

JESÚS GONZÁLEZ VELASCO

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Magistrado*

PAZ VIVES USANO

*Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Centro Universitario Luis Vives. CEU*

(Comentario a la STS, Sala de lo Social, de 11 de julio de 2006, rec. núm. 87/2005) *

Vacaciones anuales. No existe el derecho a separar del tiempo de suspensión del contrato de trabajo por incapacidad temporal no necesitada de hospitalización, el correspondiente al de vacaciones, para disfrutarlas en otro momento distinto del previsto en el calendario laboral, por no acreditarse la existencia de condición más beneficiosa. Ambos derechos se disfrutan de modo coincidente.

1.º UN AJETREADO TEMA, EL DEL EJERCICIO COINCIDENTE EN EL TIEMPO –SOLAPADO– DE DOS DERECHOS CON CAUSAS DISTINTAS

En el ordenamiento laboral español, el momento de disfrute de las vacaciones ha de ser precedido de un aviso previo de dos meses como mínimo por el empresario al trabajador [art. 38.3 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (LET)], pero en la mayor parte de las ocasiones se integra en un calendario de empresa, con o sin cese de actividades de la empresa durante un mes, o un tiempo inferior si el tramo común es más reducido.

Se pretende por la LET que los tiempos de disfrute de las vacaciones se integren en las disposiciones de los convenios colectivos, y entonces será en éstos donde se concretará si son con inactividad empresarial o no y, en su caso, las preferencias para el disfrute de ciertos tiempos, los incrementos de las duraciones, las eliminaciones, como elegibles, de los tiempos punta de la empre-

* Véase el texto íntegro de esta Sentencia en la *Revista de Trabajo y Seguridad Social (Legislación, Jurisprudencia)*. CEF. Núm. 284, noviembre 2006.

sa, la posibilidad o no de varias modalidades y tiempos de disfrute, la concreción del tiempo de duración por días naturales o hábiles, el sistema de su retribución, si se ha de adoptar el medio de concreción en un calendario de empresa o no, si el acuerdo de las fechas y días de disfrute se hará por acuerdo con los representantes de los trabajadores del centro o de la empresa, o de cada uno de los trabajadores y otras cuestiones.

En fin, es un tema en que la cultura de cada empresa, de cada lugar, es relevante, pero, en no pocas ocasiones, se deja a la improvisación o a la propuesta de cada trabajador en cada caso concreto.

Lo que no puede hacer el empresario es adoptar la decisión de imputar a tiempo de vacaciones cualquier imposibilidad de prestación del trabajo, al menos no puede hacerlo de modo unilateral.

Algún supuesto límite se presenta cuando el empresario no da trabajo, porque no lo tiene, durante varios meses, pero abona el salario pertinente, sin oposición de los trabajadores, sin que éstos reclamen el ejercicio efectivo del derecho al trabajo, y luego, al poco, al ir a disfrutar de las vacaciones, se imputa a ellas, en todo o en parte, el tiempo de inactividad, porque, se dice, hubiera sido peor para los trabajadores que el empleador hubiera acudido a la suspensión de los contratos de trabajo y, además, la inactividad fue conforme para ambas partes. En principio, y salvo supuestos de excepción ¹, tampoco en este caso se va a poder imputar a vacaciones lo que es decisión unilateral del empresario.

El tema de las vacaciones ha merecido importantes trabajos, algunos con riqueza casuística de inmediata aplicación (SEMPERE), pero uno de los problemas con que recientemente se encuentra la materia es con el solapamiento de títulos en el disfrute del mismo tiempo de inactividad o, mejor dicho, en el sufrimiento y disfrute del mismo tiempo de ausencia del trabajo.

