pagadas, a más tardar, dentro de los 18 meses, contados a partir de dicha fecha. Cabe entender que esa regla se sustenta en la consideración de que, al término de los plazos que prevé, la finalidad de los derechos a vacaciones ya no podrá lograrse plenamente».<sup>128</sup>

De tal manera, precisa la misma jurisprudencia, que puede establecerse un periodo de aplazamiento más allá del cual el derecho a vacaciones anuales retribuidas puede extinguirse en caso de acumulación de derechos a tales vacaciones a lo largo de un periodo de incapacidad laboral, porque dados los términos del artículo 7 de la Directiva 2003/88/CE y habida cuenta de las anteriores consideraciones, un periodo de aplazamiento del derecho a vacaciones anuales retribuidas, más o menos prolongado, conforme a los periodos indicados en el apartado anterior, fijado por las disposiciones, las prácticas nacionales o por los convenios colectivos, «puede calificarse razonablemente como un periodo más allá del cual las vacaciones anuales retribuidas carecen de su efecto positivo para el trabajador en su calidad de tiempo de descanso».<sup>129</sup>

El Tribunal de Justicia no duda en concluir, atendiendo a la propia finalidad del derecho a las vacaciones anuales retribuidas directamente atribuido a todo trabajador por el Derecho de la Unión, lo siguiente:

Que «un trabajador en situación de incapacidad laboral durante varios años consecutivos, a quien el Derecho nacional impide disfrutar de sus vacaciones anuales retribuidas durante el referido

<sup>125</sup> STJUE de 22 de noviembre de 2011, asunto C-214/10, KHS AG y Winfried Schulte.

<sup>126</sup> *Vid.* nota anterior.

<sup>127</sup> Destaca la Abogada General Sra. Verica Trstenjak, en la conclusión 48 de su escrito de conclusiones presentado el 7 de julio de 2011, en el asunto C-214/10, KHS AG contra Winfried Schulte, resuelto por STJUE de 22 de noviembre de 2011.

<sup>128</sup> *Vid.* nota 125.

<sup>129</sup> *Vid.* nota 125.



periodo, no puede estar facultado para acumular de modo ilimitado derechos a vacaciones anuales retribuidas adquiridos durante dicho periodo».<sup>130</sup>

Probablemente constituya el punto más polémico de aquel discurso jurisdiccional la determinación de cuál sea el periodo de aplazamiento máximo razonable para que un trabajador pueda disfrutar real y efectivamente de las vacaciones devengadas durante una larga incapacidad temporal (continuada, por constantes recaídas, o concatenación de enfermedades y/o accidentes). Rubicón que sortea el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, recordando que «como quiera que, según su sexo considerando, la Directiva 2003/88/CE ha tenido en cuenta los principios de la OIT por lo que respecta a la distribución del tiempo de trabajo, la fijación de periodo de aplazamiento debería atender a la finalidad del derecho a vacaciones anuales retribuidas, tal como esa resulta del artículo 9, apartado 1, del referido Convenio (núm. 132 OIT)».<sup>131</sup>

A favor de la aplicación del límite temporal establecido en el aludido Convenio núm. 132 de la OIT, se aduce que semejante plazo (dos años y medio) «respeto en cualquier caso el objetivo de protección del artículo 7 de la Directiva 2003/88/CE», porque «desde un punto de vista objetivo, ese plazo parece suficientemente amplio para hacer posible el ejercicio efectivo del derecho (y) el trabajador estará seguro de disponer siempre, tras una enfermedad de larga duración, de un tiempo suficientemente amplio para recuperarse»;<sup>132</sup> b) Que aquella limitación temporal «será también conforme a los intereses del empleador»,<sup>133</sup> tanto desde la perspectiva de la organización del trabajo como desde la perspectiva financiera;<sup>134</sup> c) «Contribuirá por tanto, en definitiva, a garantizar un equilibrio apropiado entre ambos».<sup>135</sup>

No obstante lo razonable de estas argumentaciones favorables a la aplicación del límite temporal establecido en el artículo 9.1 del Convenio núm. 132 de la OIT (según el cual la parte ininterrumpida de las vacaciones pagadas anuales «deberá concederse y disfrutarse a más tardar en el plazo de un año, a partir del final del año en que se haya originado el derecho a esas vacaciones, y el resto de las vacaciones anuales pagadas, a más tardar dentro de los 18 meses, contados a partir de dicha fecha»), resulta problemática cuando se considera el resto del contenido del referido

<sup>130</sup> *Id.* nota 125.

