

## BAJA POR ENFERMEDAD Y DERECHO A VACACIONES ANUALES RETRIBUIDAS

[Comentario a la STJCE de 20 de enero de 2009, asuntos acumulados C-350/06 (Gerhard Schultz-Hoff y Deutsche Rentenversicherung Bund), y C-520/06 (Stringer y otros y Her Majesty's Revenue and Customs)] \*

**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 afirmación de que un trabajador en situación de «baja por enfermedad» (incapacidad temporal derivada de enfermedad o accidente) no tiene derecho a disfrutar las vacaciones anuales retribuidas durante un período que coincida con su «baja por enfermedad», puede parecer más o menos discutible, pero no es incompatible con la debida protección de la salud y seguridad en el trabajo, ni desconoce la finalidad y prestaciones de los sistemas de Seguridad Social, ni conlleva renuncia a un «derecho social fundamental». Todo ello siempre y cuando el trabajador pueda disfrutar de ese derecho a vacaciones anuales retribuidas en un momento posterior y más o menos subsiguiente a su curación y alta. En otro caso se conculcaría groseramente el «derecho fundamental social a disfrutar de unas vacaciones anuales retribuidas», además de incumplirse la debida protección de la salud y seguridad en el trabajo. Por consiguiente únicamente se ajusta al «derecho social fundamental» aludido y al deber de protección de la salud y seguridad en el trabajo, afirmar que el derecho a unas vacaciones anuales retribuidas no se extingue por haber finalizado el período de devengo y disposición de las mismas y, en su caso, el período de prórroga fijado por el ordenamiento jurídico correspondiente, sin haberlas efectivamente disfrutado por haber estado el trabajador de «baja por enfermedad» (incapacidad temporal por enfermedad o accidente). Consecuentemente también contraría el referido «derecho social fundamental» y aludido deber de protección, la previsión legal, convencional o contractual, de que, al finalizar la relación laboral, no se abonará compensación económica alguna en concepto de vacaciones anuales retribuidas, devengadas pero no disfrutadas, al trabajador que se haya encontrado en situación de «baja por enfermedad» (incapacidad temporal derivada de enfermedad o accidente) durante la totalidad o parte del período de devengo de las vacaciones anuales retribuidas.

**Palabras clave:** vacaciones anuales retribuidas, jornada, descansos, derechos sociales fundamentales, enfermedad e incapacidad temporal.

\* Véase el texto íntegro de esta sentencia en la *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, núm. 312, marzo 2009 o en *Normacef Socio-Laboral*.

# Sumario

- I. Introducción.
- II. La emergencia de la rama social del Derecho.
- III. Los derechos sociales fundamentales.
- IV. El establecimiento de una jornada máxima de trabajo, de períodos de descanso y vacaciones anuales retribuidas.
  1. Jornada máxima de trabajo y períodos de descanso.
  2. El derecho a vacaciones anuales retribuidas.
- V. La «baja por enfermedad o incapacidad temporal» en nuestro sistema de protección social.
- VI. Relación entre prestación del trabajo, mantenimiento de la capacidad laboral y derecho a vacaciones anuales retribuidas.
- VII. Sobre si un trabajador en «baja por enfermedad» (incapacidad temporal por enfermedad o accidente) tiene derecho a vacaciones anuales retribuidas.
  1. El derecho a disfrutar de las vacaciones anuales retribuidas durante un período que coincida con la baja por incapacidad temporal.
  2. El derecho a vacaciones anuales retribuidas en el supuesto de «baja por incapacidad temporal» durante la totalidad o parte del período de devengo de las vacaciones anuales, cuando la «baja por incapacidad temporal» perdure al finalizar dicho período y/o el período de prórroga fijado por el Derecho nacional.
  3. Sobre el derecho a obtener, al finalizar la relación laboral, una compensación económica en concepto de vacaciones anuales retribuidas no disfrutadas durante el período de devengo y/o el período de prórroga a causa de una «baja por incapacidad temporal».
- VIII. Conclusiones.

## I. INTRODUCCIÓN

La sentencia objeto de comentario aborda un tema polémico donde los haya, y que ha hecho correr «ríos de tinta», por afectar a la «vida cotidiana» de muchas personas, pues la obtención de los recursos precisos para atender a la propia subsistencia y a la de quienes conforman el núcleo de la propia familia, y aún de la «familia extendida», proviene generalmente de la prestación del trabajo dependiente asalariado, libre y por cuenta ajena. Lo cual supone la dedicación de un tiempo al trabajo y otro al descanso.

Aquel modo de allegar recursos (salarios) para la subsistencia se generalizó, en las sociedades occidentales, desde ese acontecimiento socioeconómico fundamental en la historia de la humanidad, conocido como «Revolución Industrial», por más que puedan referirse antecedentes (en la antigüedad, en Roma y en el medioevo) de prestación de «trabajo libre» dignos de tenerse en cuenta <sup>1</sup>. Pero el salto hacia el nuevo nivel productivo propiciado por la Revolución Industrial, fue brusco determinando situaciones de injusticia social incompatibles con los principios éticos y morales inspiradores de la cultura occidental (de raíz judeo-cristiana), y episodios de gran violencia, surgiendo conflictos sociales de enorme envergadura que determinaron el surgimiento de un conjunto normativo regulador de la prestación del trabajo libre y por cuenta ajena, asalariado y dependiente, adecuado a los valores de justicia vigentes en cada tiempo y propiciatorio de la paz social.

## II. LA EMERGENCIA DE LA RAMA SOCIAL DEL DERECHO

La legislación sobre el trabajo libre, por cuenta ajena, asalariado y dependiente, conocida inicialmente como legislación obrera, aparece como consecuencia de la denominada «Revolución Industrial» <sup>2</sup>, a la que se llega tras una larga evolución histórica, imponiéndose finalmente la prestación del

<sup>1</sup> Sobre el trabajo en la antigüedad y durante el medioevo, así como acerca de la aparición de los primeros mecanismos de protección social, ALONSO OLEA, M., *Introducción al Derecho del Trabajo*, CIVITAS, Madrid 1994 (5.ª edición), págs. 131-264.

<sup>2</sup> La denominada «Revolución Industrial» y la etapa pre-revolucionaria tiene consecuencias de primer orden en la prestación del trabajo. Cualquier alusión a la «Revolución Industrial» requiere una referencia al mercantilismo como etapa inmediatamente antecedente y de ruptura con los postulados éticos y socioeconómicos del medioevo. La manufactura e industria doméstica, la actitud de los mercaderes contraria a la competencia, que provocan la intervención del Estado en la regulación monopolista de precios y productos, la imposición de aranceles y limitaciones a determinadas importaciones, y la tendencia a la acumulación de riqueza pecuniaria, en oro y plata, que caracterizan a esta época, que es también la de los «mercaderes aventureros», la de las agrupaciones de mercaderes (Universidad de Mercaderes del Siena de 1664), de las primeras «compañías» (Ordenanza de Roussillon, Ordenanza de Blois, el Còde Michaud, Ordenanzas de Bilbao, etc.). En esa etapa histórica aparecen también las grandes «compañías» de indias (en 1555 la Compañía Moscovita, en 1600 la Compañía Británica de las Indias Orientales, en 1602 la Compañía Holandesa de las Indias Orientales, en 1664 la Compañía Francesa de las Indias Orientales, etc.), que son antecedentes de las posteriores sociedades anónimas, pues permiten la acumulación de grandes masas de capital, mediante las aportaciones de la burguesía incipiente y la aristocracia terrateniente, incluso por

trabajo dependiente asalariado y como único título legítimo la libre prestación del consentimiento, instrumentada primero mediante el contrato de arrendamiento de servicios y más tarde mediante el contrato de trabajo. El salto hacia un nuevo nivel productivo propiciado por la Revolución Industrial, fue brusco determinando situaciones de injusticia social incompatibles con la cultura occidental.

La valoración positiva del trabajo junto con la declaración de la libertad de industria, propia de la ideología liberal, que parte de la proclamación de los principios de libertad e igualdad («Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos», indica el preámbulo de la Constitución francesa de 1781), no fue suficiente para hacer perder vigencia al principio de *laissez faire, laissez passer*, como norma y criterio contrario a toda intervención del Estado en materia social en cuanto limitadora de la libertad de contratación, que fue observado rígidamente durante la etapa inicial de la Revolución Industrial, pero que fue desapareciendo progresivamente como criterio limitador de la actividad legiferante, administrativa y prestacional de los Estados.

Intervencionismo que se manifiesta especialmente en relación con la limitación de la jornada, la humanización del trabajo de niños y mujeres, los sistemas de indemnizaciones y prestaciones por accidentes de trabajo y los sistemas de seguros sociales. En nuestro país es a partir aproximadamente de 1900 cuando se inicia el desarrollo sistemático de una legislación relativa a la prestación del trabajo y de protección de los trabajadores, que ha permitido referirse (a partir de 1920) a un singular Derecho obrero, que «desde sus orígenes (...) viene siendo una legislación limitativa del poder empresarial que a causa de ella dejó de ser absoluto; y limitativa asimismo de la "lealtad absoluta" del trabajador» (STC 192/2003).

### III. LOS DERECHOS SOCIALES FUNDAMENTALES

En el frontispicio de los derechos sociales en Europa debe figurar la siguiente declaración de la jurisprudencia (STJCE de 18 de diciembre de 2007 <sup>3</sup>) comunitaria:

expediciones, con riesgos limitados a la pérdida del capital aportado, y cuya influencia en el desarrollo de las relaciones de trabajo no puede en absoluto despreciarse. La expresión «Revolución Industrial» se utiliza, ordinariamente, para designar la primera fase del desarrollo de la industria moderna que tuvo lugar en Inglaterra y en el sur de Escocia en el último tercio del siglo XVIII. La aparición del proletariado industrial y urbano se vincula directamente a la aparición del *factory system*. Aquella «revolución» industrial determinó que grandes masas de capital, en parte antes utilizadas, por los mercaderes, para adquirir los objetos realizados en el taller artesanal, o que servían para la adquisición de las materias en materia primas (que era enviada a los talleres domésticos, para su elaboración, y cuya remuneración servía para atender al precario sustento de los miembros de la familia), se comenzaran a invertir en la creación de grandes establecimientos fabriles y en maquinaria, provocando el desplazamiento hacia las zonas industriales, fábricas y factorías de quienes, salvo alimentos para atender a su subsistencia y escasas mercancías, poco o prácticamente nada antes habían producido. El origen de la «Revolución Industrial» es muy discutido, debatiéndose fundamentalmente si debe atribuirse a las innovaciones tecnológicas que aparecen en un momento singularmente rico en invenciones (WATT, ARKWRIGHT, KAY y HARGREAVES, etc.) o a la aparición del espíritu de empresa. Con ella se inicia el largo proceso que «modeló profundamente el desarrollo económico». A. SMITH (*Investigación sobre la naturaleza y causa de la riqueza de las naciones*), K. MARX (*El Capital*), y con F. ENGELS el *Manifiesto Comunista*), que surgen en esa época, son los economistas más célebres y autores de los tratados con más influencia en la aparición y desarrollo posterior de las ideologías, el capitalismo y el socialismo («economicismo»).

<sup>3</sup> Asunto C-341/05, Laval un Partneri Ltd. y Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avdelning 1, Byggettan, Svenska Elektrikerförbundet.

«Con arreglo al artículo 3 CE, apartado 1, letras c) y j), la acción de la Comunidad implica no solamente un "mercado interior caracterizado por la supresión, entre los Estados miembros, de los obstáculos a la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales", sino también "una política en el ámbito social". El artículo 2 CE establece, en efecto, que la Comunidad tiene por misión, en particular, promover "un desarrollo armonioso, equilibrado y sostenible de las actividades económicas" y "un alto nivel de empleo y de protección social". Por tanto, dado que la Comunidad no solo tiene una finalidad económica, sino también social, deben sopesarse los derechos derivados de las disposiciones del Tratado relativas a la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales en relación con los objetivos perseguidos por la política social, entre los que figuran, en particular, como se indica en el artículo 136 CE, párrafo primero, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso, una protección social adecuada y el diálogo social».

Los derechos sociales fundamentales se conectan directamente con los derechos humanos y las libertades públicas, que Tribunal de Justicia comunitario en sus Sentencias de 18 de junio de 1991 <sup>4</sup> y de 29 de mayo de 1997 <sup>5</sup>, establece de vigencia absoluta en el ámbito de la Unión Europea, destacando que «los derechos fundamentales forman parte de los principios generales del Derecho cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia. A este respecto el Tribunal de Justicia 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 con los que los Estados miembros han cooperado o se han adherido». En este contexto, el Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales reviste un significado particular. Por ello no pueden admitirse en Europa medidas incompatibles con el respeto a los derechos humanos reconocidos y garantizados de esta manera.

Para una adecuada comprensión del tema objeto de consideración, no puede olvidarse los principios de «primacía» del Derecho comunitario sobre los Derechos nacionales o internos de los Estados miembros, ni la «responsabilidad» de los Estados miembros por los daños causados a los particulares como consecuencia de la violación o no adaptación de su Derecho interno al Derecho comunitario. Los Tratados fundacionales e instrumentos declaratorios de derechos fundamentales y libertades públicas, conforman un sedicente «Derecho constitucional Europeo». El principio de responsabilidad antes aludido «representa un complemento de la protección efectiva de los derechos de los particulares basados en el ordenamiento comunitario. Tales derechos surgen de las normas de Derecho comunitario sin necesidad de intervención alguna de los ordenamientos jurídicos nacionales (efecto directo), prevalecen frente a cualquier norma contraria de Derecho interno (primacía) y, en caso de que sean vulnerados por acciones u omisiones de los Estados, sus titulares tienen derecho a reparación (principio de responsabilidad del Estado)».

Con la aprobación de la Constitución de 1978, emergen en nuestro ordenamiento jurídico los derechos sociales fundamentales, y con ellos se proclama por la jurisprudencia constitucional que la lealtad debida por el trabajador en sede de contrato de trabajo no supone sujeción absoluta a los intereses empresariales. Reiterada jurisprudencia constitucional ha establecido: a) Que la celebración de

<sup>4</sup> Asunto C-260/89.

<sup>5</sup> Asunto C-299/95.

un contrato de trabajo no implica en modo alguno la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano (SSTC 88/1985, 106/1996 y 20/2002; b) Que la libertad de empresa (art. 38 CE) no legitima que los trabajadores hayan de soportar limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas (SSTC 88/1985, 106/1996, 80/2001, 20/2002); c) Que las organizaciones empresariales no forman «mundos separados y estancos del resto de la sociedad ni la libertad de empresa que establece el artículo 38 del Texto Constitucional, ni legitima que quienes prestan servicios en aquellas por cuenta y bajo la dependencia de sus titulares deban soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas, que tienen un valor central en el sistema jurídico constitucional» (SSTC 88/1985 y 106/96); d) Que el ejercicio de las facultades organizativas y disciplinarias del empleador no puede servir en ningún caso a la producción de resultados inconstitucionales, lesivos de los derechos fundamentales del trabajador (SSTC 94/1984, 108/1989, 171/1989, 123/1992, 134/1994, 173/1994 y 90/1997), ni a la sanción del ejercicio legítimo de tales derechos por parte de aquel (STC 11/1981).

La relación laboral «tiene como efecto típico la sumisión de ciertos aspectos de la vida humana a los poderes empresariales» y a los requerimientos de la organización productiva, pero que no basta con la sola afirmación del interés empresarial para comprimir los derechos fundamentales del trabajador dada la posición prevalente que estos alcanzan en nuestro ordenamiento (STC 99/1994). La existencia de una relación contractual entre trabajador y empresario genera un complejo de derechos y obligaciones recíprocas que condiciona el ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas (STC 6/1995) <sup>6</sup>. La buena fe intercurrente entre ambas partes de la relación se erige así en un límite adicional al ejercicio de los derechos, siendo inherente al contrato (STC 6/1988), fuera de la cual aquellos pueden devenir ilegítimos.