¹ Se dice en la STS de 30 de abril de 1996 que las relaciones laborales traídas al proceso quedaron extinguidas el 29 de julio de 1992, fecha presumiblemente anterior a la que, en supuesto de normalidad, hubiera correspondido a la del inicio del período vacacional. Sin embargo, a esta última fecha precedió, sin solución de continuidad, un dilatado período de permiso retribuido —en la mayoría de los casos de seis meses de duración y en todos ellos superior a tres meses—, ciertamente decidido por la empresa unilateralmente, pero aceptado por los trabajadores, en tanto que no pusieron obstáculo alguno. Tan dilatado período de descanso retribuido, aun no coincidente con el período previsto para las vacaciones anuales, ha de entenderse, sin embargo, que lo sustituyó, pues no parece razonable que se sume otro período de descanso, carente ya de su finalidad propia, en tanto que ampliamente lograda con el ya disfrutado, con la aquiescencia de los trabajadores.

La concesión de tan amplio permiso retribuido, pacíficamente disfrutado por los trabajadores, ciertamente procedió de decisión unilateral de la empresa, pero fue fundada en razones económicas, las cuales quedaron acreditadas en el posterior expediente de regulación de empleo. Su opción por la concesión de tal permiso retribuido fue más gravosa para sus intereses que la que hubiera resultado de recabar y obtener autorización para suspender los contratos de trabajo, con fundamento en tal causa; si hubiera actuado eficazmente así, el tiempo de suspensión no hubiera sido computable como tiempo de trabajo a efectos de fijar la dimensión temporal del período de vacaciones. Parece razonable, por tanto, que el disfrute de tan amplio período de permiso retribuido haya neutralizado, por subsumirlo, dicho período vacacional.

2.º LA DUALIDAD DE CAUSAS EN LA INACTIVIDAD LABORAL. UNA CONCURRENCIA CONFLICTIVA DE DERECHOS

No puede aplicarse al disfrute de un derecho la causa de otro, que genera el mismo tipo de derecho.

No faltan expresiones de esta afirmación en el Derecho español, pero una muy conocida es la dualidad de percepciones económicas cuando un trabajador es despedido de modo objetivo, si la decisión de cese empresarial se califica de nula o improcedente, si no ha dado el empresario el tiempo de preaviso *in natura*. En tal caso, en el mismo tiempo se da derecho a dos tipos de compensaciones; una, los salarios de tramitación por ese tiempo y, otra, la indemnización por el tiempo no preavisado coincidente, en lo que resulte, con el de esos salarios [art. 123.2 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL), en relación con el art. 53.4 de la LET, relativo a la obligación empresarial de abonar, junto a la indemnización por defecto del preaviso, «los salarios correspondientes a dicho período», el de preaviso y de tramitación].

Eso es lo correcto, no amortizar títulos jurídicos, aunque coincidan en el mismo tiempo de ejercicio. Dicho de otro modo, el cumplimiento de un derecho no satisface otro con causa distinta, aunque ambos derechos sean de similar contenido.

En caso contrario, se incumpliría la finalidad de uno de ellos o se cumplirían mal los dos.

La **causa del derecho-obligación a la inactividad laboral durante la situación de incapacidad temporal (IT)** se encuentra en la necesidad de atender a la restauración de la salud, a través, precisamente de la asistencia sanitaria, como se dice claramente en el artículo 128.1 a) de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS). El estar impedido para el trabajo, para un cierto trabajo, puede que no requiera, físicamente, la inactividad en todos, pero, sin embargo, la jurisprudencia, conocida y abundante, considera infracción de los deberes de buena fe para con el empresario y los gestores de la Seguridad Social, dedicarse a trabajar fuera de la propia empresa, porque se deteriora el proceso curativo con riesgo de retraso en la superación de la incapacidad, y en la incorporación a la empresa. Sólo en casos en que estos efectos no se acreditan se elimina el reproche.

En cambio **el derecho a las vacaciones**, a las que se refiere el artículo 40.2 de la Constitución Española, como un derecho esencial de los trabajadores, **tutela otros bienes**, que se concretan en la restauración del cansancio físico e intelectual del tiempo de trabajo –o asimilado– del año, a fin de conseguir el «necesario descanso» a que se refiere la Constitución Española. Pero no se queda ahí, vela también por conciliar la vida familiar con la laboral, a través de unos tiempos de mayor y más relajada dedicación a la familia, vela por el mantenimiento y mejora del acceso a la cultura de los trabajadores, por el esparcimiento y el ocio, vela por el desarrollo de los valores y cualidades del deporte, de las relaciones sociales, del necesario ejercicio físico reparador de muchas situaciones estresantes, en fin la posibilidad de practicar las mejoras pertinentes en el propio entorno en que se vive.