<sup>131</sup> *Id.* nota 125.

<sup>132</sup> Indica la Abogada General Sra. Verica Trstenjak, en la conclusión 81 de su escrito de conclusiones presentado el 7 de julio de 2011, en el asunto C-214/10, KHS AG contra Winfried Schulte, resuelto por STJUE de 22 de noviembre de 2011.

<sup>133</sup> Precisa la Abogada General Sra. Verica Trstenjak, en la conclusión 82 de su escrito de conclusiones presentado el 7 de julio de 2011, en el asunto C-214/10, KHS AG contra Winfried Schulte, resuelto por STJUE de 22 de noviembre de 2011.

<sup>134</sup> Según determina la Abogada General Sra. Verica Trstenjak, en la conclusión 82 de su escrito de conclusiones presentado el 7 de julio de 2011, en el asunto C-214/10, KHS AG contra Winfried Schulte, resuelto por STJUE de 22 de noviembre de 2011, «la posibilidad de prever y calcular estas cargas financieras por la limitación temporal de los derechos a vacaciones permite al empleador constituir provisiones que se sitúan dentro de lo razonable a nivel financiero».

<sup>135</sup> Señala la Abogada General Sra. Verica Trstenjak, en la conclusión 82 de su escrito de conclusiones presentado el 7 de julio de 2011, en el asunto C-214/10, KHS AG contra Winfried Schulte, resuelto por STJUE de 22 de noviembre de 2011. Aquella Abogada General añade en la precitada conclusión que «mientras que el trabajador tiene garantizado, en cualquier caso, disfrutar de un tiempo de recuperación apropiado, el empleador tendrá la seguridad de que eso no conducirá a una acumulación al infinito de derechos a vacaciones ni a las dificultades que resultan de ello para la organización del trabajo. Lo mismo cabe decir para las cargas financieras que acompañan a los derechos a compensación económica acumulados en largos periodos».

artículo 9 del aludido Convenio núm. 132, pues sus apartados 2 y 3 dan un importante protagonismo a la autonomía de la voluntad de las partes para la fijación del aplazamiento, remitiendo la posibilidad de señalamiento de límites superiores a los propios Estados.<sup>136</sup> Además el mencionado precepto es de problemática interpretación para los supuestos de recaídas con periodos de trabajo intermedios.

En nuestro ordenamiento jurídico el artículo 38.3 del ET establece dos supuestos de aplazamiento del derecho a vacaciones anuales devengadas y no disfrutadas, señaladamente diferentes. El primero no parece problemático por cuanto los periodos a los que alude no se limitan en los términos previstos en el artículo 9.1 del Convenio núm. 132 de la OIT, además no parece que en ningún caso pudieran sobrepasar el plazo máximo en aquel artículo 9.1 indicado. Es el establecido para cuando el periodo de vacaciones fijado en el calendario de vacaciones de la empresa coincida 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 para los supuestos de parto y paternidad,<sup>137</sup> previniéndose que en tales casos «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».

Sin embargo, el segundo supuesto, previsto para cuando el periodo de vacaciones coincida con una incapacidad temporal por contingencias distintas a las anteriormente indicadas «que imposibilite al trabajador disfrutarlas, total o parcialmente, durante el año natural a que corresponden», en cuyo caso su disfrute podrá llevarlo a efecto el trabajador «una vez finalice su incapacidad y siempre que