Solo es posible una relativa restricción de derechos fundamentales y libertades públicas de los trabajadores, si los requerimientos de la empresa que pudieran llegar a ser aptos para restringir el ejercicio de aquellos están «especialmente cualificados por razones de necesidad» estricta, que han de ser acreditadas por quien las alega cualquiera que sea la cuantía de las compensaciones que el trabajador reciba, a no ser que la compresión del derecho fundamental de que se trate constituya una faceta esencial y legítima del propio objeto del contrato, supuesto en que el consentimiento del trabajador contribuye a crearla (STC 99/1994). La jurisprudencia constitucional no obstante afirmar que el contrato de trabajo no puede considerarse como un título legitimador de recortes en el ejercicio de los derechos fundamentales que incumben al trabajador como ciudadano, que no pierde su condición de tal por insertarse en el ámbito de una organización privada (STC 88/1985), concluye que no puede desconocerse que la inserción en la organización ajena modula aquellos derechos, en la medida estrictamente imprescindible para el correcto y ordenado desenvolvimiento de la actividad productiva, reflejo, a su vez, de derechos que han recibido consagración en el texto de nuestra norma fundamental (arts. 38 y 33 CE).

En razón de esta necesaria adaptabilidad de los derechos del trabajador a los requerimientos de la organización productiva en que se integra, y en la apreciada razonabilidad de estos, llega la jurisprudencia constitucional a afirmar que manifestaciones del ejercicio de aquellos derechos fun-

<sup>6</sup> Habiendo sido ejemplo de ello la doctrina en torno a la libertad de expresión, respecto de la que llega a afirmar que manifestaciones del mismo, que en otro contexto pudieran ser legítimas, no tienen por qué serlo necesariamente en el ámbito de la relación laboral (STC 120/1983).

damentales y libertades públicas que en otro contexto serían legítimas, no lo son, cuando se ejercitan en el marco de la relación laboral (SSTC 73/1982, 120/1983, 19/1985, 170/1987, 6/1988, 129/1989, 126/1990 y 99/1994). De tal modo que surge, según el Tribunal Constitucional, por mor de la relación laboral un «condicionamiento» o «límite adicional» al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas por los trabajadores, que deriva aquella jurisprudencia fundamentalmente, como ya se indicó, del principio de buena fe entre las partes en el contrato de trabajo y al que estas han de ajustar su comportamiento mutuo (SSTC 120/1983, 88/1985 y 6/1995).

Bien entendido que la jurisprudencia constitucional siempre ha matizado el alcance de aquellos condicionamientos o límites deducidos de la vigencia de una relación laboral, afirmando: a) Que los equilibrios y limitaciones recíprocas que se derivan para ambas partes del contrato de trabajo supone que también las facultades organizativas empresariales se encuentran limitadas por los derechos fundamentales del trabajador, quedando obligado el empleador a respetar aquellos (STC 292/1993); b) Que la limitación de los derechos fundamentales y libertades públicas por parte de las facultades empresariales solo puede derivar bien del hecho de que la propia naturaleza del trabajo contratado implique la restricción del derecho (SSTC 99/1994 y 106/1996), bien de una acreditada necesidad o interés empresarial, sin que sea suficiente su mera invocación para sacrificar el derecho fundamental del trabajador (SSTC 99/1994, 6/1995 y 136/1996).

La prevalente aplicabilidad y primacía <sup>7</sup> del Derecho comunitario <sup>8</sup> hace que deba estarse ineludiblemente al contenido de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea <sup>9</sup>, a la cual se unieron otros instrumentos comunitarios e internacionales <sup>10</sup> que supusieron un avance y afianza-

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

<sup>8</sup> La aplicación del Derecho comunitario ha de contemplarse desde una doble perspectiva, en cuanto conjunto de normas que conforman el denominado derecho originario y en cuanto a las normas comunitarias que componen el nominado Derecho derivado, a su vez dentro de este último según los instrumentos normativos empleados, Reglamento o Directiva, y respecto de las Directivas si se trata de su aplicabilidad por vía de adaptación a las mismas del Derecho interno de los Estados miembros o la posibilidad de su aplicación directa. Desde la Sentencia de 5 de febrero de 1963 (asunto 26/62, Van Gend&Loos) del Tribunal de Justicia, el Derecho comunitario, en su conjunto, ha pasado a considerarse como «un nuevo ordenamiento jurídico de Derecho internacional». Como se ha significado, con autoridad suficiente, «esta sentencia tiene una gran significación histórica, pues expresa una concepción de la Comunidad como una comunidad de Estados, pero también como una comunidad de pueblos y de ciudadanos. Esta concepción se desarrolla en la sentencia a partir de los objetivos del Tratado, y de la configuración institucional de la comunidad (...) constituye un elemento fundamental del llamado "acervo comunitario" o *acquis communautaire*, que como tal ha sido asumido por todos los nuevos Estados miembros que se han incorporado a la Comunidad a partir de 1973».

<sup>9</sup> Indica la STS, Sala 3.ª, de 23 de noviembre de 1990, que «los Tratados fundacionales (...) han configurado un ordenamiento jurídico propio, que a su vez es asumido por los sistemas de los Estados miembros, a diferencia del que venía sucediendo en los demás pactos internacionales (...). En consecuencia, ese Derecho originario o primario actúa como con una función constitucional y de tales normas fundamentales se derivan a su vez otras, trabadas en una estructura coherente y jerarquizada (...) los tratados constitutivos de las Comunidades Europeas no solo establecen derechos y obligaciones para los Estados miembros y para los particulares, sino que además constituyen el elemento fundamental de lo que se ha dado en llamarse la Constitución de la Comunidad Europea. La concepción de los tratados como constitución no es simple afirmación retórica, sino que ha llevado al Tribunal de Justicia a consagrar su interpretación en un sentido que permite caracterizar a la Comunidad como una comunidad de derecho, es decir, como una comunidad en la que tienen plena vigencia los principios propios de un estado de derecho».

<sup>10</sup> La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, supuso un avance significativo 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. En su preámbulo se establece que «los pueblos de Europa al crear entre

miento en materia de derechos sociales fundamentales, de tal manera que la Unión Europea reconoce, como derechos fundamentales (en términos del II-91, titulado «condiciones de trabajo justas y equitativas», de la no nata Constitución Europea) que «todo trabajador tiene derecho a trabajar en condiciones que respeten su salud, seguridad y dignidad, y que «todo trabajador tiene derecho a una limitación máxima del trabajo y a períodos de descanso diarios y semanales así como a un período de vacaciones anuales retribuidas»<sup>11</sup>.

Por su parte, el artículo 137 del Tratado establece que la Comunidad apoyará y completará la acción de los Estados miembros, con vistas a mejorar el entorno de trabajo, para proteger la salud y la seguridad de los trabajadores. En su desarrollo la Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989 («Directiva base»), estableció los principios generales en materia de seguridad y salud de los trabajadores, habiendo sido desarrollada por una multitud de Directivas específicas, entre ellas inicialmente por la Directiva 93/104/CEE del Consejo, de 23 de noviembre de 1993 (la «Directiva»), en los aspectos relativos al tiempo (jornada) de trabajo, cuyo plazo de transposición finalizó el 23 de noviembre de 1996. Esta última norma comunitaria fue modificada por la Directiva 2000/34/CE<sup>12</sup>.

Ambas Directivas fueron derogadas por la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de noviembre de 2003<sup>13</sup>, 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>14</sup>. Según establece su artículo 7 (titulado «vacaciones anuales»), «1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que todos los

sí una unión cada vez más estrecha, han decidido compartir un porvenir pacífico basado en valores comunes», de aquellos pueblos «conscientes de su patrimonio espiritual y moral». Por ello «la Unión está fundada sobre los valores indivisibles y universales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad», y la Carta indicada «contribuye a la preservación y al fomento de estos valores comunes dentro del respeto de la diversidad de culturas y tradiciones de los pueblos de Europa». Se afirma en aquel preámbulo que «es necesario, dotándolos de mayor presencia en una Carta, reforzar la protección de los derechos fundamentales a tenor de la evolución de la sociedad, del progreso social y de los avances científicos y tecnológicos (...) respetando (...) los derechos reconocidos especialmente por las tradiciones constitucionales y obligaciones internacionales comunes de los Estados miembros, del Tratado de la Unión Europea y de los Tratados comunitarios, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, las Cartas Sociales adoptadas por la Comunidad y por el Consejo de Europa, así como por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», para ello «la Unión reconoce los derechos, libertades y principios que enuncia de seguido», entre los cuales conviene recoger, en lo que aquí interesa el contenido del artículo II-91 (titulado «condiciones de trabajo justas y equitativas»), que es el siguiente: «1. Todo trabajador tiene derecho a trabajar en condiciones que respeten su salud, seguridad y dignidad; 2. Todo trabajador tiene derecho a una limitación máxima del trabajo y a períodos de descanso diarios y semanales así como a un período de vacaciones anuales retribuidas».

<sup>11</sup> RIEDEL, E., *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, Jürgen Meyer (2.<sup>a</sup> edición), Baden-Baden 2006, artículo 31, nota 20, opina que la importancia del artículo 31, apartado 2, de la Carta de los Derechos Fundamentales radica fundamentalmente en el hecho de haber consagrado indudablemente, como estándar mínimo social, los principios de limitación de la jornada laboral, los descansos diarios y el derecho al descanso semanal, incluso en relaciones laborales por turnos, interinas y de temporada, así como el derecho a unas vacaciones anuales pagadas como derecho humano reconocido a todas las personas, citado por la Abogada General Sra. Verica Trstenjak, en la nota 19 de las conclusiones presentadas el 24 de enero de 2008, asunto C-520/06, Stringer, Sabriye Kilic, Michael Thwaites, Keith Ainsworth, Sabba Khan contra Her Majesty's Revenue and Customs.

<sup>12</sup> Cuyo plazo de transposición finalizó el 1 de agosto de 2003.

<sup>13</sup> Que entró en vigor el 4 de noviembre de 2003 (art. 28).

<sup>14</sup> Basta con comparar el contenido de la regulación de aquellas Directivas 93/104/CEE y 2000/34/CE con el de la Directiva 2003/88/CE.



trabajadores dispongan de un período 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 período mínimo de vacaciones anuales retribuidas no podrá ser sustituido por una compensación financiera, excepto en caso de conclusión de la relación laboral».

A nuestra regulación constitucional antes expuesta y al Derecho comunitario aludido, ha de sumarse todo el Derecho Internacional público del que es agente destacado la Organización Mundial del Trabajo (OIT). Proclama aquel organismo especializado de las Naciones Unidas que «el acceso a un nivel adecuado de protección social es un derecho fundamental de todos los individuos reconocido por las normas internacionales del trabajo y por las Naciones Unidas», que ese adecuado nivel de protección debe ser considerado un «instrumento para la promoción del bienestar humano y el consenso social, que favorece la paz social y es indispensable para lograrla, y por lo tanto para mejorar el crecimiento y el comportamiento de la economía». Sin embargo, como contraste evidente, resulta que solo el 20 por 100 de la población mundial tiene una protección social adecuada, y más de la mitad no tiene ninguna cobertura, enfrentándose a severos peligros en los lugares de trabajo, sin que ni siquiera el 10 por 100 esté protegido por sistemas de Seguridad Social.

#### IV. EL ESTABLECIMIENTO DE UNA JORNADA MÁXIMA DE TRABAJO, DE PERÍODOS DE DESCANSO Y VACACIONES ANUALES RETRIBUIDAS

Establece el artículo 40.3 de la Constitución Española lo siguiente:

«Los poderes públicos (...) garantizarán el descanso necesario, mediante la limitación de la jornada laboral (y) las vacaciones periódicas retribuidas».

##### 1. Jornada máxima de trabajo y períodos de descanso.

Las terribles condiciones de vida y trabajo que en las etapas iniciales del desarrollo de la prestación del trabajo dependiente asalariado y por cuenta ajena sufrieron las grandes masas trabajadoras de las fábricas del centro de Inglaterra y en Escocia, y que en nuestro país se manifestaron especialmente durante la primera mitad del siglo XIX<sup>15</sup>, produjeron inmediatas reacciones que condujeron a la adopción de medidas legislativas tendentes a la mejora de la situación de la clase obrera<sup>16</sup>, entre

<sup>15</sup> Además de salarios míseros, condiciones higiénicas deplorables en los lugares de trabajo y en los hogares, *truck system*, trabajo de niños y mujeres en condiciones lastimosas, etc., sobrellevando una breve y sufrida existencia. En un medio dominado ideológicamente por el darwinismo social y la ética protestante, por lo que carecían de la más mínima capacidad de reacción contra aquellas insoportables condiciones de trabajo y existencia.

<sup>16</sup> Así la obra de SISMONDI, J.-Ch.L., que advierte de la existencia de dos clases, los ricos y los pobres, o los capitalistas y obreros, y en la mitigación de los daños infringidos mediante realizaciones filantrópicas como el complejo fabril y residencial de New Lanark fundado por DALE D. No obstante las críticas sistemáticas derivaron de las posiciones después conocidas como socialistas. El socialismo utópico de SINT-SIMON, C.H., FOURIER, Ch., OWEN, R., el socialismo de transición de BLANC, L., PROUDHON, P., LASSALLE, F. y FUERBACH, L., y el «cartismo» inglés y, especialmente el socialismo científico de MARX, K. (cuya doctrina va a influir decisivamente en la marcha de la historia del mundo, con nueva interpretación o forma de historia universal). Las reacciones más contundentes ante la terrible situación de los obreros van a venir,

las que sobresalieron las limitaciones de unas jornadas de trabajo extenuantes y el establecimiento de períodos de descanso y vacaciones. Así mediante la Ley de 13 de marzo de 1900 se fijaron las condiciones de trabajo de mujeres y niños, por Real Decreto de 20 de junio de 1902 se reguló la jornada de los obreros con los concesionarios de obras públicas, y por la Real Orden de 11 de marzo de 1902 se dictaron normas en relación con la jornada de trabajo de los obreros que prestaban servicios en establecimientos de la Hacienda Pública. La Ley de 3 de marzo de 1904 estableció el descanso dominical. La Ley de 27 de diciembre de 1910 y el Real Decreto de 24 de agosto de 1913 establecieron la limitación de la jornada, o jornada máxima ordinaria en la industria textil. La Ley de 21 de noviembre de 1931 reguladora del contrato de trabajo, los Reales Decretos de 15 de marzo y 3 de abril de 1919, la Ley de 4 de julio de 1918 sobre jornada en establecimientos mercantiles, y especialmente la Ley de 1 de julio de 1931, de jornada máxima legal, de una dilatada vigencia, impusieron medidas limitadoras de la jornada, derechos a descansos diarios y semanales, y a vacaciones periódicas.

Ha de repararse en que ya la Real Orden de 1902 estableció que la duración de la jornada diaria fuera de ocho horas, debiéndose remunerar en una octava parte más de jornal lo que excediese de aquella jornada de trabajo. La Ley de 1910 situó aquella duración de la jornada diaria en nueve horas la duración máxima, so pena, según se indicaba en la exposición de motivos del proyecto de ley enviado a las Cortes, de la «degeneración de la raza por agotamiento físico y atrofia moral e intelectual» de los obreros. En la Ley de 4 de julio de 1918 se establecía la necesidad de observar un descanso continuo de 12 horas diarias, desde el lunes hasta el sábado, y descansos de dos horas para comer y en el Real Decreto de 15 de marzo 1919 se impuso la jornada máxima de ocho horas diarias para los oficios de la construcción en todo el Estado, lo que se generalizó para todos los ramos con el Real Decreto de 3 de abril del mismo año (1919). La Ley de 1931, de jornada máxima legal, estableció la duración máxima de la jornada de trabajo para «obrerros, dependientes y agentes de las industrias bajo la dependencia y la inspección ajenas», por cuenta de entidades públicas o empresarios privados o particulares, en ocho horas diarias o 40 horas semanales, a salvo las exclusiones, reducciones y ampliaciones que en la propia norma se significaban.

La duración de la jornada de trabajo diario en ocho horas ha llegado a considerarse como un hecho o acontecimiento natural. Probablemente la razón de semejante consideración y aceptación (extremo de poderse considerar una creencia popular o popularizada) se deba a la enormidad de tiempo que lleva establecida, sin minoración a pesar del progreso científico, tecnológico habido desde su inicial establecimiento, ni a los profundos cambios que se han producido en materia de filosofía social. Desde esta perspectiva su mantenimiento puede considerarse como un anacronismo, un estancamiento cuando no una severa regresión que contrasta con el mandato constitucional.