No se pueden atender todas estas finalidades, estos bienes, si quien ha de atenderlos en ese tiempo está incapacitado por enfermo o accidentado. El tiempo de vacaciones tiene que ser, necesariamente, un tiempo útil, apto para cumplir sus funciones, o sea, un tiempo que, de otro modo, sería de trabajo productivo, porque, de lo contrario, las funciones de ambos derechos no ya es que se solapen, sino que se impiden, con concurrencia conflictiva.

Un motivo para reclamar el tiempo de vacaciones después de un tiempo de inactividad por enfermedad o accidente es justamente el de restaurar parte o todo el cansancio del tiempo de enfermedad y de restauración de la salud.

Por eso cuando se afirma que, **una vez establecido el calendario vacacional en la empresa, han de atenerse al mismo tanto el empresario como la totalidad de la plantilla de la empresa**, se está olvidando los efectos del caso fortuito y la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus*. Si varían sustancialmente las condiciones del pacto, individual o colectivo, tanto que, de haberse considerado, no se habría pactado eso –ni se habría podido pactar–, entonces tiene que concluirse que es imprescindible un trato de excepción para los supuestos de excepción fundada y probada.

El calendario es para cumplir el derecho a la vacación anual, no para desatenderlo e incumplirlo.

En ocasiones se expresa que si la enfermedad o las secuelas del accidente duran mucho o tienen lugar a finales del año natural, no se podrá disfrutar en especie del derecho a las vacaciones que, se insiste, son anuales.

Se afirma que **va caducando irremisiblemente cada año el derecho a las que no se hayan disfrutado**², de manera que, si llegado el fin de año no se han atendido, habrá venido a solaparse el título de la vacación con el de la IT.

Tampoco es válido el argumento, en la medida en que **la vacación es anual, en general en su disfrute, aunque no esencialmente, pero es anual en la causa porque deriva del trabajo de todo el año laborable.**

Se puede añadir que no consta en ninguna disposición general, aunque sí se haya expresado en algunos convenios colectivos, esa caducidad anual.

Por el contrario, en el **Convenio 132 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)**, de 24 de junio de 1970, texto que es norma de derecho interno y referencial o interpretativo, en cuanto norma internacional ratificada, se expresa nítidamente que sólo acaba (¿«caduca»?) cada año la parte ininterrumpida, pero es **a contar desde el final del año en que se haya originado y que el tramo segundo o ulterior, si se ha dividido el tiempo de disfrute, se puede ejecutar hasta que se cumplan 18 meses desde esa fecha** (art. 9.º 1) y aún después (art. 9.º 2).

² STS de 30 de noviembre de 1995, con cita de las SSTS de 5 de mayo de 1969 y 20 de abril de 1971.

La consecuencia es que, a menos que otra cosa se diga en la normativa convencional (art. 10.1 del Convenio 132 de la OIT), se ha de estar a la posibilidad de disfrute fuera del año en que se devengaron.

3.º LA MATERNIDAD COLISIONANTE CON EL TIEMPO DE VACACIONES

En la Directiva 76/207/CEE, de 9 de febrero, sobre igualdad entre hombre y mujer, aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, se expresa que **la aplicación del principio de igualdad de trato, en lo que se refiere a las condiciones de trabajo, comprendidas las condiciones de despido, implica que se garanticen a hombres y mujeres las mismas condiciones, sin discriminación por razón de sexo (art. 5.º 1).**

En la Directiva 92/85/CEE, de 19 de octubre, en aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, se expresa que deberán garantizarse los derechos inherentes al contrato de trabajo, incluido el mantenimiento de una remuneración y/o el beneficio de una prestación adecuada de las trabajadoras a que hace referencia el artículo 2.º, con arreglo a las legislaciones y/o a las prácticas nacionales. Y que deberán garantizarse: los derechos inherentes al contrato de trabajo de las trabajadoras a que hace referencia el artículo 2.º, distintos de los indicados en la siguiente letra b) [art. 11.2 a)].