<sup>136</sup> El contenido del artículo 9, es el siguiente: «1. La parte ininterrumpida de las vacaciones pagadas anuales mencionadas en el párrafo 2 del artículo 8 deberá concederse y disfrutarse a más tardar en el plazo de un año, a partir del final del año en que se haya originado el derecho a esas vacaciones, y el resto de las vacaciones anuales pagadas, a más tardar dentro de los 18 meses, contados a partir de dicha fecha; 2. Con el consentimiento de la persona empleada interesada, se podrá autorizar que se aplace por un periodo superior al indicado en el párrafo 1 del presente artículo, y hasta un límite determinado, el disfrute de cualquier fracción de las vacaciones anuales que exceda de cierto mínimo que se determine al efecto; 3. El límite del periodo y el mínimo mencionados en el párrafo 2 del presente artículo serán determinados por la autoridad competente, previa consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores interesadas, o por medio de negociaciones colectivas o de otra manera compatible con la práctica nacional que sea apropiada a las condiciones del país». La aplicación del párrafo primero de este artículo se ejemplifica por la Abogada General Sra. Verica Trstenjak, en la concusión 81 y notas 50, 51 y 52, de su escrito de conclusiones presentado el 7 de julio de 2011, en el asunto C-214/10, KHS AG contra Winfried Schulte, resuelto por STJUE de 22 de noviembre de 2011, en los siguientes términos: «Un plazo como el previsto en el artículo 9, apartado 1, del Convenio núm. 132, respeta en cualquier caso el objetivo de protección del artículo 7 de la Directiva 2003/88/CE porque el trabajador dispone así de un plazo de hasta dos años y medio (compuesto de 12 meses del año correspondiente a las vacaciones, periodo de devengo, más 18 meses tras la expiración del año correspondiente a las vacaciones) para disfrutar de sus vacaciones anuales mínimas en concepto de un año determinado. Desde un punto de vista objetivo, ese plazo parece suficientemente amplio para hacer posible el ejercicio efectivo del derecho. Asimismo, el trabajador estará seguro de disponer siempre, tras una enfermedad de larga duración, de un tiempo suficientemente amplio para recuperarse. En caso de vuelta al trabajo, dispondrán al menos de un derecho a vacaciones de ocho semanas (compuesto de las vacaciones del año en curso y del año anterior) y si vuelve durante la primera mitad del año del tercer año, también disfrutará de un derecho a vacaciones de 12 semanas. Por tanto, el resto de vacaciones está garantizado en cualquier caso. A la vista de las ventajas que la adopción de dicha norma ofrece para el trabajador, procede considerar que el requisito impuesto por el Tribunal de Justicia, que debe respetar el legislador nacional para poder prever legalmente la extinción del derecho a vacaciones, se cumpliría efectivamente (compuesto de las vacaciones del año en curso y de los dos años anteriores)».

<sup>137</sup> Artículos 48.4 y 48 bis del ET.

no hayan transcurrido más de 18 meses a partir del final del año en que se hayan originado», si parece problemático para los supuestos de recaídas o bajas sucesivas y concatenadas debidas a dolencias/accidentes de distinta etiología.

Efectivamente en los supuestos de recaídas, porque en tales casos la baja expedida por el facultativo competente del sistema público produce todos los efectos laborales, por más que si no hubieren transcurrido seis meses de actividad laboral desde la extinción del último periodo de incapacidad temporal, se requiera la intervención del INSS, que emitirá una baja a los solos efectos de la prestación económica por incapacidad temporal, previo informe de los facultativos evaluadores, pudiendo incluso encadenarse sucesivas recaídas (durante varios años), sin consecuencias prestaciones del sistema de Seguridad Social pero a las que habría que atribuirles indudables efectos laborales, que son los que interesan a propósito de la acumulación de periodos de vacaciones, pudiéndose superar el periodo máximo de los 18 meses, aludido en el artículo 38.3 del ET. Subyace a esta previsión legal una confusión<sup>138</sup> entre las consecuencias para el percibo de la prestación por incapacidad temporal de la expedición del parte de baja médica dada por los servicios médicos públicos competentes<sup>139</sup> y los efectos laborales o sobre la relación de trabajo de la expedición de los referidos partes médicos de baja.<sup>140</sup>

<sup>138</sup> Por ello parece cuestionable la afirmación de que «una limitación del periodo de aplazamiento a 18 meses, como establece el artículo 9, apartado 1, del Convenio núm. 132, a cuya expiración caducan los derechos a vacaciones del trabajador, parece en cualquier caso suficientemente amplio y adecuado para permitir en definitiva a este ejercitar de manera efectiva su derecho a vacaciones anuales», que efectúa la Abogada General Sra. Verica Trstenjak, en la conclusión 88 de su escrito de conclusiones presentado el 7 de julio de 2011, en el asunto C-214/10, KHS AG contra Winfried Schulte, resuelto por STJUE de 22 de noviembre de 2011.