Según el Estatuto de los Trabajadores (ET) (art. 34), la duración de la jornada de trabajo, que no ha de conferirse con el horario de trabajo a pesar de ser conceptos muy próximos<sup>17</sup>, será la pac-

---

de una parte por la Revolución Francesa de 1848 y la Comuna de París de 1871 y de otra por la obra MARX, K. (socialismo científico o marxismo) cuya doctrina del materialismo histórico ha sido objeto de una agitada controversia revisionista, de radicalizaciones extremas fascistas y criminales (leninismo, estalinismo, maóismo, marxismos-leninismos del sureste asiático, etc.), no influyendo en su trascendencia e influencia mundial, su abandono (más teórico que real) por los partidos socialistas más representativos del momento presente.

<sup>17</sup> «Como señalan las Sentencias de la Sala de lo Social del TS de 22 de julio de 1995 y 26 de junio de 1998, "los conceptos de jornada, sea diaria, mensual o anual, y de horario son conceptos muy próximos y vinculados entre sí, pero entre

tada en los convenios colectivos o contratos de trabajo, siendo la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo de 40 horas semanales<sup>18</sup> de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual, elaborándose anualmente, por la empresa, el calendario laboral, debiendo exponerse un ejemplar del mismo en un lugar visible de cada centro de trabajo. El calendario laboral no es más que la concreción anual de las normas sobre jornada trabajo, no pudiendo plasmar algo diferente a lo establecido en dichas normas dado su carácter meramente instrumental, al extremo de que si a través del calendario laboral se canalizase una modificación de esas normas estaríamos ante una modificación de las condiciones de trabajo<sup>19</sup>.

Las limitaciones de la jornada están íntimamente vinculadas a la garantía de la salud y seguridad de los trabajadores, por ello se limitan las horas extraordinarias<sup>20</sup> y el trabajo nocturno, tomán-

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

- <sup>18</sup> Entre el final de una jornada y el comienzo de la siguiente mediarán, como mínimo, 12 horas y el número de horas ordinarias de trabajo efectivo no podrá ser superior a nueve diarias, salvo que por convenio colectivo o, en su defecto, acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, se establezca otra distribución del tiempo de trabajo diario, respetando en todo caso el descanso entre jornadas, computándose el tiempo de trabajo de modo que tanto al comienzo como al final de la jornada diaria el trabajador se encuentre en su puesto de trabajo. Cuando la duración de la jornada diaria continuada exceda de seis horas, deberá establecerse un período específico de descanso durante la misma. Pudiéndose establecer ampliaciones o limitaciones en la ordenación y duración de la jornada de trabajo y de los descansos, para aquellos sectores y trabajos que por sus peculiaridades así lo requieran.
- <sup>19</sup> STSJ de Galicia de 16 de septiembre de 2005; indica la jurisprudencia menor (así la STSJ de Cataluña de 13 de noviembre de 2003) que «no existe una específica regulación aplicable a la elaboración del calendario laboral en las empresas, siendo parcas las referencias legales contenidas en el ET, y sus normas de desarrollo. Contempla el artículo 34.6 del ET (junto a la duración de la jornada, su distribución y el establecimiento de los preceptivos descansos) a modo de obligación empresarial la necesidad de elaborar anualmente el calendario laboral y el deber de exponer un ejemplar del mismo en un lugar visible de cada centro de trabajo. Por otra parte, la disposición adicional tercera del Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo establece de modo expreso en su apartado a) el derecho de los representantes de los trabajadores a ser consultados por el empresario y emitir informe con carácter previo a la elaboración del calendario laboral a que se refiere el artículo 34.6 del ET. Por ello, la empresa está obligada a elaborar anualmente un documento en el que figuren los días de trabajo durante el año, días de descanso, fiestas y otras jornadas en las que no se trabaja, así como el número de horas de trabajo ordinario que corresponde a cada jornada laboral, siendo facultad del empresario fijar el horario de trabajo entendido como el medio de fijar el momento de inicio y final de trabajo para cada jornada. No obstante, ello no debe llevar a considerar que la prestación de trabajo con uno u otro horario resulte una cuestión menor, puesto que al trabajador no le resulta irrelevante iniciar su actividad en uno u otro momento, y de ahí que el artículo 41 del ET incluya su modificación entre las de carácter sustancial. De otro lado, si bien la fijación del calendario laboral se integra en las facultades de dirección y organización de la actividad laboral de los aludidos artículos 5 c) y 20 del ET, se impone a su fijación una serie de limitaciones legales o pactadas».
- <sup>20</sup> La limitación de la jornada comprende naturalmente el número máximo de horas extraordinarias que puede efectuarse, que no podrá ser superior a 80 al año, sin que se computen las horas extraordinarias que hayan sido compensadas mediante descanso dentro de los cuatro meses siguientes a su realización, y sin que se tengan en cuenta, a efectos de la duración máxima de la jornada ordinaria laboral el exceso de las trabajadas para prevenir o reparar siniestros y otros daños extraordinarios y urgentes, sin perjuicio de su compensación como horas extraordinarias.

dose precauciones especiales cuando el trabajo sea con cierto «ritmo» especialmente para determinar los periodos de descanso <sup>21</sup>. En todo caso los trabajadores tendrán derecho a un descanso mínimo semanal <sup>22</sup>. Las fiestas laborales, de carácter retribuido y no recuperable, no podrán exceder de 14 al año, de las cuales dos serán locales. El trabajador, previo aviso y justificación, podrá ausentarse del trabajo, con derecho a remuneración, por determinados motivos (art. 37 ET). La imposición de cualquier desmesura a la jornada de trabajo, así como la falta de periodos adecuados de descanso, se entroncan con la doctrina constitucional antes expuesta pues significaría tanto como el sometimiento al interés empresarial, ya que «un deber genérico de lealtad con un significado omnicomprendivo de sujeción del trabajador al interés empresarial, no resultaría acorde con el sistema constitucional de relaciones laborales» (STC 192/2003).

## 2. El derecho a vacaciones anuales retribuidas.

Según nuestro ordenamiento jurídico el periodo de vacaciones anuales retribuidas, no sustituible por compensación económica, será el pactado en convenio colectivo o contrato individual (art. 38 de la norma estatutaria). En ningún caso la duración será inferior a 30 días naturales. 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.

El calendario de vacaciones se fijará en cada empresa. El trabajador conocerá las fechas que le correspondan dos meses antes, al menos, del comienzo del disfrute <sup>23</sup>. No pudiendo olvidarse que «el derecho de cada trabajador a disfrutar de vacaciones anuales retribuidas debe considerarse un principio de Derecho social comunitario de especial importancia, respecto del cual no pueden establecerse excepciones» (SSTJCE de 16 de marzo de 2006, asuntos acumulados C-131/04 y C-257/04, y de 6 de abril de 2006, asunto C-124/05) <sup>24</sup>.

### 2.1. Configuración general.

La jurisprudencia comunitaria ha declarado (STJCE de 7 de septiembre de 2006, asunto C-484/04) que la armonización a nivel comunitario en materia de ordenación del tiempo de trabajo tiene por obje-

<sup>21</sup> La jornada de trabajo nocturno, trabajo a turnos y ritmo de trabajo tienen una regulación especial (art. 36 ET), que no podrá exceder de ocho horas diarias de promedio, en un periodo de referencia de 15 días, y dichos trabajadores no podrán realizar horas extraordinarias.

<sup>22</sup> Acumulable por periodos de hasta 14 días, de día y medio ininterrumpido que, como regla general, comprenderá la tarde del sábado o, en su caso, la mañana del lunes y el día completo del domingo (cuando se trate de menores de 18 años será, como mínimo, de dos días ininterrumpidos).

<sup>23</sup> Sin embargo la STSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco de 21 de julio de 2003 considera que la no concesión o pago de las vacaciones no constituye un incumplimiento suficientemente grave y culpable del empresario como para justificar la resolución del contrato a instancias del trabajador y al amparo del artículo 50 del ET.

<sup>24</sup> Sobre las vacaciones retribuidas me remito a mi comentario «Derecho a disfrutar vacaciones anuales retribuidas (Comentario a las SSTJCE de 16 de marzo de 2006, asuntos acumulados C-131/04 y C-257/04, y de 6 de abril de 2006, asunto C-124/05)», publicado en esta Revista núm. 280, julio 2006, págs. 97-120.

to garantizar una mejor protección de la seguridad y de la salud de los trabajadores, haciendo que estos disfruten de períodos mínimos de descanso –diario y semanal–, así como de pausas adecuadas y estableciendo un límite máximo de 48 horas para la duración media de la semana de trabajo, límite respecto del cual se puntualiza expresamente que incluye las horas extraordinarias.

Se afirma <sup>25</sup> que al atribuir la normativa comunitaria (SSTJCE de 16 de marzo de 2006, cit., y de 6 de abril de 2006, cit.), a los períodos mínimos de descanso y a los límites máximos de la jornada, un mismo objetivo, el garantizar la salud y la seguridad de los trabajadores, el alcance de las obligaciones impuestas a los Estados miembros en lo relativo al descanso mínimo diario y semanal ha de perfilarse, en definitiva, a la luz de esta finalidad, consecuentemente «tanto las disposiciones en materia de duración máxima de la jornada como las relativas al descanso mínimo han de considerarse, según reiterada jurisprudencia, normas del Derecho social comunitario de especial importancia, de las que debe disfrutar todo trabajador como disposición mínima necesaria para garantizar la protección de su seguridad y su salud» <sup>26</sup>.

Teniendo, los Estados miembros, recuerda el Alto Tribunal comunitario (SSTJCE de 16 de marzo de 2006, cit., y de 6 de abril de 2006, cit.) la obligación de adoptar las medidas necesaria para que todos los trabajadores disfruten, respectivamente, de un período mínimo de descanso de 11 horas consecutivas en el curso de cada período de 24 horas y, por cada período de siete días, de un período mínimo de descanso ininterrumpido de 24 horas, al que se añadirán las 11 horas de descanso diario.

La normativa comunitaria impone a los Estados miembros obligaciones de resultado claras y precisas en cuanto al disfrute del derecho al descanso, llegándose a efectuar por la jurisprudencia comunitaria la siguiente, y desde luego trascendente, afirmación:

«Las diferentes disposiciones que contiene la Directiva en materia de tiempo mínimo de descanso constituyen normas del Derecho social comunitario de especial importancia, de las que debe disfrutar todo trabajador como disposición mínima necesaria para garantizar la protección de su seguridad y su salud» <sup>27</sup>.

Los trabajadores deben disfrutar, como mínimo, de los períodos de descanso tanto diario como semanal establecidos en la normativa comunitaria. Para que quede asegurado el efecto útil de la totalidad de los derechos conferidos a los trabajadores por la normativa comunitaria, necesariamente ha de garantizarse el respeto de cada una de las disposiciones mínimas establecidas en aquella normativa, incluido el derecho a disfrutar de un descanso efectivo. La única actuación conforme al objeti-

<sup>25</sup> Por la Abogada General, Sra. Juliana Kokott, en sus conclusiones 64 a 69, de las presentadas el 9 de marzo de 2006 en los asuntos acumulados C-131/04 y C-257/04, y asunto C-124/05, resueltos por SSTJCE de 16 de marzo de 2006 y de 6 de abril de 2006.

<sup>26</sup> SSTJCE de 26 de junio de 2001, (asunto C-173/99, BECTU), 5 de octubre de 2004 (asunto C-397/91 a C-403/01), y de 1 de diciembre de 2005 (asunto C-14/04, Dellas y otros).

<sup>27</sup> SSTJCE de 16 de marzo de 2006, asuntos acumulados C-131/04 y C-257/04, 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., y de 6 de abril de 2006, asunto C-124/05, Federatie Nederlandse Vakbeweging contra Staat der Nederlanden.

vo de la regulación comunitaria es aquella que es capaz de «garantizar una protección eficaz de la seguridad y de la salud de los trabajadores, haciéndoles disfrutar efectivamente de los períodos mínimos de descanso que les corresponden».

Por ello, y en orden a la finalidad de proteger de manera eficaz la seguridad y la salud de los trabajadores, cada trabajador debe disfrutar de períodos de descanso adecuados que no solo han de ser efectivos, permitiendo a las personas de que se trata recuperarse del cansancio generado por su trabajo, sino también tener un carácter preventivo que reduzca en la medida de lo posible el riesgo de alteración de la seguridad y la salud de los trabajadores que puede representar la acumulación de períodos de trabajo sin el descanso necesario. Pudiéndose pues cuestionarse cuál es el alcance real y efectivo de las obligaciones que asume el empresario en relación con ese efectivo disfrute, por los trabajadores a su servicio, de los períodos de descanso, diarios, semanales establecidos en la normativa comunitaria, y, consiguientemente, nacional de transposición y mejora, en su caso.

En todo caso debe quedar asegurado el efecto útil de la totalidad de los derechos conferidos a los trabajadores por la normativa comunitaria, lo que necesariamente implica la obligación para los Estados miembros de garantizar el respeto de cada una de las disposiciones mínimas establecidas en aquella normativa (STJCE de 1 de diciembre de 2005, asunto C-14/04, Dellas y otros). De tal manera que, «para alcanzar una protección eficaz de la seguridad y salud de los trabajadores, es necesario que se les conceda efectivamente los períodos mínimos de descanso previstos. Ello presupone, en particular, que el empresario ha de colocar a sus trabajadores en condiciones de utilizar realmente los períodos de descanso que les corresponden y que no debe disuadirles de ello mediante presiones fácticas»<sup>28</sup>, conforme la reiterada jurisprudencia comunitaria<sup>29</sup>.

Sin duda, «por regla general sería desproporcionado, si no imposible, exigir del empresario que obligue a sus trabajadores a utilizar los períodos de descanso que les corresponden»<sup>30</sup>. Incluso «por meras razones prácticas, la responsabilidad del empresario en lo relativo al cumplimiento de los descansos no puede ser ilimitada»<sup>31</sup>. Ahora bien, «el empresario no puede en ningún caso adoptar una postura meramente pasiva y conceder períodos de descanso únicamente a aquellos trabajadores que lo exijan expresamente y, en su caso, lo reclamen por vía judicial. Incluso sin entrar a valorar el riesgo de tener que iniciar un proceso, ya el simple peligro de ser mal visto en la empresa por solicitar los períodos de descanso podría dificultar considerablemente el ejercicio efectivo de estos derechos, establecidos para la protección de la seguridad y salud de los trabajadores»<sup>32</sup>.

<sup>28</sup> Indica la Abogada General, Sra. Juliana Kokott, en sus conclusiones 64 a 69, de las presentadas el 9 de marzo de 2006 en los asuntos acumulados C-131/04 y C-257/04, y asunto C-124/05, resueltos por SSTJCE de 16 de marzo de 2006 y de 6 de abril de 2006.

<sup>29</sup> STJCE de 9 de septiembre de 2003, asunto C-151/02, Jauger.

<sup>30</sup> Según expone la Abogada General, Sra. Juliana Kokott, en sus conclusiones 64 a 69, de las presentadas el 9 de marzo de 2006 en los asuntos acumulados C-131/04 y C-257/04, y asunto C-124/05, resueltos por SSTJCE de 16 de marzo de 2006 y de 6 de abril de 2006.

<sup>31</sup> Concreta la Abogada General, Sra. Juliana Kokott, en sus conclusiones 64 a 69, de las presentadas el 9 de marzo de 2006 en los asuntos acumulados C-131/04 y C-257/04, y asunto C-124/05, resueltos por SSTJCE de 16 de marzo de 2006 y de 6 de abril de 2006.

<sup>32</sup> Precisa la Abogada General, Sra. Juliana Kokott, en sus conclusiones 64 a 69, de las presentadas el 9 de marzo de 2006 en los asuntos acumulados C-131/04 y C-257/04, y asunto C-124/05, resueltos por SSTJCE de 16 de marzo de 2006 y de 6 de abril de 2006.

Pues, «antes bien, corresponde al empresario velar activamente por la creación de un ambiente de trabajo en el que se cumplan efectivamente los descansos mínimos prescritos por el Derecho comunitario. Indudablemente, ello presupone, ante todo, que en el marco de cada organización empresarial se determinen los correspondientes períodos de trabajo y de descanso. Pero además, en la práctica tiene que sobrentenderse que el derecho de los trabajadores al descanso no es puramente teórico, sino que puede ejercitarse realmente. En particular, no debe existir ninguna presión fáctica que pueda disuadir a los trabajadores de disfrutar efectivamente de su descanso. A estos efectos, es irrelevante que tal presión proceda del empresario –por ejemplo, por la carga de trabajo impuesta– o que se desprenda del hecho de que partes de la plantilla prescinden voluntariamente de los descansos que les corresponden, de forma que se crea una suerte de presión de grupo para que los otros trabajadores les imiten»<sup>33</sup>.