Esta disposición, como se dice en la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (STJCE), sede en Luxemburgo (Sala Sexta), de 18 de marzo de 2004, asunto Merino Gómez, cuestión prejudicial, asunto C-342/2001, ha de interpretarse en el sentido de que **una trabajadora deberá poder 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 y que se refiere también al derecho de una trabajadora que se encuentre en unas circunstancias de disfrute de unas vacaciones anuales más largas, establecidas por la normativa nacional, que las vacaciones mínimas establecidas por la Directiva 93/104/CEE, de 23 de noviembre.**

Y así se ha recogido –recientemente– con claridad en la jurisprudencia española³, que afirma que **la coincidencia entre las fechas del permiso de maternidad de una trabajadora y las de vacaciones anuales de la totalidad de la plantilla de la empresa a la que, la misma, viene prestando servicios no puede impedir el ulterior disfrute de la vacación anual por parte de la trabajadora que hubo de estar sujeta al período de descanso por maternidad**⁴.

³ STS de 10 de noviembre de 2005.

⁴ Son de destacar las siguientes argumentaciones de la STJCE, Luxemburgo (Sala Sexta), de 18 de marzo de 2004, caso Merino Gómez. Cuestión prejudicial. Asunto C-342/2001: Conforme al artículo 7.º, apartado 1, de la Directiva 93/104, los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que todos los 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 (apdo. 28).

Pero ése no ha sido el parecer de la jurisprudencia española precedente. Así, se decía en una sentencia ⁵, **en el caso de una trabajadora que estuvo dada de baja por maternidad, cuando el período de vacaciones de la empresa se concede con carácter común y en iguales fechas a todos los empleados de la misma con cierre de sus instalaciones, coincidió con parte del período**

La finalidad del derecho a disfrutar de vacaciones anuales es diferente de la del derecho al permiso de maternidad. Este último tiene por objeto, por una parte, la protección de la condición biológica de la mujer durante su embarazo y después de éste, 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 (véanse las Sentencias de 12 de julio de 1984, Hofmann, 184/83, Thibault, apdo. 25, y Boyle y otros) (apdo. 32).

El artículo 7.º, apartado 1, de la Directiva 93/104/CEE debe interpretarse, por tanto, 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 de la totalidad de la plantilla, no pueden considerarse cumplidas las exigencias de la Directiva relativas a las vacaciones anuales retribuidas (apdo. 33).

De lo antedicho se deduce que el artículo 5.º, apartado 1, de la Directiva 76/207/CEE ha de interpretarse en el sentido de que una trabajadora deberá poder disfrutar de sus vacaciones anuales durante un período distinto del de su permiso de maternidad (apdo. 38).

Lo mismo podrá decirse 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 de la totalidad de la plantilla (apdo. 39).

Habida cuenta de todas las consideraciones anteriores, procede responder a la primera cuestión que los artículos 7.º, apartado 1, de la Directiva 93/104/CEE, 11, apartado 2, letra a), de la Directiva 92/85/CEE y 5.º, apartado 1, de la Directiva 76/207/CEE han de interpretarse en el sentido de que una trabajadora deberá poder 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 de la totalidad de la plantilla (apdo. 41).

Cuando un Estado miembro haya optado por una duración de las vacaciones anuales más larga que la duración mínima establecida por la Directiva, el derecho a las vacaciones anuales más largas de las mujeres que han disfrutado de un permiso de maternidad que coincide con el período de vacaciones anuales de la totalidad de la plantilla se rige por el artículo 11, apartado 2, letra a), de la Directiva 92/85 (apdo. 44).

Procede, pues, responder a la segunda cuestión que el artículo 11, apartado 2, letra a), de la Directiva 92/85/CEE ha de interpretarse en el sentido de que se refiere también al derecho de una trabajadora que se encuentre en unas circunstancias como las del asunto principal a unas vacaciones anuales más largas, establecidas por la normativa nacional, que las vacaciones mínimas establecidas por la Directiva 93/104/CEE (apdo. 45).