<sup>139</sup> Son «situaciones determinantes de incapacidad temporal las debidas a enfermedad común o profesional y accidente, sea o no de trabajo, mientras el trabajador reciba asistencia sanitaria de la Seguridad Social y esté impedido para el trabajo, con una duración máxima de 365 días, prorrogables por otros 180 días cuando se presuma que durante ellos puede el trabajador ser dado de alta médica por curación». Agotado ese plazo de duración de 365 días «el Instituto Nacional de la Seguridad Social, a través de los órganos competentes para evaluar, calificar y revisar la incapacidad permanente del trabajador, será el único competente para reconocer la situación de prórroga expresa con un límite de 180 días más, o bien para determinar la iniciación de un expediente de incapacidad permanente, o bien para emitir el alta médica, por curación o por incomparecencia injustificada a los reconocimientos médicos convocados por el Instituto Nacional de la Seguridad Social. De igual modo, el Instituto Nacional de la Seguridad Social será el único competente para emitir una nueva baja médica en la situación de incapacidad temporal cuando aquella se produzca en un plazo de 180 días posteriores a la antes citada alta médica por la misma o similar patología, con los efectos previstos (...) siguientes» («en los casos de alta médica a que se refiere el párrafo anterior, frente a la resolución recaída podrá el interesado, en el plazo máximo de cuatro días naturales, manifestar su disconformidad ante la inspección médica del servicio público de salud, la cual, si discrepara del criterio de la entidad gestora, tendrá la facultad de proponer, en el plazo máximo de 7 días naturales, la reconsideración de la decisión de aquella, especificando las razones y fundamento de su discrepancia. Si la inspección médica se pronunciara confirmando la decisión de la entidad gestora o si no se produjera pronunciamiento alguno en el plazo de los 11 días naturales siguientes a la fecha de la resolución, adquirirá plenos efectos la mencionada alta médica. Durante el periodo de tiempo transcurrido entre la fecha del alta médica y aquella en la que la misma adquiera plenos efectos se considerará prorrogada la situación de incapacidad temporal. Si, en el aludido plazo máximo, la inspección médica hubiera manifestado su discrepancia con la resolución de la entidad gestora, esta se pronunciará expresamente en el transcurso de los 7 días naturales siguientes, notificando la correspondiente resolución al interesado, que será también comunicada a la inspección médica. Si la entidad gestora, en función de la propuesta formulada, reconsiderara el alta médica, se reconocerá al interesado la prórroga de su situación de incapacidad temporal a todos los efectos. Si, por el contrario, la entidad gestora se reafirmara en su decisión, para lo cual aportará las pruebas complementarias que fundamenten aquella, solo se prorrogará la situación de incapacidad temporal hasta la fecha de la última resolución»), computándose efectos del periodo máximo de duración de la situación de incapacidad temporal, y de su posible prórroga, los periodos de recaída [arts. 128.1 a) y 2 LGSS].

<sup>140</sup> STSJ de Aragón, Sala de lo Social, de 7 de diciembre de 2011.

## VII. LA ACUMULACIÓN, A LA EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL, DE COMPENSACIONES POR DERECHOS A VACACIONES ANUALES RETRIBUIDAS NO DISFRUTADAS Y DEVENGADAS EN SITUACIÓN DE INCAPACIDAD TEMPORAL.<sup>141</sup> LÍMITES TEMPORALES PARA LA RECLAMACIÓN DE LAS COMPENSACIONES

Se afirma que el derecho a las vacaciones anuales «está concebido como un derecho primario, mientras que el derecho a una compensación económica de las vacaciones está en la categoría de derechos secundarios, que solo puede reconocerse cuando el derecho a vacaciones anuales retribuidas no pueda disfrutarse debido a la terminación de la relación laboral. Por otra parte, el derecho a compensación económica por vacaciones en cierto modo es accesorio respecto al derecho a vacaciones anuales retribuidas, lo que se refleja, entre otros, en la retribución ordinaria del trabajador, que es la que debe mantenerse durante el periodo de descanso correspondiente a las vacaciones anuales retribuidas».<sup>142</sup>

Afirmación que ha de acogerse *cum granum* (grano) *salis*. Afirma la sentencia objeto de comentario que «el artículo 7, apartado 2, de la Directiva 2003/88/CE debe interpretarse en el sentido de que se opone a las 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 las vacaciones anuales retribuidas».