Esto es, según la jurisprudencia comunitaria<sup>34</sup> el cumplimiento de las obligaciones establecidas por la normativa de la Unión Europea produce una doble consecuencia, a saber:

- a) «No puede, como regla general, llegar al extremo de exigir del empresario que obligue a sus trabajadores a utilizar efectivamente los períodos de descanso que les corresponden».
- b) «La responsabilidad del empresario en lo relativo al cumplimiento de los descansos previstos por la Directiva no puede, en efecto, ser ilimitada».
- c) No obstante, «un Estado miembro que en la medida nacional por la que se adapta el Derecho interno a la Directiva, establece que los trabajadores pueden disfrutar de tal derecho al descanso y, sin embargo, en las directrices dirigidas a empresarios y trabajadores para el ejercicio de dicho derecho, señala que el empresario no tiene obligación de velar por que los trabajadores disfruten efectivamente de este, no garantiza el cumplimiento ni de las disposiciones mínimas reguladas en dicha Directiva ni del objetivo esencial de esta»<sup>35</sup>.

<sup>33</sup> Criterio que expone la Abogada General, Sra. Juliana Kokott, en sus conclusiones 64 a 69, de las presentadas el 9 de marzo de 2006 en los asuntos acumulados C-131/04 y C-257/04, y asunto C-124/05, resueltos por SSTJCE de 16 de marzo de 2006 y de 6 de abril de 2006.

<sup>34</sup> SSTJCE de 16 de marzo de 2006, asuntos acumulados C-131/04 y C-257/04, y de 6 de abril de 2006, asunto C-124/05.

<sup>35</sup> SSTJCE de 16 de marzo de 2006, asuntos acumulados C-131/04 y C-257/04, y de 6 de abril de 2006, asunto C-124/05; ha de repararse en que en aquellos casos la imputación efectuada por Comisión de las Comunidades Europeas y según la cual el Estado miembro *a quo* había incumplido las obligaciones que le incumbían, en virtud del artículo 249 de la CE, de adaptar el Derecho interno a la normativa comunitaria por la que se establecía el derecho a los períodos mínimos de descanso diario y semanal, se refería al contenido de una «guía oficial» publicada por el correspondiente Ministerio de Comercio e Industria, y con arreglo a la cual el empresario debía garantizar que los trabajadores puedan disfrutar de sus períodos de descanso, pero no tenía obligación de velar por que disfrutasen efectivamente de aquellos períodos. Una «guía oficial» no es una norma jurídica. No obstante ha de considerarse que la circunstancia de que se trataba de una «guía» cuyo carácter oficial le daba el peso de la seguridad jurídica o de constituir una «interpretación auténtica» de la normativa pertinente, dirigida a empresarios y trabajadores, por ello en tales supuestos no se trataba de una mera recomendación y, por tanto, aun cuando no fueran normas jurídicas en sentido estricto, no por ello se trataba de una actuación pública irrelevante. Según el Tribunal de Justicia, toda conducta de un organismo público de un Estado miembro, incluso una medida desprovista de fuerza vinculante, puede influir en el comportamiento de los ciudadanos de dicho Estado y producir así el efecto de frustrar los fines de la Comunidad o los resultados que deban conseguirse mediante cualquier norma jurídica comunitaria, como una Directiva, la cual, según el artículo 249 de la CE, párrafo tercero, obliga a todo Estado miembro destinatario. Se proscribió por aquella jurisprudencia comunitaria una conducta en fraude de ley, pues en los casos objeto de atención resultaba que la acción del Ministerio de Comercio e Industria del Reino Unido publicando la «guía» había constituido una acción legítima, en tanto no infringía directamente ni la normativa nacional aplicable ni la

Aquel discurso de la doctrina jurisprudencial comunitaria es irreprochable, pues no establece una obligación de resultado que incidiría en una argumentación contradictoria, sino que simplemente desarrolla la prohibición del fraude de ley. La falta de uniformidad terminológica de la normativa comunitaria pertinente al determinar los períodos mínimos de descanso, según las distintas versiones nacionales, no impide que no pueda deducirse de la misma con claridad la exigencia para los Estados miembros de adoptar las medidas precisas a fin de que la jornada semanal y la jornada de trabajo nocturno no excedan de los respectivos límites máximos.

Como indica aquella jurisprudencia comunitaria si mediante una determinada actuación de un Estado miembro lleva al ánimo de los empresarios que si bien no pueden impedir que los trabajadores utilicen dichos descansos, no tienen ninguna obligación de hacer lo necesario para que los trabajadores se encuentren efectivamente en condiciones de ejercer tal derecho, está vaciando de contenido los derechos consagrados por normativa comunitaria, por lo que aquella actuación no es conforme con el objetivo de esta, según el cual los períodos mínimos de descanso se consideran indispensables para la protección de la seguridad y salud de los trabajadores.

## 2.2. Su carácter de «derecho social fundamental»<sup>36</sup>.

Tanto del artículo 137 de la CE, que constituye la base jurídica de la Directiva 2003/88, como de los considerandos primero, cuarto, séptimo y octavo de aquella Directiva, y del tenor literal de su artículo 1, apartado 1, se desprende que esta última norma comunitaria «tiene por objeto establecer las disposiciones mínimas destinadas a mejorar las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores mediante una armonización de las disposiciones nacionales relativas, en particular, a la duración del tiempo de trabajo»<sup>37</sup>.

La armonización a nivel comunitario en materia de ordenación del tiempo de trabajo «tiene por objeto garantizar una mejor protección de la seguridad y de la salud de los trabajadores, haciendo que estos disfruten de períodos mínimos de descanso diario, semanal y anual, así como de períodos de pausa adecuados y estableciendo un límite máximo para la duración media de la semana de trabajo»<sup>38</sup>.

normativa comunitaria, pero sin embargo sí resultaba contraria a los principios que daban cobertura y fundamentaban a la normativa comunitaria, la protección de la salud y la seguridad de los trabajadores, de tal manera que aquella guía quedaba sin justificación suficiente, resultado atentatorio a la coherencia misma del sistema de prevención de riesgos laborales; *vid.* PINTO FONTANILLO. L.A., «La devoción de poder, el fraude de ley y el abuso de derecho. Marco normativo de los actos ilícitos atípicos y valoración dentro del sistema», en *Fundamentos de conocimiento jurídico. Raíces de lo ilícito y razones de licitud* (SÁNCHEZ DE LA TORRE, A. y HOYO SIERRA, I.A., edit.), Dykinson S.L., Madrid 2005, pág. 53.

<sup>36</sup> Siguiendo y transcribiendo las conclusiones 33 a 40 de las presentadas el 24 de enero de 2008, en el asunto C-350/06, Gerhard Schultz-Hoff contra Deutsche Rentenversicherung Bund, por la Abogada General Sra. Verica Trstenjak; así como las conclusiones 46 a 53, presentadas por la misma Abogada General, y en igual fecha, en el asunto C-520/06, Stringer, Sabriye Kilic, Michael Thwaites, Keith Ainsworth, Sabba Khan contra Her Majesty's Revenue and Customs.

<sup>37</sup> SSTJCE de 26 de junio de 2001, BECTU, asunto C-173/99, de 9 de septiembre de 2003, Jaeger, asunto C-51/02, de 5 de octubre de 2004, Pfeiffer y otros, asuntos acumulados C-397/01 a C-403/01, y de 1 de diciembre de 2005, Dellas y otros, asunto C-14/04.

<sup>38</sup> SSTJCE de 3 de octubre de 2000, Simap, asunto 303/98; 26 de junio de 2001, BECTU, asunto C-173/99, de 9 de septiembre de 2003, Jaeger, asunto C-51/02, de 5 de octubre de 2004, Pfeiffer y otros, asuntos acumulados C-397/01 a C-403/01, de 12 de octubre de 2004, Wippel, asunto C-313/02, y de 1 de diciembre de 2005, Dellas y otros, asunto C-14/04.



Por ello cualquier interpretación del respectivo Derecho comunitario (art. 7 de la Directiva 2003/88/CE), ha que tener en cuenta «que no fue la Directiva sobre el tiempo de trabajo la que consagró por vez primera el derecho a un período mínimo de vacaciones anuales retribuidas, ya que, en realidad, hace tiempo que figura, más allá de la duración del período de vacaciones garantizado, entre los derechos sociales fundamentales reconocidos por el Derecho internacional público»<sup>39</sup>.

Así este principio se menciona en el artículo 24 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que reconoce a toda persona el «derecho al descanso, al disfrute del tiempo libre, a una limitación razonable de la duración del trabajo y a vacaciones periódicas pagadas». Asimismo, se establece en el artículo 2, apartado 3, de la Carta Social Europea del Consejo de Europa, y en el del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. La OIT reconoce el derecho a un período mínimo de vacaciones anuales retribuidas en el Convenio 132, que entró en vigor el 30 de junio de 1973, que modificó el Convenio 52, vigente hasta ese momento.

Si bien aquellos actos internacionales, son de diversa naturaleza, y se diferencian entre sí tanto en su contenido legislativo como en su alcance normativo, puesto que, en algunos casos, se trata de convenios de Derecho internacional público y, en cambio, en otros, son únicamente declaraciones solemnes sin fuerza jurídica vinculante, existiendo diferencias en la configuración de sus ámbitos de aplicación

<sup>39</sup> Precisa la Abogada General Verica Trstenjak en las conclusiones 50 a 54, de las presentadas el 24 de enero de 2008, en el asunto C-350/06, Gerhard Schultz-Hoff contra Deutsche Rentenversicherung Bund, que es «importante recordar que la libertad de los Estados miembros a la hora de establecer medidas nacionales de aplicación está limitada por el hecho de que el artículo 137 CE, apartado 2, letra b), al adoptar normas mínimas, pretende garantizar un nivel determinado de protección a nivel comunitario que los Estados miembros deben respetar. Como declaró el Tribunal de Justicia en la sentencia Reino Unido/Consejo, de 12 de noviembre de 1996, asunto C-84/94, en relación con el concepto de "disposiciones mínimas" en el sentido del artículo 118 A del Tratado CE, antigua base jurídica, esta disposición no limita la intervención comunitaria al mínimo denominador común o, incluso, al nivel de protección más bajo establecido por los diferentes Estados miembros, sino que significa que los Estados son libres de conceder una mayor protección que la protección, en su caso elevada, resultante del Derecho comunitario. Esta interpretación viene confirmada por el tenor del artículo 136 CE, que menciona, como finalidad de la política social, la "mejora de las condiciones de vida y de trabajo". Allí se dice expresamente que este objetivo debe alcanzarse a través de la equiparación "por la vía del progreso". Para alcanzar este objetivo impuesto por el Derecho primario, el artículo 15 de la Directiva 2003/88/CE faculta a los Estados miembros a aplicar o establecer disposiciones más favorables a la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores. Paralelamente, en el artículo 23 de la Directiva 2003/88/CE se dice, respecto al nivel de protección de los trabajadores, que, sin perjuicio del derecho de los Estados miembros de adoptar disposiciones distintas, siempre que se cumplan los requisitos mínimos establecidos en la Directiva, la aplicación de la Directiva no constituye una justificación válida para la disminución del nivel general de protección de los trabajadores. El nivel mínimo de protección que ha fijado el legislador comunitario en el ámbito del derecho a vacaciones se puede determinar tomando como base la Directiva 2003/88/CE. A este respecto ha de señalarse que el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2003/88/CE no establece limitaciones del derecho a vacaciones. La Directiva no establece el requisito de que el trabajador solicite a su debido tiempo las vacaciones y las disfrute efectivamente antes de una determinada fecha, es decir, antes de que concluya el año de devengo o el período máximo de prórroga, ni la caducidad del derecho. El artículo 7, apartado 1, tampoco figura entre las disposiciones respecto a las cuales el artículo 17 de la Directiva 2003/88/CE permite expresamente establecer excepciones. De esta forma, el legislador comunitario persigue conscientemente un nivel mínimo de protección superior al del Convenio 132 de la OIT. Mientras que, para la concesión y el disfrute de las vacaciones anuales, el artículo 9 del Convenio OIT 132 establece un límite temporal de un año o de dieciocho meses contados a partir del final del año de devengo, el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2003/88/CE no establece, en absoluto, una norma similar. Ello permite concluir que la protección que desea garantizar a los trabajadores el Derecho comunitario es superior a la que confieren las normas laborales del Derecho internacional público. Por tanto, interpretar el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2003/88 en el sentido de que el derecho a vacaciones anuales retribuidas se extingue una vez expirado un plazo determinado si no se ha ejercido a su debido tiempo no es compatible con el objetivo del legislador comunitario de proporcionar un nivel de protección superior al del Convenio 132 de la OIT ni puede basarse en el tenor de dicha disposición».

personal no siendo idénticos los titulares de los derechos reconocidos, resulta extraordinariamente significativo que «en todos estos actos internacionales se mencione, en unos términos inequívocos, el derecho a un período de vacaciones retribuidas entre los derechos fundamentales de los trabajadores».

Al haber sido incluido en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, el derecho a unas vacaciones anuales retribuidas ha confirmado, de manera cualificada y definitiva, su carácter de «derecho fundamental» en el Derecho europeo. Afirmación que se refuerza al considerar que el artículo 31, apartado 2, de la Carta encuentra modelo previo en las constituciones de numerosos Estados miembros. En el artículo 31, apartado 2, de la Carta se declara que «todo trabajador tiene derecho a la limitación de la duración máxima del trabajo y a períodos de descanso diarios y semanales, así como a un período de vacaciones anuales retribuidas» (disposición inspirada en el art. 2, apartado 3, de la Carta Social Europea y en el art. 8 de la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores), consagrándose como un derecho humano que corresponde a toda persona.

## V. LA «BAJA POR ENFERMEDAD O INCAPACIDAD TEMPORAL» EN NUESTRO SISTEMA DE PROTECCIÓN SOCIAL

La «incapacidad temporal de los trabajadores», derivada de enfermedad o accidente, es causa de suspensión del contrato de trabajo [art. 45.1 c) ET], que conlleva la suspensión correlativa de sus obligaciones principales (la prestación del trabajo y el pago del salario), ha de ponerse en relación inmediata con la emergencia de los sistemas de protección social y sus prestaciones, cuya evolución ha sido larga en nuestro país. Efectivamente, en la evolución de nuestro sistema de protección social se alteró hasta cierto punto, la general precedencia temporal de la beneficencia sobre el ahorro a la que atendieron los demás sistemas europeos de protección social. En nuestro sistema el ahorro institucionalizado entre las «clases populares»<sup>40</sup> constituye la primera medida de prevención social, que se inicia tempranamente cuando el Padre F. Piquer constituye, en 1702, el primer Monte de Piedad en Madrid (origen de la actual Caja de Madrid). Los mecanismos de beneficencia y protección asistencial, pública y privada, surgirán más tarde, mediante la Ley de 27 de diciembre de 1821, que crean las Juntas Municipales de Beneficencia, con las Diputaciones de barrio para proteger a los jornaleros desocupados y enfermos<sup>41</sup>.

Es solo a partir de 1878 cuando se desarrolla una importante legislación social<sup>42</sup>, pudiéndose destacar la creación de la Comisión de Reformas Sociales, en 1883, del Instituto de Reformas Sociales, en 1903, la creación del Instituto Nacional de Previsión en 1908 y del Ministerio de Trabajo en 1920. Pero es desde 1900, aproximadamente, cuando se inicia el desarrollo sistemático de una legislación relativa a la protección de los trabajadores contra el infortunio derivado de las enfermedades y los accidentes. Los Seguros Sociales se van a desarrollar en España con el mismo retraso con que

<sup>40</sup> ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J.L., *Instituciones de Seguridad Social*, CIVITAS, Madrid 2002 (18 edición), pág. 27.

<sup>41</sup> Vid. MARSAL FERRET, M., *Pobreza y beneficencia pública en el siglo XIX español*, LEX NOVA, Valladolid, 2002; ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J.L., cit. (*Instituciones de Seguridad Social*), pág. 27.