En virtud de todo lo expuesto,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Sexta)

Pronunciándose sobre las cuestiones planteadas por el Juzgado de lo Social n.º 33 de Madrid mediante Auto de 3 de septiembre de 2001, declara:

- 1.º El artículo 7.º, apartado 1, de la Directiva 93/104/CEE del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, el artículo 11, apartado 2, letra a), de la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (Décima Directiva específica con arreglo al apdo. 1 del art. 16 de la Directiva 89/391/CEE, y el art. 5.º, apdo. 1, de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976), relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, han de interpretarse en el sentido de que una trabajadora deberá poder 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.
- 2.º El artículo 11, apartado 2, letra a), de la Directiva 92/85/CEE ha de interpretarse en el sentido de que se refiere también al derecho de una trabajadora que se encuentre en unas circunstancias como las del asunto principal a unas vacaciones anuales más largas, establecidas por la normativa nacional, que las vacaciones mínimas establecidas por la Directiva 93/104/CEE.

⁵ STS de 27 de junio de 1996, con cita de la STS de 30 de noviembre de 1995.

do de aquella baja por maternidad, tal trabajadora, una vez incorporada de nuevo a su puesto de trabajo, no tiene derecho a disponer de un nuevo período de vacaciones disfrutado por ella en forma aislada y exclusiva, con independencia del que se señaló con carácter común para toda la empresa.

Pero, como se dice, la reciente jurisprudencia ⁶ expresa que cuando ante un supuesto en que las vacaciones de todos los trabajadores estaban reseñadas en un calendario, la trabajadora **se constituyó en IT derivada de enfermedad común, cuando ya estaba en situación de embarazo del que dio a luz, por adelantamiento del parto, y a partir de cuya fecha se constituyó en situación de baja por maternidad. Al concluir esta última, tras el transcurso del mes de agosto que le había sido asignado para el disfrute de la vacación anual, la empresa le denegó dicho disfrute en un período distinto al inicialmente asignado.**

La citada trabajadora alegó en su defensa el artículo 48.4 de la LET, en la interpretación que debe darse al mismo conforme a lo previsto en los artículos 7.º 1 de la Directiva 93/104/CEE, de 23 de noviembre, 11, apartado 2, letra A, de la Directiva 92/85/CEE, de 19 de octubre y 5.º 1 de la Directiva 76/207/CEE, de 9 de febrero y, todo ello, en los términos en que ha sido interpretado por la citada STJCE –Sala Sexta– de 18 de marzo de 2003, asunto Merino Gómez, cuestión Continental Industrias del Caucho, SA.

La decisión del Tribunal Supremo (TS) es que el apartado 4 del artículo 48 de la LET establece la suspensión del contrato de trabajo, con el consiguiente descanso por maternidad, en el supuesto de parto, por lo que, necesariamente, han de compatibilizarse ambos derechos reconocidos en la misma norma laboral básica.

Y ello porque **la coincidencia en el tiempo de una baja por IT, devenida, bien sea, de enfermedad común o por maternidad, con el período preestablecido en la empresa para el disfrute de vacaciones, responde a la protección y defensa de un interés jurídico, completamente distinto al que es propio del descanso por vacación anual.** En el primer caso, lo que se pretende es la atención médica y la curación de un determinado proceso patológico, singularizándose la **baja por maternidad por el necesario descanso que la mujer precisa después del parto y en la obligada atención que ha de prestar a la criatura recién nacida**, intereses u objetivos, éstos, que son, claramente, distintos del que se protege con la **vacación anual y que no es otro que el de propiciar una recuperación, tanto física como psíquica, tras la prestación, continuada o no, de servicios durante todo el año a la empresa.**

A ello se añade un argumento referencial. Se expresa que no es dable desconocer que **negar la compatibilidad de la vacación anual con el disfrute del período por baja maternal supondría establecer una clara discriminación entre el hombre y la mujer**, puesto que sólo esta última, que teóricamente, al menos, ha de prestar servicios laborales en igualdad de condiciones que el varón, se vería discriminada al ver mermado o suprimido su derecho a la vacación anual a causa de la maternidad.