Efectivamente, como precisa el artículo 7.2 de la Directiva 2003/88/CE, «el periodo mínimo de vacaciones anuales retribuidas no podrá ser sustituido por una compensación financiera, excepto en caso de conclusión de la relación laboral». Está generalmente admitido que «los periodos de incapacidad temporal no pueden ser contados como parte de las vacaciones, y que el trabajador debe conservar su derecho a disfrutarlas procurándole un periodo de descanso retribuido alternativo, y de no ser posible por extinguirse la relación laboral, exigir su compensación en metálico».<sup>143</sup> En términos parecidos se manifiesta el artículo 11 del Convenio núm. 132 de la OIT, según el cual toda persona empleada que hubiere completado un periodo mínimo de servicios que corresponda «tendrá derecho, al terminarse la relación de trabajo, a vacaciones pagadas proporcionales a la duración del servicio por el que no haya recibido aún vacaciones, a una indemnización compensatoria o a un crédito de vacaciones equivalente».

Indica la jurisprudencia<sup>144</sup> que si bien, «en principio, no cabe compensar los días de vacaciones no disfrutadas por su equivalente en días de salario, por excepción, podrá hacerse esta compensación cuando haya sido imposible el disfrute de las vacaciones que correspondían al trabajador (...), proporcional al tiempo de prestación de servicios en el año de referencia», de tal manera que «no existiendo impedimento para el disfrute de las vacaciones, estas deben materializarse en el curso del año

<sup>141</sup> Sobre este tema discurre GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: *op. cit. Manual de Derecho del Trabajo*, págs. 420-421.

<sup>142</sup> Según expone la Abogada General Sra. Verica Trstenjak, en la conclusión 35 de su escrito de conclusiones presentado el 7 de julio de 2011, en el asunto C-214/10, KHS AG contra Winfried Schulte, resuelto por STJUE de 22 de noviembre de 2011.

<sup>143</sup> STSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 24 de junio de 2011.

<sup>144</sup> SSTS, Sala de lo Social, de 30 de abril de 1997 y 17 de septiembre de 2002.

en que se devenguen, y de no ser así, se pierde el derecho a su disfrute. Por el contrario, si el citado impedimento existe, el trabajador tendrá derecho a su compensación en metálico y, convertida la deuda de descanso en deuda económica a cargo de la empresa, su reclamación, como todas las de cantidad de dinero derivadas del contrato de trabajo, contará con el plazo de prescripción de un año que señala el artículo 59.1 del ET». <sup>145</sup>

Esto es, «el pago de una compensación económica, que debe darse a la finalización de la relación laboral del trabajador, compensa que este no haya podido ejercitar el derecho a vacaciones anuales. A juicio del Tribunal de Justicia, la directiva considera que el derecho a vacaciones anuales y el derecho a percibir una retribución en concepto de vacaciones «constituyen dos vertientes de un único derecho». Por ello, el Tribunal de Justicia declaró que (el art. 7.2) 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 abone compensación económica alguna en concepto de vacaciones anuales no disfrutadas al trabajador que se haya encontrado en (situación de baja por enfermedad durante todo el periodo de devengo y su incapacidad laboral haya perdurado hasta la finalización de su relación laboral, razón por la cual no haya podido ejercitar su derecho a vacaciones anuales retribuidas)». <sup>146</sup> Porque extinguida la relación laboral, el derecho vacacional, que se disfruta *in natura* (no trabajando y percibiendo el salario), es de imposible ejercicio por la falta de su presupuesto, consistente en el mantenimiento o subsistencia de la relación laboral, por ello su ejecución ha de sustituirse por su equivalente económico.