<sup>42</sup> En Alemania la legislación social de BISMARCK, que se elabora a partir de 1880, dando lugar al primer sistema de seguros sociales. En 1883 se crea el seguro de enfermedad, en 1884 el seguro de accidentes de trabajo.

se recibe la «Revolución Industrial», pero con mucha más intensidad con la que se llevó a cabo una débil e inacabada industrialización. La Ley de 30 de enero de 1900 de accidentes de trabajo, con su reglamento aprobado por Real Decreto de 28 de julio del mismo año, constituye hitos de nuestra previsión social, siendo también destacable la Real Orden de 2 de agosto del mismo año (sobre los mecanismos preventivos de accidentes de trabajo), así como la Ley de 10 de enero de 1922, que incrementa la cobertura así como las prestaciones.

La Constitución de 1931, que atribuyó al Estado la competencia en legislación laboral sin perjuicio de su ejecución por las regiones autónomas, anunció una amplia legislación protectora del obrero industrial (art. 46), así como la protección de campesinos y pescadores (art. 47). La Ley de Bases de 4 de julio de 1932, modificada por la Ley de 13 de agosto de 1932 obligó al aseguramiento empresarial de los accidentes que sufriesen sus trabajadores (si bien solo protegiendo la invalidez permanente y la muerte del trabajador) que hasta esa fecha se mantenía con carácter voluntario. Mediante la Ley de 14 de diciembre de 1942 se estableció el seguro obligatorio de enfermedad (con anterioridad, por RDL de 22 de marzo de 1929, se había creado el seguro obligatorio de maternidad).

Aquel conjunto de Seguros Sociales se complementaron con un extraordinariamente efectivo sistema de protección de base profesional, auténtico germen de lo que más tarde será el sistema español de Seguridad Social. Así mediante Ley de 6 de diciembre de 1941 y su Reglamento de 25 de mayo de 1942 se estableció el «mutualismo laboral», organizado fundamentalmente por sectores y ramas de actividad. La Ley de Bases de 28 de diciembre de 1963<sup>43</sup> supuso un cambio radical en el panorama de nuestra previsión social, iniciándose la andadura del sistema español de Seguridad Social<sup>44</sup> (conviene hacer el recordatorio que la primera norma jurídica que utilizó el término Seguridad Social fue la Social Security Act norteamericana, deviniendo desde entonces en una categoría conceptual y teórica sobre la que ha existido y existe una permanente polémica), a partir del desarrollo de aquella

<sup>43</sup> Sitúa en esta norma el inicio de la Seguridad Social en España, GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., *Derecho de la Seguridad Social* (Director, DE LA VILLA, L. E), Tirant lo Blanch, Valencia 2002, pág. 49; afirma RODRÍGUEZ RAMOS, M.<sup>a</sup> J., en RODRÍGUEZ RAMOS, M.<sup>a</sup> J, GORELLI HERNÁNDEZ, J., y VILCHEZ PORRAS, M., *Sistema de Seguridad Social*, TECNOS, Madrid 2001, pág. 27, «La Seguridad Social como institución no parece, tal como la concebimos hoy día, en el principio de los tiempos; aunque ya entonces existían situaciones de necesidad, individuales o colectivas, que requerían ser protegidas. El proceso de aparición de esta disciplina es largo y laborioso, caracterizado en sus albores por su carácter asistemático y disperso, pues un verdadero Sistema implica un conjunto de contingencias y prestaciones para hacer frente a las mismas, que tiene muy poco que ver con la protección particularista propia que se dispensaba antes de su aparición»; a la Seguridad Social como comprendida dentro del «sistema de servicios públicos» alude GARRIDO FALLA, F., «Comentario al artículo 41», en AA.VV. *Comentarios a la Constitución*, CIVITAS, Madrid 1980, pág. 492.

<sup>44</sup> Núcleo de los sistemas de «bienestar social», que suponen «contar con un conjunto de políticas públicas», de «normativas» y previsiones «constitucionales» que abarquen una serie de extremos, en primer lugar la «previsión de los ciudadanos frente a situaciones de riesgo: el sistema de Seguridad Social (pensiones públicas, desempleo, incapacidad)», AA.VV. (Directores MUÑOZ MACHADO, S., GARCÍA DELGADO, J.L. y RODRÍGUEZ SEARA, M.), *La estructura del Bienestar-Derecho, Economía y Sociedad en España*, CIVITAS, Madrid 1997, pág. 4; no obstante es de observar que para identificar al Estado Social de Derecho, y generalmente en los comentarios al artículo 1 de nuestra Constitución, los constitucionalistas no dan a los sistemas de Seguridad Social carácter fundamental, limitándose, en el mejor de los casos, a citarlo como un elemento más en un confuso y desordenado conjunto de «derechos sociales», *vid.* SÁNCHEZ DELGADO, F., *El sistema constitucional español*, Dykinson, Madrid 1992, pág. 124. Por el contrario de lo que sucede con los laboristas, *vid.* NAVARRO ROLDÁN, R. y TORRES GOSÁLVEZ, L., «Sistemas de Seguridad Social: El modelo público mixto», en *Pensiones sociales. Problemas y alternativas*, IX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y Seguridad Social», Parte I, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid 1999, pág. 278.

Ley de Bases mediante del «texto articulado I» de 28 de diciembre de 1966, de prolongada vigencia, hasta que se aprueba el texto refundido de aquella norma con la importante Ley de 1972, en 1974, los desarrollos legislativos posteriores por conocidos no es preciso indicarlos <sup>45</sup>.

El artículo 41 de nuestra Constitución (CE) al conectar sistema de Seguridad Social con «situaciones o estados de necesidad», pretende superar la perspectiva legal inicial en la que era prioritaria la noción de riesgo o contingencia. Con tal previsión constitucional «La Seguridad Social se configura como una "función del Estado" para atender situaciones de necesidad que pueden ir más allá de la cobertura contributiva de la que el propio sistema partía» (STC 239/2002).

Efectivamente, entiende la jurisprudencia constitucional que al configurarse el régimen público de Seguridad Social como una función del Estado destinada a garantizar la asistencia y prestaciones suficientes en situaciones de necesidad, se produce un alejamiento de concepciones anteriores sobre la Seguridad Social, en las que primaba el principio contributivo <sup>46</sup> y la cobertura de riesgos y contingencias, aun cuando lo considera como un sistema de configuración legal. De la regulación constitucional generalmente se entiende que se desprenden dos consecuencias, por una parte la concepción de la Seguridad Social como un servicio público, y por otra parte la conversión de todos los ciudadanos en beneficiarios de la misma <sup>47</sup>.

El artículo 41 de la CE no define que sea el sistema de Seguridad Social, sino que simplemente ordena mantener un sistema de Seguridad Social para atender todas las situaciones de necesidad. Según aquel precepto constitucional «los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres».

La incapacidad temporal se incluye entre las contingencias protegidas y cubiertas por el sistema de Seguridad Social. Para la causación del derecho a la pertinente prestación económica se requiere «no solo que haya una lesión que precise asistencia sanitaria, sino también que impida el trabajo, por lo que en aquellos casos en los que el tratamiento continúa pero ya es posible prestar los servicios laborales sin riesgo de recaer o dilatar la curación total (o la consolidación de secuelas), se ajusta a derecho que se extienda el parte de alta laboral, ya que su expedición no implica el cese de la atención sanitaria que aún precisa el estado del trabajador» (STSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco de 6 de febrero de 2007).

<sup>45</sup> Sobre la evolución de la Seguridad Social en España, AA.VV., *Seguridad Social una perspectiva histórica*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid 2001; sobre la «estructura desestructurada», valga la expresión, de la Seguridad Social, *vid.* MARÍN VALVERDE, A., «La estructura del ordenamiento de la seguridad Social», en *Pensiones sociales. Problemas y alternativas* (IX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social), Parte II, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid 1999, págs. 360 y ss.

<sup>46</sup> Sobre la característica de ser un «modelo público mixto» el actual sistema de Seguridad Social española, NAVARRO ROLDÁN, R. y TORRES GOSÁLVEZ, L., *op. cit.* («Sistemas de Seguridad Social: El modelo público mixto», en *Pensiones sociales. Problemas y alternativas*), págs. 279 y ss.; también RODRÍGUEZ RAMOS, M.<sup>a</sup> J, GORELLI HERNÁNDEZ, J. Y VÍLCHEZ PORRAS, M., *op. cit.* (*Sistema de Seguridad Social*), pág. 43.

<sup>47</sup> GARRIDO FALLA, F., «Comentario al artículo 41», en AA.VV. *Comentarios a la Constitución*, CIVITAS, Madrid 1980, pág. 492.

Esto es, para la existencia de una incapacidad temporal es preciso que se den los siguientes «requisitos, que han de darse de forma acumulativa: a) Que el trabajador presente una alteración de su salud que le imposibilite temporal y transitoriamente, con un límite máximo de tiempo de 18 meses, 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» (STSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco de 10 de mayo de 2005).

Consecuentemente con lo anterior, la situación de incapacidad temporal se extinguirá cuando concurren las circunstancias que implican la desaparición de alguna de aquellas circunstancias, tanto por el transcurso del plazo máximo de duración legalmente establecido, como por ser dado de alta médica el trabajador con o sin declaración de incapacidad permanente. La declaración y el control de la concurrencia de la situación de incapacidad temporal, se instrumentaliza en nuestro ordenamiento jurídico mediante la expedición de los correspondientes partes de baja, confirmación de baja y alta, los cuales deben extenderse después de procederse al reconocimiento médico del trabajador por el facultativo que lo formule, expresando, en el caso del parte de alta, la causa de la misma. Como consecuencia de ello la expedición de uno de esos partes, a falta de otras pruebas reveladoras de una realidad distinta, resulta suficiente para demostrar que la situación de incapacidad temporal se inicia, se mantiene o finaliza (STSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco de 15 de febrero de 2005).

De tal manera que «en caso de que el trabajador deje de estar capacitado para trabajar concurrendo 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 provocó la incapacidad para el trabajo, pues muchas veces esa determinación no es clara en principio» (STSJ de Extremadura de 7 de noviembre de 2006).

Debiéndose añadir que, para acreditar la concurrencia de la situación de incapacidad temporal, nuestro legislador ha ideado un sistema singular, consistente en la expedición de 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 (SSTS de la Comunidad Autónoma del País Vasco de 30 de enero de 2000, de 11 de abril de 2000, de 17 de octubre de 2000, de 30 de enero de 2001 y 8 de abril de 2003).

Cuestión diferente es quién sea el responsable de las prestaciones, punto en que reiterada jurisprudencia (por todas SSTS de 23 de junio de 2003 y 21 de septiembre de 2005) viene declarando la responsabilidad principal y directa del empresario por falta de alta, sin que le exonere de tal responsabilidad el alta presunta o de pleno derecho. Esto es, «cuando falta el requisito de la afiliación y consiguiente alta en el Régimen General de la Seguridad Social la responsabilidad en el pago de las prestaciones derivadas de la incapacidad laboral de un trabajador corren de cuenta exclusiva del empleador sin responsabilidad alguna directa o subsidiaria de dicha Entidad Gestora» (SSTS de 23 de junio de 2003, de 27 de octubre de 2004, de 21 de septiembre de 2005, de 11 de octubre de 2006 y de 10 de julio de 2007), siguiéndose el régimen común de responsabilidad en los demás supuestos.

En caso de enfermedad común o accidente no laboral el subsidio se abonará respectivamente a partir del decimosexto día de baja en el trabajo ocasionado por la enfermedad o el accidente, estando a cargo del empresario el abono de la prestación al trabajador desde los días cuarto al decimoquinto de la baja ambos inclusive, aplicándose el principio de automaticidad de las prestaciones en el período comprendido entre el cuarto y el decimoquinto de la situación de incapacidad temporal (STS de 15 de junio de 1998), debiendo permanecer y subsistir el sistema de obligaciones y garantías accesorias establecidas para la prestación en el régimen público de seguridad social para los supuestos de incumplimiento de la obligación prestacional por parte del empresario directamente obligado a su pago, y ello sin perjuicio del derecho de la entidad gestora a reintegrarse posteriormente del empresario incumplidor» (STSJ de Madrid de 14 de mayo de 2007).

Precisa la jurisprudencia (STS de 12 de mayo de 2005) que el esquema de las responsabilidades subsidiarias, en los supuestos de incumplimiento de las obligaciones de aseguramiento por parte de la empresa, difiere según se trate de contingencias profesionales o comunes. Así en las profesionales, es la Mutua que cubre la contingencia [o en su caso el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), si es que la empresa incumplió totalmente su obligación y no ha suscrito la correspondiente póliza con una Mutua] la que está obligada a anticipar el pago del subsidio de incapacidad temporal, sin perjuicio de su derecho de repetición frente a la empresa. Dicha obligación es consecuencia de que en contingencias profesionales rige el principio de automaticidad de las prestaciones, en todos los casos y cualquiera que sea el grado (ausencia de alta, descubiertos de cotización o supuestos de infracotización) de incumplimiento patronal. Además, y como garantía última del sistema, el INSS en su condición de continuador del Fondo de Garantía de Accidentes de Trabajo, responde subsidiariamente en caso de insolvencia, tanto de la empresa, como de Mutua aseguradora (STSJ de Madrid de 23 de mayo de 2005).

## VI. RELACIÓN ENTRE PRESTACIÓN DEL TRABAJO, MANTENIMIENTO DE LA CAPACIDAD LABORAL Y DERECHO A VACACIONES ANUALES RETRIBUIDAS

La relación entre la prestación del trabajo, el mantenimiento de la capacidad laboral y el derecho a vacaciones anuales retribuidas, se resuelve en el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2003/88, sin condicionamientos recíprocos. Esto es, aquel precepto:

«No vincula el derecho a un período mínimo de vacaciones anuales retribuidas a la capacidad laboral del trabajador en el año de devengo o en el período de prórroga»<sup>48</sup>.

Efectivamente, «en principio, cabría objetar que un trabajador que, por razón de su enfermedad, ha estado ausente y no ha trabajado no necesita ningún período de descanso». Sin embargo, como se ha señalado acertadamente, este criterio no parece compatible con el mantenido por la jurisprudencia comunitaria (SSTJCE de 26 de junio de 2001, BECTU, asunto C-173/99, de 18 de marzo de 2004, Merino Gómez, asunto C-342/01, de 1 de diciembre de 2005, Dellas y otros, asunto C-14/04 y de 6 de abril de 2006, Federatie Nederlandse Vakbeweging, asunto C-124/05).

<sup>48</sup> Indica la Abogada General Sra. Verica Trstenjak en la conclusión 55, de las presentadas el 24 de enero de 2008, en el asunto C-350/06, Gerhard Schultz-Hoff contra Deutsche Rentenversicherung Bund.

Se destaca <sup>49</sup> que el Alto Tribunal comunitario, sobre la relación, en sede de Derecho comunitario, entre vacaciones anuales y permiso de maternidad (que como es sabido hoy en día en nuestra legislación está separado de la incapacidad temporal pero históricamente ha venido siendo considerado un supuesto de baja por «incapacidad laboral transitoria/incapacidad temporal»), que constituye un supuesto aplicable *pari passu* <sup>50</sup>, ha venido manteniendo lo siguiente:

Que «una trabajadora podía disfrutar de sus vacaciones anuales en un período distinto del de su permiso de maternidad, también en caso de coincidencia entre el período de permiso de maternidad y el fijado con carácter general, mediante un acuerdo colectivo, para las vacaciones anuales del conjunto de la plantilla».

Según declaración explícita del Tribunal de Justicia comunitario en aquel supuesto, la finalidad del derecho a disfrutar de vacaciones anuales era diferente de la del derecho al permiso de maternidad, pues este último tenía y tiene por objeto, por una parte, la protección de la condición biológica de la mujer durante su embarazo y después de este, y, por otra parte, la protección de las particulares relaciones entre la mujer y su hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto, concluyendo que por ello una trabajadora debe poder disfrutar de sus vacaciones anuales durante un período distinto del de su permiso de maternidad.

Confirmando y precisando el criterio anteriormente expuesto la jurisprudencia comunitaria ha significado que el sentido de que la acumulación de varios permisos garantizados por el Derecho comunitario a final de año puede hacer inevitable la transferencia total o parcial de las vacaciones anuales al año siguiente (SSTJCE de 18 de marzo de 2004, Merino Gómez, asunto C-342/01, de 14 de abril de 2005, Comisión/Luxemburgo C-519/03 de 6 de abril de 2006, Federatie Nederlandse Vakbeweging, asunto C-124/05), porque un permiso garantizado por el Derecho comunitario no puede menoscabar el derecho a disfrutar de otro permiso garantizado por el mismo Derecho comunitario.