⁶ STS de 10 de noviembre de 2005.

Así pues, con o sin calendario general o particular de vacaciones, con vacaciones de disfrute en tiempo igual para todos, con vacaciones ya iniciadas o pendientes, el tiempo de maternidad impide que se compute como tiempo de vacaciones, que se disfrutarán, en cómputo inicial o sucesivo, al concluir la licencia por maternidad.

4.º LA ENFERMEDAD Y EL ACCIDENTE IMPIDEN QUE CONCURRA EL DISFRUTE DE VACACIONES, ¿O NO? UN APUNTE JURISPRUDENCIAL

Ha de dejarse constancia de que la discrepancia en la materia no puede resolverse unilateralmente tampoco por el trabajador, de manera que si el empresario tuviese que otorgar un tiempo adicional para el disfrute de las vacaciones y no lo hace, lo que tiene a su alcance el trabajador es el proceso de los artículos 125 y 126 de la LPL, pues de lo contrario, **si pese a la negativa de la empleadora, el trabajador inicia las vacaciones sin acuerdo previo para ello del Juzgado de lo Social que lo autorice, incurre en la falta de desobediencia** ⁷.

Luego, se ha de negociar o, en defecto de acuerdo, acudir a la decisión judicial para concretar la fecha del disfrute de las vacaciones, una vez concluido el tiempo de IT por enfermedad o accidente.

Pero se ha de añadir una condición: si procede el disfrute adicional al tiempo de inactividad por causa de enfermedad.

Se ha visto que ninguna duda hay al respecto, en la jurisprudencia comunitaria y en la española, si se trata de compatibilizar el tiempo de licencia por maternidad y las vacaciones.

Pero ahora se trata de saber qué ocurre con esos otros supuestos que se mencionan de IT por enfermedad o accidente, sean o no laborales.

Se puede hacer un recorrido por la jurisprudencia reciente.

En la STS de 11 de julio de 2006 que se comenta, se busca un título singular respecto de la normativa general para reconocer un trato especial en el tema del disfrute de las vacaciones y se alega un derecho adquirido, consistente en haber obtenido la aceptación empresarial de la separación de los tiempos de incapacidad y vacaciones, pero, se dice en la sentencia citada, que ese **derecho adquirido no cabe reconocerlo, por cuanto no ha quedado demostrada la indubitada voluntad empresarial de otorgar a todos los trabajadores de la empresa el derecho a poder disfrutar el período vacacional en distinta fecha a la prevista en el calendario, a tal fin establecido en aquellos casos en los que superpone una situación de IT durante el tiempo previs-**

⁷ STS de 20 de octubre de 1980.

to para el disfrute de la vacación anual. Esta consecuencia se deja al margen de los efectos que proceden en el caso de la mujer madre, el supuesto de concurrencia de enfermedad y vacaciones, y se niega título en los derechos adquiridos para disfrutar después de la baja por IT el tiempo de vacaciones anuales.

Ése es el criterio de la línea mayoritaria de la jurisprudencia, en la que se ha dicho ⁸, en un caso en que los **convenios colectivos de una cierta empresa, al menos desde 1987, reproducían sucesivamente la cláusula según la cual, «los períodos de vacaciones no se interrumpirán en ningún caso»**, y en que, **si bien la empresa demandada permitía desde 1980, al menos, que los empleados de flota que se encontraran en período de descanso y se pusieran enfermos, pasaran a la situación de Incapacidad Laboral Transitoria (ILT) (hoy IT), interrumpieran dicho período hasta recibir el alta médica, a partir de la cual continuarían en la situación de descanso, resultaba claro** que si la expresada práctica (interrupción del período de descanso al acceder el trabajador a la situación de ILT –hoy IT–) fuera expresión de una inequívoca voluntad empresarial de constituir una condición más beneficiosa para el trabajador, susceptible de integración en el clausulado contractual, y no una mera tolerancia, ello hubiera tenido expresa manifestación en el ámbito de la negociación colectiva, incorporándose explícitamente a la normativa paccionada en alguno de los varios convenios habidos a partir del año 1980, porque es la misma empresa que negocia la que establece tal práctica, y es el mismo personal laboral que negocia (por medio de sus representantes en el marco de la empresa) el beneficiado por dicha práctica. Por ello, se niega la existencia de condición más beneficiosa. No parece razonable otra conclusión –se dice–, lo que, por ello, justifica el que haya de sentarse una conclusión contraria al disfrute separado de las vacaciones.