De tal manera que «el derecho a compensación económica en que se convierte el derecho a vacaciones con la finalización de la relación laboral no es un derecho compensatorio ni un derecho pecuniario de carácter general, sino un sustituto para las vacaciones que no pueden disfrutarse debido a la terminación de la relación laboral. Esta naturaleza jurídica de sustituto se apoya también en el tenor del artículo 7, apartado 2, de la Directiva 2003/88/CE. Conforme a este precepto las vacaciones pueden sustituirse por una compensación económica, que no "indemnizarse". Tiene por objetivo situar al trabajador en una situación económica que le permita recuperar sus vacaciones anuales y en condiciones comparables a aquellas en las que se habría encontrado si hubiera continuado trabajando y percibiese una compensación por las vacaciones con arreglo al artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2003/88/CE. Por eso la remuneración habitual que debe continuar abonándose durante el periodo de descanso correspondiente a las vacaciones anuales es también determinante para el cálculo de dicha compensación económica». <sup>147</sup>

Como precisa el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la sentencia que es objeto de comentario «una vez finalizada la relación laboral, <sup>148</sup> ya no resulta posible disfrutar de modo efec-

<sup>145</sup> STSJ de la Región de Murcia, Sala de lo Social, de 5 de marzo de 2010.

<sup>146</sup> Por la Abogada General Sra. Verica Trstenjak, en la conclusión 45 de su escrito de conclusiones presentado el 7 de julio de 2011, en el asunto C-214/10, KHS AG contra Winfried Schulte, resuelto por STJUE de 22 de noviembre de 2011.

<sup>147</sup> Indica la Abogada General Sra. Verica Trstenjak, en la conclusión 67 de su escrito de conclusiones presentado el 7 de julio de 2011, en el asunto C-214/10, KHS AG contra Winfried Schulte, resuelto por STJUE de 22 de noviembre de 2011, añadiendo que «el Tribunal de Justicia insiste sobre este importante aspecto de la remuneración de las vacaciones (...) cuando declara que la compensación económica prevista en el artículo 7, apartado 2, debe evitar que, como consecuencia de la imposibilidad de disfrutar de modo efectivo las vacaciones anuales retribuidas a causa de la finalización de la relación laboral, el trabajador quede privado de todo disfrute del mencionado derecho, "incluso en forma pecuniaria"».

<sup>148</sup> La jubilación de un funcionario, precisa la sentencia objeto de comentario, extingue su relación de trabajo. Precisamente los Derechos nacionales suelen establecer (en el caso así lo hacía el artículo 21, número 4, de la Beamtenstatutsgesetz o Ley sobre el Estatuto de los Funcionarios de los Länder) la extinción de la relación funcional por jubilación del funcionario.

tivo de 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». <sup>149</sup> Reiterándose en su doctrina de que aquel artículo 7, apartado 2, de la Directiva 2003/88/CE «se opone a las 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 las vacaciones anuales retribuidas». <sup>150</sup>

Recuerda el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la sentencia que se comenta, que la «Directiva 2003/88/CE no se opone a las disposiciones nacionales que establezcan un derecho a vacaciones anuales retribuidas de una duración superior a cuatro semanas atribuido con sujeción a los requisitos de obtención y concesión establecidos por el Derecho nacional». <sup>151</sup> Esto es, «del tenor literal del artículo 1, apartados 1 y 2, letra a), del artículo 7, apartado 1, y del artículo 15 de la Directiva 2003/88/CE resulta de manera explícita que el objeto de esta se limita a establecer disposiciones mínimas de seguridad y salud en materia de ordenación del tiempo de trabajo, sin perjuicio de la facultad de los Estados miembros de aplicar disposiciones nacionales más favorables a la protección de los trabajadores». <sup>152</sup> Por consiguiente, precisa la sentencia comentada:

- «Puesto que los Estados miembros están legitimados para establecer, según el origen de la baja médica del trabajador, una duración de las vacaciones anuales retribuidas igual o superior al periodo mínimo de cuatro semanas garantizado por la Directiva 2003/88/CE, les corresponde, por una parte, decidir si conceden a los (trabajadores) el derecho a unas vacaciones retribuidas adicionales además del derecho a las vacaciones anuales retribuidas por un periodo mínimo de cuatro semanas, pudiendo establecer o no el derecho del (trabajador que extingue o ve extinguida su relación laboral, o se jubila) a una compensación económica si no ha podido disfrutar de esos derechos adicionales por no haber ejercido sus funciones a causa de una enfermedad y, por otra parte, fijar los requisitos de dicha concesión».
- «El artículo 7 de la Directiva 2003/88/CE debe interpretarse en el sentido de que no se opone a disposiciones de Derecho nacional que concedan al (trabajador) el derecho a unas vacaciones retribuidas adicionales, además del derecho a las vacaciones anuales retribuidas por un periodo mínimo de cuatro semanas, sin prever el pago de una compensación económica cuando (el trabajador que extingue o ve extinguida su relación laboral, o se jubila) no haya disfrutado del mencionado derecho adicional por no haber podido ejercer sus funciones a causa de una enfermedad».

<sup>149</sup> Reiterando doctrina establecida en la STJUE de 20 de enero de 2009, asuntos acumulados C-350/2006 y 520/2006, Shultz-Hoff.

<sup>150</sup> *Vid.* nota anterior

<sup>151</sup> STJUE de 24 de enero de 2012, asunto C-282/10, Maribel Domínguez y Centre Informatique du Centre Ouest Atlantique, Préfet de la région Centre.

<sup>152</sup> *Vid.* nota anterior.

Tras aquellas apreciaciones se plantea el Tribunal de Justicia de la Unión Europea si acaso el artículo 7, apartado 2, de la Directiva 2003/88/CE se opone a una disposición del Derecho nacional que limita, mediante el recurso a señalar un determinado periodo de aplazamiento a cuyo término caduca el derecho a disfrutar las vacaciones anuales retribuidas, también, en esos mismos términos y por ese mismo periodo, el derecho de un (trabajador que extingue o ve extinguida su relación laboral, o se jubila) a acumular las compensaciones económicas por vacaciones anuales retribuidas no disfrutadas debido a una incapacidad laboral.

Para responder a semejante interrogante se cuestiona el Tribunal de Justicia de la Unión Europea si las consecuencias de tal acumulación de derechos a compensación acaso pueden desnaturalizar el derecho vacacional, llevando a una «conversión de las vacaciones en un mero bien económico», considerando que debe evitarse dar a la referida disposición de la directiva (art. 7.2) una interpretación que no tenga en cuenta la función finalista de la compensación económica prevista en la misma.<sup>153</sup>

Como obstáculo más relevante a la no limitación de la acumulación de las compensaciones por periodos no disfrutados de vacaciones devengadas, se aduce que hay que ajustarse estrictamente a la finalidad de la norma consistente en proteger la seguridad y la salud del trabajador, por lo «que una acumulación de derechos a vacaciones no garantiza una multiplicación del efecto de recuperación de las vacaciones», consecuentemente «no se comprende de qué modo la acumulación de derechos a compensación económica tendría que ser indispensable para alcanzar el objetivo perseguido. Por el contrario, una acumulación de derechos a compensación económica tendrá por consecuencia beneficiar al trabajador, y penalizar al empleador, sin que la finalidad legal de la disposición lo justifique».<sup>154</sup>

No obstante aquellas objeciones, el Tribunal de Justicia partiendo de que el derecho a vacaciones anuales retribuidas no solo tiene una importancia especial, por su condición de principio del Derecho social de la Unión, sino que también 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 TUE, apartado 1, reconoce el mismo valor jurídico que a los Tratados, concluye lo siguiente:

Que, «para respetar ese derecho cuyo objetivo es la protección del trabajador, todo periodo de aplazamiento debe tener en cuenta las circunstancias específicas en las que se encuentra un trabaja-