*Mutatis mutandis* y cambiando lo que debe ser cambiado, se considera que aquella jurisprudencia puede aplicarse a la relación entre vacaciones anuales y permisos por enfermedad. En efecto, «al igual que el permiso de maternidad, el permiso por enfermedad tiene como objetivo conservar la integridad física y psíquica del trabajador eximiéndolo de las obligaciones laborales y concediéndole un período de descanso para permitirle recuperarse físicamente y reintegrarse posteriormente a su puesto de trabajo. A diferencia de las vacaciones anuales, destinadas al reposo, a la distracción y al descanso, el permiso por enfermedad persigue exclusivamente el restablecimiento y la curación, es decir, la superación de un estado patológico cuyas causas, además, no son imputables al trabajador afectado» <sup>51</sup>.

<sup>49</sup> Por la Abogada General Sra. Verica Trstenjak en la conclusión 56, de las presentadas el 24 de enero de 2008, en el asunto C-350/06, Gerhard Schultz-Hoff contra Deutsche Rentenversicherung Bund.

<sup>50</sup> Establece el artículo 38.4, segundo párrafo, ET que «cuando el período 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 período de suspensión del contrato de trabajo previsto en el artículo 48.4 de esta ley, se tendrá derecho a disfrutar las vacaciones en fecha distinta a la de la incapacidad temporal o a la del disfrute del permiso que por aplicación de dicho precepto le correspondiera, al finalizar el período de suspensión, aunque haya terminado el año natural a que correspondan».

<sup>51</sup> GONZÁLEZ ORTEGA, S., «El disfrute efectivo de las vacaciones anuales retribuidas: una cuestión de derecho y de libertad personal, de seguridad en el trabajo y de igualdad», *REDE*, núm. 11, 2004, en la nota 23, pág. 432, indica que la primera parte del permiso por maternidad tiene por finalidad la recuperación física y la protección biológica de la madre tras el

Por ello, «no es posible llegar a la conclusión de que el derecho (...) a disfrutar efectivamente de las vacaciones se extingue (al finalizar el período convenido para disponer de ellas, estando el trabajador en incapacidad temporal), si no se quiere poner en entredicho las diferencias existentes entre los distintos objetivos perseguidos, respectivamente, por las vacaciones y por el permiso de enfermedad». Consecuentemente no puede «imputarse a las vacaciones anuales retribuidas de un permiso por enfermedad concedido, puesto que, de no ser así, este derecho, de carácter fundamental, podría verse privado de contenido»<sup>52</sup>.

## VII. SOBRE SI UN TRABAJADOR EN «BAJA POR ENFERMEDAD» (INCAPACIDAD TEMPORAL POR ENFERMEDAD O ACCIDENTE) TIENE DERECHO A VACACIONES ANUALES RETRIBUIDAS

Se abordan en la sentencia objeto de comentario diferentes cuestiones en torno a la coincidencia de los períodos de baja por enfermedad y de disfrute de vacaciones anuales retribuidas, entrándose en si aquellas deben ser disfrutadas y en su caso en qué momento, y las compensaciones pertinentes para el caso en que además se hubiera extinguido el contrato de trabajo.

En todo caso ha de tenerse en cuenta que «la finalidad originaria de la prohibición laboral de acumular días de vacaciones no disfrutados, como la que imponían hasta ahora los ordenamientos jurídicos de algunos Estados miembros, (...), parece consistir en garantizar que las vacaciones se disfruten en el año de devengo atribuyendo al propio trabajador la responsabilidad de hacer valer su derecho a vacaciones en cada caso. Obviamente, según esta tesis, resulta coherente hacer pesar sobre el trabajador las consecuencias de su pasividad o de la reclamación tardía de su derecho con la pérdida del mismo»<sup>53</sup>.

parto. De esta forma, persigue un fin distinto a la subsiguiente fase de ese permiso, destinada al cuidado del hijo y a promover la relación entre madre e hijo. El autor establece un paralelismo entre la primera fase del permiso de maternidad y el permiso por enfermedad y, consiguientemente, aboga por aplicar *mutatis mutandis* la jurisprudencia relativa a la relación entre permiso por maternidad y vacaciones anuales a la relación entre permiso por enfermedad y vacaciones anuales, citado por la Abogada General Sra. Verica Trstenjak en las conclusiones 56-58, y nota 49, de las presentadas el 24 de enero de 2008, en el asunto C-350/06, Gerhard Schultz-Hoff contra Deutsche Rentenversicherung Bund.

<sup>52</sup> Indica la Abogada General Sra. Verica Trstenjak en las conclusión 59, de las presentadas el 24 de enero de 2008, en el asunto C-350/06, Gerhard Schultz-Hoff contra Deutsche Rentenversicherung Bund.

<sup>53</sup> En este apartado y en los inmediatamente siguientes se transcriben parte de las conclusiones 60 a 65 de la Abogada General Sra. Verica Trstenjak, presentadas el 24 de enero de 2008, en el asunto C-350/06, Gerhard Schultz-Hoff contra Deutsche Rentenversicherung Bund. Aquella ilustre miembro del Alto Tribunal comunitario cita también en apoyo de su argumentación la siguiente doctrina, GLASER, R./LÜDERS, H., «§7 BUrlG auf dem Prüfstand des EuGH – Anmerkungen zum Vorlagebeschluss des LAG Düsseldorf», Betriebs-Berater, 61 año (2006), cuaderno 49, pág. 2.692, opinan que la amenaza de la caducidad del derecho a vacaciones tiene precisamente por objetivo que las vacaciones también se disfruten efectivamente y a su debido tiempo. GARCÍA PERROTE ESCARTÍN, I., «Sobre el derecho de vacaciones», en *Scritti in memoria di Massimo D'Antona*, T. 4 (2004), págs. 3.593 y ss., especialmente pág. 3.600, señala que esta prohibición de acumulación está destinada a permitir a los trabajadores disfrutar efectivamente de las vacaciones anuales. Según esta tesis, el trabajador soporta la «carga» de la defensa consecuente de su derecho a vacaciones. No obstante, el autor llama la atención sobre el hecho de que dicha prohibición acarrea no pocas desventajas. Puede producir un «efecto bumerang», no desconocido por muchos laboralistas, en la medida en que permite que un trabajador termine por perder totalmente su derecho a vacaciones, con lo que favorecería una eventual infracción de la empresa, considerando que esta norma justifica las infracciones y permite el enriquecimiento injusto de la empresa». Concluyendo que «en efecto, la empresa podría



Sin embargo, «es preciso tener en cuenta que el objetivo originario de la protección social del trabajador que constituye el trasfondo del régimen y que, como tal, coincide con el de la Directiva 2003/88, se transmuta en su contrario cuando el trabajador, por motivos que no le son imputables, no puede hacer valer su derecho a vacaciones anuales. Entre las circunstancias que no son imputables al trabajador se encuentra, por una parte, la posibilidad de que el empresario no tenga ninguna intención de cumplir su obligación, obteniendo, con tal norma, una recompensa adicional. Pero también los supuestos naturales de fuerza mayor, como la enfermedad, que no entran dentro de la esfera de influencia del afectado»<sup>54</sup>.

En ambos supuestos, «la pérdida del derecho a vacaciones no solo impide alcanzar el objetivo perseguido sino que, además, constituye, en definitiva, una sanción del trabajador que no encuentra justificación objetiva. Tal consecuencia jurídica es, evidentemente, incompatible con el espíritu y la finalidad de la Directiva 2003/88. Por consiguiente, no puede interpretarse el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2003/88 en el sentido de que la incapacidad laboral del trabajador por razón de enfermedad produce una pérdida del derecho, de carácter fundamental, a un período mínimo de vacaciones anuales». Demandándose una interpretación que tenga en cuenta los intereses de las diferentes partes de la relación laboral.

Es perfectamente posible «interpretar el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2003/88 de una forma que, aun teniendo en cuenta el interés de la empresa, sea menos restrictiva del derecho fundamental a un período mínimo de vacaciones anuales (...). Parece adecuado que (...) los Estados miembros impongan condiciones, para que, en aras de la protección de la salud y seguridad de los trabajadores, los derechos a vacaciones solo puedan ser transferidos a un período posterior en la medida en que resulte necesario. También cabría pensar en la posibilidad de crear incentivos para inducir a los trabajadores a tomar sus vacaciones anuales dentro de un período razonable del año siguiente. La aplicación concreta de estas medidas por parte de la empresa incumbe de nuevo al empresario, quien, a través de sus amplias competencias de organización y coordinación, está en situación de compaginar, en la medida de lo posible, el derecho a vacaciones del trabajador con las eventuales necesidades (de la actividad productiva)».

## **1. El derecho a disfrutar de las vacaciones anuales retribuidas durante un período que coincida con la baja por incapacidad temporal.**

Se plantea al Tribunal de Justicia comunitario si el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2003/88 debe interpretarse en el sentido de que se opone a disposiciones o prácticas nacionales que establezcan

ver cómo el trabajador pierde sus vacaciones anuales sin que aquella, por su parte, estuviera obligada a indemnizarlo económicamente. La consecuencia de ello es que no resulta sancionada la persona a la que es imputable la infracción (la empresa), sino la persona que no está en condiciones de hacer que se respete su derecho (el trabajador)».

<sup>54</sup> STSJ de Casilla y León de 27 de marzo de 2006, que «en primer lugar, que el derecho al disfrute de un descanso anual retribuido es un derecho irrenunciable y que no puede minorarse por razón de coincidencia del período señalado para la vacación con situación de baja por enfermedad o por accidente del trabajador, ya que así se desprende ello de lo establecido en los artículos 38 del Estatuto de los Trabajadores y 6.º 2 del Convenio 132 de la Organización Internacional del Trabajo, ratificado por España el 16 de junio de 1972. En segundo término, que la existencia de una práctica empresarial por virtud de la cual se ha venido reconociendo el derecho a la vacación en fechas distintas a las del señalamiento general o universal en beneficio de los trabajadores que no habían podido gozar del descanso por razón de baja acaecida con anterioridad a aquel señalamiento, práctica esa que se remonta a más de dos décadas de antigüedad, integra sin duda una manifestación de esa fuente reguladora en que consiste la condición más beneficiosa adquirida, puesto que la aludida persistencia temporal del reconocimiento implica una tácita pero manifiesta voluntad patronal de otorgar el beneficio, el cual queda incorporado al acervo jurídico de la relación de trabajo».

que los trabajadores no tendrán derecho a disfrutar las vacaciones anuales retribuidas durante un período que coincida con una baja por enfermedad <sup>55</sup>.

Según reiterada jurisprudencia, el derecho de todo trabajador a disfrutar de vacaciones anuales retribuidas debe considerarse un principio del Derecho social comunitario 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 normativa comunitaria relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo (SSTJCE de 26 de junio de 2001, BECTU, asunto C-173/99, y de 16 de marzo de 2006, Robinson-Steele y otros, asuntos acumulados C-131/04 y C-257/04) <sup>56</sup>.

El trabajador, recuerda la sentencia objeto de comentario, deberá 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 el artículo 7, apartado 2, de la Directiva 2003/88 permite que el derecho a vacaciones anuales retribuidas sea sustituido por una compensación económica (SSTJCE de 26 de junio de 2001, BECTU, asunto C-173/99, y de 18 de marzo de 2004, Merino Gómez, asunto C-342/01). No figurando aquel artículo 7 de la Directiva 2003/88 entre las disposiciones en relación con las cuales aquella Directiva permite expresamente que se establezcan excepciones.

Es pacífico, destaca la sentencia comentada, que la finalidad del derecho a vacaciones anuales retribuidas no es otra que permitir que los trabajadores descansen y dispongan de un período de ocio y esparcimiento, y que tal finalidad difiere por esta razón de la finalidad del derecho a licencia por enfermedad. Este último derecho se reconoce a los trabajadores con el fin de que puedan recuperarse de una enfermedad. Habiéndose declarado por reiterada jurisprudencia comunitaria que un permiso garantizado por el Derecho comunitario no puede menoscabar el derecho a disfrutar de otro permiso garantizado por ese mismo Derecho (SSTJCE de 18 de marzo de 2004, Merino Gómez, asunto C-342/01 <sup>57</sup>, de 14 de abril de 2005, Comisión/Luxemburgo, asunto C-519/03, y de 20 de septiembre de 2007, Kiiski, asunto C-116/06).

<sup>55</sup> Al respecto no puede dejar de considerarse relevante que todos los Gobiernos y la Comisión de las Comunidades Europeas, personas en las actuaciones, estimaron en sus observaciones que dicha cuestión debía recibir una respuesta negativa.

<sup>56</sup> Indica la STSJ de Canarias de 14 de marzo de 2006 lo siguiente: «En primer lugar, que el derecho al disfrute de un descanso anual retribuido es un derecho irrenunciable y que no puede minorarse por razón de coincidencia del período señalado para la vacación con situación de baja por enfermedad o por accidente del trabajador, ya que así se desprende ello de lo establecido en los artículos 38 del Estatuto de los Trabajadores y 6.º 2 del Convenio 132 de la Organización Internacional del Trabajo, ratificado por España el 16 de junio de 1972. En segundo término, que la existencia de una práctica empresarial por virtud de la cual se ha venido reconociendo el derecho a la vacación en fechas distintas a las del señalamiento general o universal en beneficio de los trabajadores que no habían podido gozar del descanso por razón de baja acaecida con anterioridad a aquel señalamiento, práctica esa que se remonta a más de dos décadas de antigüedad, integra sin duda una manifestación de esa fuente reguladora en que consiste la condición más beneficiosa adquirida, puesto que la aludida persistencia temporal del reconocimiento implica una tácita pero manifiesta voluntad patronal de otorgar el beneficio, el cual queda incorporado al acervo jurídico de la relación de trabajo».

<sup>57</sup> En ella, recuerda la sentencia objeto de comentario, el Tribunal de Justicia declaró que el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/104/CE debe interpretarse en el sentido de que, en caso de coincidencia entre las fechas de un permiso de maternidad de una trabajadora y las de las vacaciones anuales fijadas con carácter general mediante convenio colectivo para la totalidad de la plantilla, no pueden considerarse cumplidas las exigencias de la Directiva relativas a las vacaciones anuales retribuidas.

Precisa el Alto Tribunal comunitario en la sentencia que se comenta, que tal como resulta de los términos de la Directiva 2003/88 corresponde a los Estados miembros establecer, en su normativa interna, los requisitos para el ejercicio y la aplicación del derecho a unas vacaciones anuales retribuidas, precisando las circunstancias concretas en las que los trabajadores pueden hacer uso del mismo, sin poder supeditar, no obstante, a ningún tipo de requisito la propia constitución de este derecho, que se deriva directamente de la normativa comunitaria (STJCE de 26 de junio de 2001, BECTU, asunto C-173/99). Esto es, según la sentencia objeto de comentario:

- Por un lado, «el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2003/88/CE no se opone, en principio, a las disposiciones o prácticas nacionales según las cuales un trabajador en situación de baja por enfermedad no tiene derecho a disfrutar las vacaciones anuales retribuidas durante un período que coincida con su baja por enfermedad, siempre que dicho trabajador tenga, no obstante, la posibilidad de ejercitar en un período distinto el derecho que le confiere la citada Directiva. En efecto, (...), 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 período posterior» (STJCE de 6 de abril de 2006, *Federatie Nederlandse Vakbeweging*, asunto C-124/05).
- Por otro lado, «la Directiva 2003/88/CE tampoco se opone a disposiciones o prácticas nacionales que permitan que un trabajador en situación de baja por enfermedad disfrute durante este período las vacaciones anuales retribuidas».

Cualquiera de ambas posiciones, aparentemente en buena medida contrarias, pueden adoptarse por las legislaciones de los Estados miembros, lo cual no deja de constituir una paradoja. No obstante ha de destacarse que la afirmación contenida en la sentencia y a la que se acaba de hacer alusión, según la cual 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 ese período las vacaciones anuales retribuidas, parece que puede considerarse incompatible con el objetivo de la Directiva 2003/88 de promover la mejora de la seguridad y la salud de los trabajadores.