El argumento no deja de sorprender porque la fuente convencional no impide el nacimiento de la condición más beneficiosa unilateral, ni el surgimiento de ésta puede quedar condicionado a que se exprese en la norma colectiva, tanto más cuanto que si la condición deriva de norma, incluso privada, difícilmente se la puede calificar de condición más beneficiosa.

Se añade en otro caso ⁹ que fijado convencionalmente el período de disfrute colectivo, para todo el personal, con suspensión total de las actividades laborales, no es factible fijar un nuevo señalamiento para personas determinadas que estuvieren de baja por IT, a tenor de lo prevenido en el artículo 126 de la LGSS de 1974, aplicable al caso. Para llegar a dicha conclusión no se consideró necesario acudir al artículo 1.105 del Código Civil, considerando que las contingencias citadas son manifestaciones del caso fortuito regulado en el citado precepto, por lo que la persona que sufra un perjuicio por tales causas habrá de soportar las consecuencias dañosas derivadas del evento, puesto que es claro que las notas que lo configuran –suceso imprevisible o inevitable– concurren normalmente en los supuestos de enfermedad y accidente (a diferencia del supues-

⁸ STS de 20 de enero de 1995.

⁹ STS de 30 de noviembre de 1995.

to de maternidad). Lo decisivo a estos efectos es el respeto al pacto colectivo amparado expresamente por la Ley, que no admite más excepciones que las referidas al personal de mantenimiento.

A ello se añade que tampoco cabe aducir en apoyo de la pretensión de la actora **el Convenio número 132 de la OIT, ratificado por España**; su artículo 5.º 4 establece que el tiempo de enfermedad, accidente o maternidad y en general el de ausencia al trabajo por motivos independientes de la voluntad del trabajador será contado como parte del período de servicios a efectos de acumular el derecho a vacaciones. **Y el artículo 6.º 2 dispone que el tiempo de enfermedad o accidente no computa como parte de las vacaciones. Es claro que el supuesto debatido –se concluye– no encaja en tales situaciones.**

Esta consideración de inaplicabilidad del Convenio 132 de la OIT, incluso en el artículo 6.º 2 que cita, parece llegar, precisamente, a la conclusión contraria de la que se adopta, porque si no se puede computar el tiempo de enfermedad o accidente como parte de vacaciones, es porque se mantiene el derecho íntegro al disfrute de las mismas.

En la misma línea se expresa en otra sentencia ¹⁰ que el artículo 40.2 de la Constitución Española garantiza las vacaciones periódicas retribuidas, pero la determinación del concreto período para su disfrute se deja a la voluntad de las partes, pudiendo la empresa y la representación de los trabajadores, como autoriza el artículo 38.2 b) de la LET, pactar el disfrute colectivo de las mismas, fijando un período común para todo el personal, con suspensión de las actividades laborales. En tales casos no es posible fijar un nuevo señalamiento para las vacaciones a las personas que estuviesen de baja por IT ¹¹ (bien se derivase de enfermedad o accidente ¹²), **por imperativo del pacto colectivo que dispuso el disfrute conjunto de las vacaciones por toda la plantilla, el cual no admite más excepciones que las referidas al personal de mantenimiento, pacto que está amparado por la Ley.** Esta decisión no se contrapone a lo que se ordena en el Convenio número 132 de la OIT, pues el supuesto comentado no encaja en los artículos 6.º 2 y 54 del mismo.