<sup>153</sup> Aduce la Abogada General Sra. Verica Trstenjak, en la conclusión 66 de su escrito de conclusiones presentado el 7 de julio de 2011, en el asunto C-214/10, KHS AG contra Winfried Schulte, resuelto por STJUE de 22 de noviembre de 2011, destacando, en sus conclusiones 67, 68 y 69, que la perspectiva de una acumulación ilimitada de los derechos a compensación económica podría llevar al trabajador a entender erróneamente el significado del artículo 7.2 de la Directiva 2003/88/CE, «haciéndole concebir esperanzas erróneas de un derecho a indemnización por la finalización de su relación laboral en vez de un sustituto de la retribución por vacaciones. Tal comprensión llevaría a atribuir al derecho a compensación económica por vacaciones un significado que no está previsto por la ley. Esta comprensión incorrecta de la naturaleza jurídica de la compensación económica podría, en función del ordenamiento jurídico y de la situación de partida, tener repercusiones graves para el empleador (...). Por tanto, el empleador tiene un interés legítimo en que no haya malentendidos respecto a la naturaleza jurídica de los derechos a compensación económica, y en que haya una situación de seguridad jurídica tras la conclusión de la relación laboral. Deben evitarse estos peligros mediante una interpretación estricta del artículo 7, apartado 2, de la Directiva 2003/88/CE, basada en el sentido y la finalidad de la norma».

<sup>154</sup> Destaca la Abogada General Sra. Verica Trstenjak, en la conclusión 69 de su escrito de conclusiones presentado el 7 de julio de 2011, en el asunto C-214/10, KHS AG contra Winfried Schulte, resuelto por STJUE de 22 de noviembre de 2011.

dor en situación de incapacidad laboral durante varios periodos de devengo consecutivos. Así pues, el periodo mencionado debe garantizar, en particular, que el trabajador pueda disfrutar, si fuera preciso, de periodos de descanso susceptibles de ser escalonados, planificables y disponibles a más largo plazo, y rebasar sustancialmente la duración del periodo de devengo por el que se concede».

Si se acoge la solución prevista para el disfrute real y efectivo de las vacaciones devengadas, y según la cual la parte ininterrumpida de las vacaciones remuneradas anuales deberá concederse y disfrutarse a más tardar en el plazo de un año, a partir del final del año en que se haya originado el derecho a esas vacaciones, y el resto de las vacaciones anuales pagadas, a más tardar, dentro de los 18 meses, contados a partir de dicha fecha, por aplicación analógica del artículo 9, apartado 1, del Convenio núm. 132 de la OIT, resulta que la acumulación de compensaciones sería ilimitada, si se reclaman dentro de ese periodo. Efectivamente, las compensaciones de por sí no tienen duración en el tiempo, al contrario de lo que ocurre con el disfrute real y efectivo de periodos vacacionales, y no existen términos hábiles para establecer relación alguna de equivalencia al respecto. No existe equivalencia sino asimetría, por lo que la correlación únicamente puede establecerse solo entre la remuneración debida durante los periodos de vacaciones y el monto total de las compensaciones debidas.

## VIII. CONCLUSIONES

La posibilidad de acumular los derechos a vacaciones devengadas pero no disfrutadas por encontrarse el trabajador en situación de incapacidad temporal durante largos periodos de tiempo parece incuestionable. Lo mismo ocurre con las compensaciones por vacaciones correspondientes a esos mismos periodos en el supuesto de que la relación laboral se hubiere extinguido. El problema se traslada a si deben y pueden establecerse límites a esas acumulaciones. Parece que al respecto existe una asimetría fundamental, en la medida en que el disfrute real y efectivo del periodo de vacaciones tiene una duración en el tiempo y las compensaciones no la tienen.

De esa asimetría resultará siempre, y en todo caso, que si se establece un límite temporal en el que hayan de disfrutarse esas vacaciones (como ocurre en el art. 38.3 ET y en el art. 9.1 del Convenio núm. 132 de la OIT), este únicamente podría afectar al disfrute real y efectivo de las vacaciones acumuladas pero no a la acumulación de «compensaciones». Por ello se producirá un tratamiento desigual para el supuesto de acumulación de periodos de disfrute real y efectivo de las vacaciones devengadas, que no serán ilimitadamente acumulables (habrán de disfrutarse dentro de un periodo de tiempo concreto, si no, y en lo que excedan del mismo, caduca o se extingue el derecho), y para las compensaciones económicas por esas mismas vacaciones, debidas por causa de la extinción de la relación laboral, que sí serán ilimitadamente acumulables, si se reclaman dentro de ese mismo periodo de tiempo o del general de prescripción o caducidad establecido en cada ordenamiento jurídico.

Diferencia de trato que carece de una justificación suficiente «fundada en criterios objetivos y razonables, según criterios o juicios de valor generalmente aceptados», al constituir «dos vertientes de un único derecho».