Efectivamente, se precisa que si bien «a primera vista, la concesión de tal posibilidad (de hacer coincidir situación de baja por incapacidad temporal y disfrute de las vacaciones) parece constituir una ampliación de su ámbito jurídico y, consiguientemente, una ventaja<sup>58</sup> (...). Sin embargo, un aná-

---

No obstante, a diferencia de los derechos a permiso de maternidad o a permiso parental sobre los que versa la jurisprudencia citada, el derecho a licencia por enfermedad y las modalidades de su ejercicio no se rigen por el Derecho comunitario en el estado actual de desarrollo de este Derecho. También recuerda la sentencia objeto de comentario que además, la interpretación del artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/104/CE en el asunto que dio lugar a la sentencia Merino Gómez, antes citada, venía exigida, habida cuenta de las restantes Directivas comunitarias aplicables en aquel asunto, por la necesidad de garantizar los derechos derivados del contrato de trabajo en el supuesto de una trabajadora con permiso de maternidad.

<sup>58</sup> «A ello hay que añadir que, si el trabajador solicita sus vacaciones anuales, a menudo obtiene una retribución mayor a la que percibiría estando de baja por enfermedad, puesto que, conforme al artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2003/88, durante sus vacaciones disfruta del derecho a seguir percibiendo el salario íntegro, mientras que, en caso de enfermedad, la retribución que percibe solo supone, dependiendo de la respectiva normativa nacional, una parte de dicho salario, concreta la Abogada General Sra. Verica Trstenjak; en la conclusión 78, de las presentadas el 24 de enero de 2008, en el asunto C-520/06, *Stringer, Sabriye Kilic, Michael Thwaites, Keith Ainsworth, Sabba Khan contra Her Majesty's Revenue and Customs*.

lisis jurídico más detallado muestra que el ejercicio de este derecho por parte del trabajador equivale a una renuncia a un derecho fundamental como contrapartida del pago de su salario normal»<sup>59</sup>.

Ciertamente, debido a su finalidad, «los dos tipos de permisos no son intercambiables y, por ese motivo se excluyen mutuamente (...). La coincidencia de las vacaciones anuales con los permisos de enfermedad que supone solicitar el disfrute de las vacaciones tendría como consecuencia una renuncia voluntaria al derecho a vacaciones en la medida en que el trabajador, al ejercer dicho derecho, aceptaría, contra el pago de cierta cantidad, no emplear las vacaciones anuales para el fin que les es propio. Tal renuncia no puede considerarse compatible con el Derecho comunitario sin poner en peligro el objetivo que el legislador comunitario persigue con el artículo 7 de la Directiva 2003/88/CE»<sup>60</sup>, puesto que<sup>61</sup>:

- Deja de «cumplirse la función de descanso que es propia del derecho a vacaciones anuales si este derecho se ejerce para otros fines y, por tanto, de manera abusiva en períodos de baja por enfermedad».
- Aquella posibilidad «supone ciertos riesgos para los derechos de los trabajadores. En efecto, la perspectiva de obtener el salario íntegro en períodos de baja por enfermedad permitiría incentivar a los trabajadores para aceptar la pérdida de su derecho (a disfrutar de vacaciones anuales retribuidas para el fin que le es propio)».
- Se «correría el riesgo de que el empresario obligara a los trabajadores a consentir tal renuncia (implícita al derecho a disfrutar de vacaciones anuales retribuidas para el fin que le es propio). De esta forma, un acuerdo en ese sentido entre las partes del contrato laboral, que estableciera en lo fundamental, la «compra» de las vacaciones anuales, infringiría claramente lo dispuesto en el artículo 7, apartado 2, de la Directiva 2003/88/CE, que establece expresamente que el período mínimo de vacaciones anuales retribuidas no puede ser sustituido por una compensación financiera.
- Tal acuerdo (de «compra» de las vacaciones anuales) «también iría en contra de los intereses del empresario, puesto que, a pesar del pago de una retribución superior durante las vacaciones, no podría exigir de los trabajadores que emplearan las vacaciones efectivamente en curarse para recuperar su capacidad de trabajo».

Pareciendo, en definitiva, que «en aras de la protección del trabajador y del empresario y con el fin de evitar que el derecho fundamental a un período mínimo de vacaciones anuales retribuidas, reconocido en el Derecho comunitario, se vea privado de contenido, debe afirmarse que, en principio, el trabajador no puede disponer de este derecho fundamental, por lo que este no puede renunciar legalmente a las vacaciones»<sup>62</sup>.

<sup>59</sup> Indica la Abogada General Sra. Verica Trstenjak; en la conclusión 78, de las presentadas el 24 de enero de 2008, en el asunto C-520/06, Stringer, Sabriye Kilic, Michael Thwaites, Keith Ainsworth, Sabba Khan contra Her Majesty's Revenue and Customs.

<sup>60</sup> Precisa la Abogada General Sra. Verica Trstenjak; en las conclusiones 79-80, de las presentadas el 24 de enero de 2008, en el asunto C-520/06, Stringer, Sabriye Kilic, Michael Thwaites, Keith Ainsworth, Sabba Khan contra Her Majesty's Revenue and Customs.

<sup>61</sup> Señala la Abogada General Sra. Verica Trstenjak; en la conclusión 80, de las presentadas el 24 de enero de 2008, en el asunto C-520/06, Stringer, Sabriye Kilic, Michael Thwaites, Keith Ainsworth, Sabba Khan contra Her Majesty's Revenue and Customs.

<sup>62</sup> Destaca la Abogada General Sra. Verica Trstenjak; en la conclusión 81, de las presentadas el 24 de enero de 2008, en el asunto C-520/06, Stringer, Sabriye Kilic, Michael Thwaites, Keith Ainsworth, Sabba Khan contra Her Majesty's Revenue and Customs.

No obstante las objeciones formuladas en los apartados que anteceden, el Tribunal de Justicia comunitario es de otra opinión, y acaba afirmando lo siguiente:

Que «el apartado 1, de la Directiva 2003/88/CE debe interpretarse en el sentido de que no se opone a disposiciones o prácticas nacionales según las cuales un trabajador en situación de baja por enfermedad no tiene derecho a disfrutar las vacaciones anuales retribuidas durante un período que coincida con su baja por enfermedad».

## **2. El derecho a vacaciones anuales retribuidas en el supuesto de «baja por incapacidad temporal» durante la totalidad o parte del período de devengo de las vacaciones anuales, cuando la «baja por incapacidad temporal» perdure al finalizar dicho período y/o el período de prórroga fijado por el Derecho nacional.**

La respuesta a la cuestión implícita en el enunciado de este epígrafe se concreta, en definitiva, en saber si 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 según las cuales el derecho a vacaciones anuales retribuidas se extingue al finalizar el período establecido, por aquellas disposiciones o prácticas, para la disposición de las mismas (denominado en la sentencia que se comenta período de devengo) y/o el período de prórroga fijado por el Derecho nacional, sin haber sido efectivamente disfrutadas. Incluso cuando el trabajador se haya encontrado en situación de baja por enfermedad durante la totalidad o parte del período de devengo de las vacaciones anuales y su incapacidad laboral haya perdurado hasta la finalización de su relación laboral.

Del artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2003/88/CE se desprende, según la sentencia objeto de comentario, que «las modalidades de aplicación en los diferentes Estados miembros del derecho a vacaciones anuales retribuidas se rigen por las legislaciones y/o prácticas nacionales». Afirmación que es objeto de las siguientes precisiones:

- Que deducir de semejante afirmación «que la cuestión del aplazamiento del disfrute de las vacaciones –y, por ende, de la determinación de un período dentro del cual el trabajador que se haya visto en la imposibilidad de disfrutar sus vacaciones anuales retribuidas durante el período de devengo de las mismas pueda aún disfrutar tales vacaciones– forma parte de las condiciones de ejercicio y aplicación del derecho a vacaciones anuales retribuidas y se rige, pues, por las legislaciones y/o prácticas nacionales, no resulta completamente correcto, pues semejante facultad de los Estados miembros, ha de supeditarse a determinados límites».
- Que «una disposición nacional que establece un período de prórroga para las vacaciones anuales aún no disfrutadas al finalizar el período 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 período 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».

Para determinar el alcance de las facultades de fijación de aquellas «modalidades de aplicación» del derecho a vacaciones anuales retribuidas, así como sus límites, han de distinguirse cuidadosamente dos situaciones.

*2.1. Situación de «baja por incapacidad temporal» que se mantiene durante todo el período de devengo de las vacaciones y perdura en el momento en que finaliza dicho período y, en su caso, el período de prórroga.*

Para cuando se da una situación de baja por enfermedad durante todo el período de devengo de las vacaciones anuales, y aquella situación perdura en el momento en que finaliza dicho período y/o el período de prórroga, ha de recordarse que «las ausencias del trabajo por motivos independientes de la voluntad de la persona interesada, como enfermedad, (...) serán contadas como parte del período de servicios»<sup>63</sup>.

Las disposiciones de la Directiva 2003/88/CE, relativas a los períodos mínimos de descanso (Capítulo II), se refieren casi siempre a «todos los trabajadores», se precisa en la sentencia objeto de comentario, tal como hace, en particular, su artículo 7, apartado 1, en lo que atañe al derecho a vacaciones anuales retribuidas<sup>64</sup>. Por ello, el Alto Tribunal comunitario concluye lo siguiente:

- Que la Directiva 2003/88/CE «no hace distinción alguna entre los trabajadores que durante el período de devengo de las vacaciones anuales se ausentan del trabajo como consecuencia de una baja por enfermedad –de corta o larga duración– y aquellos otros que durante dicho período trabajan efectivamente».
- 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<sup>65</sup>, al requisito de haber trabajado efectivamente durante el período de devengo de las vacaciones anuales establecido en el Estado de que se trate».

Concluyendo, en la sentencia objeto de comentario lo siguiente:

- a) «Que el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2003/88/CE no se opone, en principio, a una normativa nacional que establezca modalidades de ejercicio del derecho a vacaciones anuales retribuidas que atribuye expresamente esta Directiva, aun cuando tal normativa llegue hasta el extremo de incluir la pérdida de dicho derecho al término del período de devengo de las vacaciones anuales o del período de prórroga, siempre y cuando el trabajador, cuyo derecho a vacaciones anuales retribuidas se haya perdido, haya tenido efectivamente la posibilidad de ejercitar el derecho que le atribuye la Directiva»<sup>66</sup>.

<sup>63</sup> Al tenor del artículo 5, apartado 4, del Convenio núm. 132 de la OIT, de 24 de junio de 1970, relativo a las vacaciones anuales pagadas (revisado); según indica la sentencia objeto de comentario, «con carácter preliminar, procede recordar que, según su sexto considerando, la Directiva 2003/88 tuvo en cuenta los principios de la Organización Internacional del Trabajo por lo que respecta a la distribución del tiempo de trabajo».

<sup>64</sup> STJCE de 26 de junio de 2001, BECTU, asunto C-173/99.

<sup>65</sup> Que la propia Directiva 2003/88/CE atribuye a todos los trabajadores, STJCE de 26 de junio de 2001, BECTU, asunto C-173/99.

<sup>66</sup> «Para poder alcanzar los objetivos de la Directiva, hay que partir, como hace la jurisprudencia, de que el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2003/88/CE tiene un ámbito de protección temporal amplio, de forma que las consideraciones

- b) Que «un trabajador que durante todo el período de devengo de las vacaciones anuales y a lo largo del período de prórroga fijado por el Derecho nacional se haya encontrado en situación de baja por enfermedad (incapacidad temporal por enfermedad o accidente), se verá privado de todo período que le posibilite disfrutar sus vacaciones anuales retribuidas».

Por ello, cuando se contempla la posibilidad de aquella pérdida debido a la concurrencia de un acontecimiento por completo ajeno a la voluntad del trabajador, como es la incapacidad laboral derivada de enfermedad, la conclusión no puede sino ser la siguiente:

«Admitir que, en las circunstancias específicas de incapacidad laboral, las disposiciones nacionales pertinentes –y, en particular, aquellas que fijan el período de prórroga– puedan prever la extinción del derecho a vacaciones anuales retribuidas que el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2003/88 garantiza al trabajador, sin que este haya tenido efectivamente la posibilidad de ejercitar el derecho que le reconoce la citada Directiva, supondría la vulneración por tales disposiciones del derecho social que el artículo 7 de la citada Directiva atribuye a todo trabajador».

Efectivamente, añade la sentencia que se comenta:

- Por una parte, si bien «los Estados miembros tienen la posibilidad de establecer, en su normativa interna, las condiciones de ejercicio y aplicación del derecho a vacaciones anuales retribuidas, (...), no obstante, (...) dichos Estados no pueden supeditar a ningún tipo de requisito la propia constitución de este derecho, que se deriva directamente de la normativa comunitaria»<sup>67</sup>.
- Por otra parte, «los criterios de ejecución y aplicación necesarios para la puesta en práctica de las disposiciones de la normativa comunitaria sobre vacaciones anuales retribuidas pueden contener determinadas divergencias por lo que respecta a las condiciones de ejercicio del derecho a vacaciones anuales retribuidas, pero (...) dicha (normativa) no permite que los Estados miembros impidan el propio nacimiento de un derecho concedido expresamente a todos los trabajadores»<sup>68</sup>.

De estas últimas observaciones y una vez sentado que el derecho a vacaciones anuales retribuidas –que el art. 7, apartado 1, de la Directiva 2003/88/CE garantiza a los trabajadores– no puede resultar afectado por disposiciones nacionales que impidan la constitución o nacimiento de dicho derecho, afirma la sentencia objeto de comentario que «no cabe admitir una solución distinta en lo que respecta a disposiciones nacionales que establezcan la extinción del mencionado derecho en el supuesto de un trabajador que durante todo el período de devengo de las vacaciones anuales y/o a lo largo del período de prórroga se haya encontrado en situación de baja por enfermedad». Consecuentemente:

siguientes también son válidas para las vacaciones que no se disfrutaron en el año en curso, sino en un momento posterior. En efecto, a este respecto el Tribunal de Justicia ha declarado que el efecto positivo de estas vacaciones para la seguridad y la salud del trabajador se despliega plenamente cuando se disfrutaron 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 período posterior. Dado que las vacaciones que se disfrutaron en años posteriores pueden contribuir también a la seguridad y a la salud del trabajador, también están incluidas en ese caso en el ámbito de aplicación de la Directiva», precisa la Abogada General Sra. Verica Trstenjak en las conclusiones 42, de las presentadas el 24 de enero de 2008, en el asunto C-350/06, Gerhard Schultz-Hoff contra Deutsche Rentenversicherung Bund, y STJCE de 12 de noviembre de 1996, asunto C-84/94.

<sup>67</sup> STJCE de 26 de junio de 2001, BECTU, Asunto C-173/99.

<sup>68</sup> Véase nota anterior.

«Igual que los Estados miembros no pueden impedir el nacimiento del derecho a vacaciones anuales retribuidas, en una situación de incapacidad temporal para el trabajo, los Estados miembros no pueden prever la extinción de ese derecho»<sup>69</sup>.

Concluyendo finalmente 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 período de devengo de las vacaciones anuales y/o el período de prórroga fijado por el propio Derecho nacional, incluso cuando el trabajador se haya encontrado en situación de baja por enfermedad durante todo el período 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».

## 2.2. Situación de «baja por incapacidad temporal» durante una parte del período de devengo de las vacaciones anuales, pero que perdura en el momento en que finaliza dicho período y/o el período de prórroga.

Habida cuenta de las consideraciones, la conclusión a la que ha de llegarse en lo que atañe al derecho a vacaciones anuales retribuidas de un trabajador que haya trabajado durante una parte del período de devengo de las vacaciones anuales antes de ser declarado en situación de baja por enfermedad, precisa la sentencia objeto de comentario, debe ser idéntica a la conclusión alcanzada en aquel supuesto.