Algo empieza a cambiar en una sentencia posterior ¹³, cuando se trata de un trabajador que prestaba servicios para la empresa, y estuvo en situación de IT de 2 de abril a 9 de junio de 2001 y luego desde 11 de junio a 29 de septiembre de 2001. **El día siguiente, 30 de septiembre de 2001, causó baja en la empresa por prejubilación, sin haber podido disfrutar las vacaciones correspondientes al expresado año 2001.** Ante la expresión en el último párrafo del artículo 12 del Convenio Colectivo de la empresa «Coto Minero del Sil, SA», de que «con carácter general el período de disfrute será el comprendido entre el 1 de julio y el 30 de septiembre. Si algún trabajador no pudiera disfrutar sus vacaciones en dicho período por pasar a situación de IT derivada de Accidente de Trabajo o Enfermedad Profesional, se le respetará su derecho a

¹⁰ STS de 27 de junio de 1996.

¹¹ Y se añade: «o por maternidad».

¹² De nuevo se añade: «o maternidad».

¹³ STS de 25 de febrero de 2003.

disfrutarlas en otro mes, siempre que fuere dentro del mismo año natural» y, con base en esta norma convencional, el actor pretende el derecho a la cantidad sustitutoria de las vacaciones no disfrutadas, y se acepta la pretensión por el TS, porque –dice– 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 éste 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.**

En fin algo cambia sustancialmente en la jurisprudencia cuando se dice ¹⁴ que **no ha de desconocerse que la situación de IT, que surge con anterioridad al período vacacional establecido y que impide disfrutar de este último en la fecha señalada, tampoco puede ni debe erigirse en impedimento que neutralice el derecho al disfrute de dicha vacación anual que todo trabajador ostenta por la prestación de servicios en la empresa.** Y es conveniente señalar, al respecto, **que tiene que ser distinto el tratamiento que merece la IT que surge durante el disfrute de la vacación, pues es un riesgo que, en tal situación, ha de asumir el propio trabajador, con aquella otra que se produce con anterioridad al período vacacional y que impide el disfrute de éste en la fecha preestablecida en el calendario previsto, a tal efecto, en la empresa. En este último caso, necesariamente, ha de hacerse compatible el derecho a la baja por IT, sea ésta por enfermedad común o por maternidad, con el correspondiente al disfrute de la vacación anual.**

Y, precisamente, un fundamento importante del cambio, se concreta en que la coincidencia en **el tiempo de una baja por IT**, devenida bien sea de enfermedad común o por maternidad, con el período preestablecido en la empresa para el disfrute de vacaciones, responde a **la protección y defensa de un interés jurídico, completamente distinto al que es propio del descanso por vacación anual.**

5.º PARA RECAPITULAR

En la sentencia de que se trata, la STS de 11 de julio de 2006, no tenía que haberse quedado la investigación en la existencia o no del derecho singular procedente de una condición más beneficiosa, que en cuanto se dice no existía, sino que se debió de haber interesado si el derecho al disfrute posterior derivaba de nuestro Ordenamiento, a la vista del Convenio 132 de la OIT, de nuestra normativa interna y de las Directivas que se han citado, aunque seguramente este paso no se pudiera dar por tratarse de la decisión de un recurso, con conocimiento judicial limitado, y en proceso de conflicto colectivo, pero no parece justificada la afirmación del alejamiento de la doctrina clara e incondicionada expresada en la anterior STS de 10 de noviembre de 2005.

¹⁴ STS de 10 de noviembre de 2005.

Seguramente haya de seguirse en la línea decisoria que se basa en la **distinción de los bienes y finalidades a los que atienden la maternidad, la IT por enfermedad o accidente y las vacaciones anuales.**

Seguramente se vaya a distinguir en la jurisprudencia, como paso previo a la **consolidación de la separación total**, entre si la situación de IT ha nacido durante el tiempo de vacaciones o antes, pero tan sólo para poder asentar con firmeza la **separación de las situaciones, pues ésta es la única solución a aceptar**, según lo dicho.