Esto es, que la Directiva 2003/88 (art. 7, apartado 1) se opone a disposiciones o prácticas nacionales que prevean que el derecho a vacaciones anuales retribuidas se extingue al finalizar el período de devengo de las vacaciones anuales y, en su caso, el período de prórroga fijado por el propio Derecho interno correspondiente, «cuando el trabajador se haya encontrado en situación de baja por enfermedad durante (parte, eventualmente amplia) del período de devengo y su incapacidad labo-

<sup>69</sup> Indica la Abogada General Sra. Verica Trstenjak en las conclusiones 45 a 48, de las presentadas el 24 de enero de 2008, en el asunto C-350/06, Gerhard Schultz-Hoff contra Deutsche Rentenversicherung Bund, que «del deber de lealtad comunitaria impuesto en el artículo 10 CE se deduce, *sensu contrario*, la obligación comunitaria de los Estados miembros, al adaptar su Derecho interno al artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2003/88/CE, de evitar todo lo que pueda poner en peligro la consecución de los objetivos de dicha Directiva. Así cabe afirmarlo en especial respecto a la adopción de medidas que pudieran poner en peligro la propia existencia del derecho a un período mínimo de vacaciones anuales retribuidas. Consiguientemente, (es) incompatible con el Derecho comunitario una normativa nacional que establezca un requisito para el nacimiento del derecho a vacaciones anuales retribuidas que impida la propia existencia de este por lo que a determinados trabajadores se refiere, debido a que no solamente vacía de contenido un derecho individual otorgado expresamente por la Directiva 93/104/CEE, sino que está también en contradicción con el objetivo de esta. Tras referirse al efecto útil del Derecho comunitario y a que un Estado miembro que puede decidir sobre el nacimiento de un derecho también puede inutilizarlo o incluso anularlo supeditando su ejercicio a requisitos difíciles de cumplir, así como afirmar que también puede inutilizarse dicho derecho en el caso de que un Estado miembro establezca los requisitos de extinción de un derecho, puesto que, en ambos casos, se trata de la propia existencia de dicho derecho, precisa lo siguiente, «en efecto, existe el mismo riesgo para la materialización del derecho a vacaciones retribuidas cuando se confiere a un Estado miembro la facultad de determinar en qué condiciones el trabajador pierde dicho derecho, una vez transcurrido un plazo determinado. En ese caso, ya no se trata de la decisión sobre la forma de ejercicio del derecho a vacaciones anuales, es decir, de la concreta adaptación a ese derecho, sino de la definición del alcance de una disposición comunitaria, en concreto, del artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2003/88/CE. Interpretar esta disposición en el sentido de que el derecho a vacaciones anuales expira una vez transcurrido un plazo determinado, aunque el trabajador no hubiera podido ejercerlo a consecuencia de su incapacidad laboral por razón de enfermedad, equivaldría a excluir a determinados trabajadores de ese derecho al limitar el ámbito personal de protección».



ral haya perdurado hasta la finalización de su relación laboral, razón por la cual no haya podido ejercitar su derecho a vacaciones anuales retribuidas».

En efecto, continúa precisando la sentencia que se comenta, todo trabajador privado del beneficio de un período de vacaciones anuales retribuidas a causa de una baja por enfermedad de larga duración se encuentra en la misma situación que si aquella baja por enfermedad fuera de corta (eventualmente amplia) duración, perdurando dicha situación a la finalización del período, y/o prórroga, de disfrute de aquellas vacaciones anuales retribuidas (incluso si aquella «baja por enfermedad» se ha mantenido hasta el final de su relación laboral), puesto que el que se produzca una incapacidad laboral permanente por enfermedad resulta imprevisible. Por todo ello concluye lo siguiente:

«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 período de devengo de las mismas y/o el período 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 período 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».

### **3. Sobre el derecho a obtener, al finalizar la relación laboral, una compensación económica en concepto de vacaciones anuales retribuidas no disfrutadas durante el período de devengo y/o el período de prórroga a causa de una «baja por incapacidad temporal».**

Entra también la sentencia objeto de comentario, habida cuenta de las cuestiones prejudiciales planteadas, a considerar la compensación económica de las vacaciones anuales retribuidas no disfrutadas, discutiendo sobre 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 cuando el trabajador se haya encontrado en situación de baja por enfermedad durante la totalidad o parte del período de devengo de las vacaciones anuales y/o del período de prórroga. Al respecto recuerda el Alto Tribunal comunitario <sup>70</sup> en la sentencia que se comenta:

- Que «en virtud del propio texto del artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2003/88/CE, disposición que, según dicha Directiva, no admite excepción alguna, los trabajadores dispondrán de un período de al menos cuatro semanas de vacaciones anuales retribuidas. Por lo tanto, este derecho a vacaciones anuales retribuidas se reconoce a todo trabajador, con independencia de su estado de salud».
- Que «el derecho a vacaciones anuales retribuidas no se extingue al finalizar el período de devengo de las vacaciones anuales y/o el período de prórroga fijado por el Derecho nacional, cuando el trabajador se haya encontrado en situación de baja por enfermedad durante

<sup>70</sup> De acuerdo con la reiterada jurisprudencia comunitaria (SSTJCE de 26 de junio de 2001, BECTU, asunto C-173/99, de 18 de marzo de 2004, Merino Gómez, asunto C-342/01, y de 16 de marzo de 2006, Robinson-Steele y otros, asuntos acumulados C-131/04 y C-257/04) que reconoce el derecho de los trabajadores a vacaciones anuales retribuidas como un principio del Derecho social comunitario que reviste especial importancia.

la totalidad o parte del período de devengo y no haya tenido efectivamente la posibilidad de ejercitar este derecho que la Directiva 2003/88/CE le reconoce».

Una vez finalizada la relación laboral, precisa la sentencia comentada, «ya no resulta posible disfrutar de modo efectivo las vacaciones anuales retribuidas. A fin de evitar que, como consecuencia de esta imposibilidad, el trabajador quede privado de todo disfrute del mencionado derecho, incluso en forma pecuniaria, el artículo 7, apartado 2, de la Directiva 2003/88/CE prevé que el trabajador tendrá derecho a una compensación económica»<sup>71</sup>.

Ninguna disposición de la Directiva 2003/88/CE, añade la sentencia objeto de comentario, «determina expresamente cómo ha de calcularse la compensación económica que sustituya al período o períodos mínimos de vacaciones anuales retribuidas en caso de finalización de la relación laboral»<sup>72</sup>. No

<sup>71</sup> Precisa la STSJ de Aragón de 13 de julio de 2006 que «el artículo 38.1 del Estatuto de los Trabajadores establece que las vacaciones anuales no son sustituibles por compensación económica. Y el artículo 7.2 de la Directiva 2003/88/CE estatuye que el período mínimo de vacaciones anuales retribuidas no podrá ser sustituido por una compensación financiera excepto en caso de conclusión de la relación laboral. Por su parte, la sentencia del TS de 25-2-2003, (...), con cita de la de 30-4-1996, explica que, como regla general, "si el trabajador no hace uso de la vacación dentro del año natural, no solo pierde el derecho a disfrutarla en la anualidad siguiente, sino que tampoco le resulta posible percibir una remuneración dineraria a cambio de la falta de disfrute". En el mismo sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 6-4-2006 ha negado el derecho a la compensación económica reclamada en un año posterior por las vacaciones anuales no disfrutadas en el precedente»; indica la STSJ de la Comunidad Valenciana de 21 de diciembre de 2005, que «como indicó la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2003 "El derecho al disfrute de las vacaciones anuales tiene su asiento en el artículo 40.2 de la Constitución Española y está también reconocido en Convenio número 132 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), que forma también parte ya de nuestro Derecho interno (artículo 96.1 de la propia Ley Fundamental) como consecuencia de su ratificación por España y consiguiente publicación en el Boletín Oficial del Estado. Este derecho viene concebido en atención a la finalidad de procurar a todo trabajador el reposo necesario para que pueda recuperarse del desgaste físico y psicológico producido por su actividad laboral, proporcionando también al empleado un tiempo, más prolongado que los descansos diario y semanal, con el fin de posibilitarle un período lo suficientemente continuado para dedicarlo al esparcimiento y desalienación. Por ello, el artículo 38.1 del ET establece la obligatoriedad de su concesión, así como la retribución de este período en la misma forma y cuantía que si hubiera sido de trabajo efectivo y, para que no se frustre la aludida finalidad, previene también este precepto que el disfrute real del descanso no será susceptible de sustitución por una retribución en metálico, de tal suerte que si el trabajador no hace uso de la vacación dentro del año natural, no solo pierde el derecho a disfrutarla en la anualidad siguiente, sino que tampoco le resulta posible percibir una remuneración dineraria a cambio de la falta de disfrute. Sin embargo, existen supuestos en los que la relación laboral finaliza antes de que el trabajador haya tenido ocasión de hacer uso del derecho al descanso anual, y ante la imposibilidad de hacer efectiva *in natura* la facultad de vacar por causa no atribuible a la voluntad del operario, debe concederse a este el derecho a la correspondiente compensación económica, generándose en tal caso dicha compensación, que ha de ser 'proporcional al tiempo de prestación de servicios en el año de referencia' ».

<sup>72</sup> Indica la STSJ de Castilla y León de 14 de diciembre de 2006, lo siguiente: «Es doctrina consolidada que en materia de retribución de vacaciones habrá de estarse a lo que al efecto se establezca de forma específica en el convenio colectivo, dado que el artículo 38.1 del ET, establece de forma específica la duración mínima de dicho período vacacional, pero no su forma de retribución. Y solo en el supuesto donde no exista convenio, no regule este los conceptos que han de integrar la paga de vacaciones, o se limite a fórmulas genéricas como la de 30 días de salario o de salario ordinario, retribución normal o media, entrará en juego el artículo 7 del Convenio 132 de la Organización Internacional del Trabajo, que señala que "todos los conceptos salariales ordinarios vienen a constituir el contenido natural, pero no esencial de la retribución vacacional, por cuanto se presumen incluidos en esta pero nada obsta a que en virtud de lo acordado en convenio colectivo puedan ser excluidos, siempre que se respete el sueldo base y, en cómputo anual, los mínimos de derecho necesario. En suma, contenido esencial de la retribución de vacaciones lo constituye un salario base, contenido natural, salvo pacto que lo excluya o modifique, todos los demás conceptos salariales ordinarios, y contenido accidental, solo cuando expresamente se convengan, los conceptos salariales extraordinarios y los extrasalariales". Este criterio aparece ya determinado en sentencia del TS de 21 de enero de 1992 y luego en otras posteriores, donde señala lo que sigue: "a) La norma del artículo 7.1 del Convenio OIT de retribución de las vacaciones con arreglo a la remuneración normal o media es la regla general sobre los conceptos retributivos computables en la misma. b) El convenio colectivo tiene como función típica de

obstante es cierto que la expresión «vacaciones anuales retribuidas», del 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 período de descanso»<sup>73</sup>.

Añadiéndose que, «al fijar la compensación económica que ha de abonarse al trabajador en virtud del artículo 7, apartado 2, de la Directiva 2003/88/CE, los Estados miembros deben velar por que los criterios de aplicación nacionales se atengan a los límites que resultan de la propia Directiva. Al respecto, recuerda la sentencia que se comenta que, según la jurisprudencia comunitaria, «el derecho a vacaciones anuales y el derecho a percibir una retribución en concepto de vacaciones constituyen dos vertientes de un único derecho. 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 períodos de trabajo»<sup>74</sup>. Por ello, afirma la misma sentencia:

- Que «cuando se trate de un trabajador que, por razones ajenas a su voluntad, no haya estado en condiciones de ejercitar su derecho a vacaciones anuales retribuidas antes de que finaliza la relación laboral, la compensación económica a la que tiene derecho deberá calcularse de tal modo que el referido trabajador ocupe una situación comparable a aquella en la que se habría encontrado si hubiera ejercitado el mencionado derecho durante su relación laboral».
- Que «la retribución ordinaria del trabajador, que es la que debe mantenerse durante el período de descanso correspondiente a las vacaciones anuales retribuidas, resulta asimismo determinante para el cálculo de la compensación económica en concepto de vacaciones anuales retribuidas no disfrutadas al finalizar la relación laboral».

A la luz de cuanto antecede, concluye la sentencia objeto de comentario que el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2003/88/CE debe interpretarse en el sentido siguiente:

- a) Que «se opone a disposiciones o prácticas nacionales que prevean que, al finalizar la relación laboral, no se abonará compensación económica alguna en concepto de vacaciones anuales retribuidas no disfrutadas al trabajador que se haya encontrado en situación de baja por enfermedad durante la totalidad o parte del período de devengo de las vacaciones anuales y/o del período de prórroga, razón por la cual no haya podido ejercitar su derecho a vacaciones anuales retribuidas».

---

esta materia de retribución de vacaciones la precisión o especificación de los factores de cálculo de la retribución de las vacaciones, complementando la regla general de la remuneración normal o media. c) El convenio colectivo puede apartarse de tal regla de remuneración normal o media del período de vacaciones siempre y cuando respete en cómputo anual los mínimos indisponibles de derecho necesario". Del mismo modo, el TS en sentencia de 19 de octubre de 1994, señala que ha de acudirse al artículo 7 del Convenio 132 de la OIT, ratificado por España mediante instrumento de 16 de junio de 1972, y publicado en el BOE el día 5 de julio de 1974, donde en su número 1 señala que "toda persona que tome vacaciones de conformidad con las disposiciones del presente Convenio percibirá, por el período entero de estas vacaciones, por lo menos su remuneración normal o media calculada en la forma que se determine en cada país la autoridad competente o el organismo adecuado". Y si el plus festivo (...), se considera no un concepto retributivo excepcional sino normal fijo y periódico, habrá que abonarse el mismo, salvo que el convenio colectivo establezca su exclusión».

<sup>73</sup> STJCE de 16 de marzo de 2006, Robinson-Steele y otros, asuntos acumulados C-131/04 y C-257/04.

<sup>74</sup> Véase nota anterior.

- b) Que «para el cálculo de dicha compensación económica, resulta asimismo determinante la retribución ordinaria del trabajador, que es la que debe mantenerse durante el período de descanso correspondiente a las vacaciones anuales retribuidas».

## VIII. CONCLUSIONES

En un discurso asimétrico, en lo que hace a su ajuste a las estrictas leyes y reglas de la lógica exigibles para considerar una resolución judicial suficientemente motivada, o a su observancia, al menos, de los parámetros de razonabilidad (una especie de racionalidad menor) necesarios para no considerar a una resolución judicial arbitraria, la sentencia objeto de comentario:

- a) Por una parte afirma que el Derecho comunitario (art. 7, apartado 1, de la Directiva 2003/88/CE) no se opone a disposiciones o prácticas nacionales según las cuales un trabajador en situación de baja por enfermedad no tiene derecho a disfrutar las vacaciones anuales retribuidas durante un período que coincida con su baja por enfermedad.
- b) Pero por otra parte, afirma que el Derecho comunitario sí se opone a disposiciones o prácticas nacionales que prevean que el derecho a vacaciones anuales retribuidas se extingue al finalizar el período de devengo de las mismas y/o el período de prórroga fijado por el Derecho nacional, cuando el trabajador se haya encontrado en situación de «baja por enfermedad» (incapacidad temporal derivada de enfermedad o accidente) durante la totalidad o parte del período de devengo y haya perdurado hasta la finalización de su relación laboral, razón por la cual no haya podido ejercitar su derecho a vacaciones anuales retribuidas.
- c) Asimismo también afirma que el Derecho comunitario sí se opone a disposiciones o prácticas nacionales que prevean que, al finalizar la relación laboral, no se abonará compensación económica alguna en concepto de vacaciones anuales retribuidas no disfrutadas al trabajador que se haya encontrado en situación de baja por enfermedad durante la totalidad o parte del período de devengo de las vacaciones anuales y/o del período de prórroga, razón por la cual no haya podido ejercitar su derecho a vacaciones anuales retribuidas.

Se trata por ello de una sentencia incoherente, pero que no necesariamente ha de ser mal recibida, pues la mácula de irracionalidad en que incide no debe imputarse a la resolución judicial sino a la ley que aplica (imputación que probablemente debe efectuarse al Derecho en su conjunto, que en la época que nos ha tocado vivir, no deja de constituir, al menos en parte, mero vehículo de las ideologías de turno instaladas en el (único) poder legislativo, ejecutivo y judicial, con efectos devastadores para el principio democrático).

No obstante la sentencia comentada, a pesar de los defectos en que incurre, ha de ser bien recibida, pues por una parte lleva a cabo un esfuerzo encomiable de racionalización, mediante la interpretación, de la ley (Directiva) que aplica y, por otra parte, supone una afirmación estimable de un derecho social fundamental, como lo es el derecho a disfrutar de unas vacaciones anuales retribuidas.