

ANTONIO TAPIA HERMIDA

*Doctor en Derecho. Profesor Titular de Derecho Mercantil.
Universidad Complutense de Madrid*

*Letrado (excedente) de la Seguridad Social
Académico correspondiente de la Real Academia de
Jurisprudencia y Legislación*

**(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) ***

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.

I. INTRODUCCIÓN

Esa afirmación rotunda y memorable se efectúa por el Tribunal de Justicia comunitario en las sentencias objeto de comentario y reproducen lo indicado en la sentencia del mismo Alto Tribunal de 26 de junio de 2001, añadiéndose en todas ellas que la aplicación de aquel principio de Derecho social comunitario ¹ «por parte de las autoridades competentes únicamente puede efectuarse respe-

* Véase el texto íntegro de esta Sentencia en la *Revista de Trabajo y Seguridad Social (Legislación, Jurisprudencia)*. CEF. Núm. 280, julio 2006.

¹ En este punto debe traerse a colación la STSJ de Navarra de 30 de septiembre de 2004, en la que se declara que «el artículo 40.2 de la Constitución Española señala que los poderes públicos garantizarán el descanso necesario, mediante, entre otros medios, las vacaciones periódicas retribuidas. A este derecho le resulta de plena aplicación el canon hermenéutico del artículo 10.2 de la Constitución Española al decir que las normas relativas a los derechos fundamentales y las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España. No se olvide que el carácter de este no-trabajo (vacaciones) se inserta entre los "principios rectores de la política social y económica", ubicado dentro del Título I, Capítulo 3.º de la Constitución Española, precisados de ulterior desarrollo normativo si han de ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria, sin perjuicio de que mientras informen la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos (art. 53.3 de la Constitución Española). Repárese que el Texto Constitucional ha preferido la referencia a la periodicidad (género) por encima de su concreción anual (especie) (...). Es también dato a destacar que las vacaciones se configuran implícitamente como un período intercalado en el normal de actividad, al suponer precisamente una cesura en el mismo. Cuando se afirma que la vacación tiene que garantizar el descanso necesario se quiere decir que no puede haber vacaciones sin previo trabajo o, por lo menos, sin actividad correlativa. Al decir que las vacaciones han de proporcionar un "descanso necesario" debe hacerse referencia a las propias previsiones constitucionales, entre las que destaca, "la adecuada utilización del ocio" (art. 43.3 de la Constitución Española). De entre las normas internacionales que se refieren a esta institución de las vacaciones, debe destacarse la Declaración Universal de Derechos del Hombre,

tando los límites establecidos expresamente en la propia Directiva (Directiva 2003/88/CE, de 4 de noviembre, que sustituyó, a partir de 4 de agosto de 2004, a la Directiva 93/104/CE del Consejo de 23 de noviembre, en su versión modificada por la Directiva 2000/34/CE de 22 de junio de 2000)».

Todo lo cual es trascendente y se proyecta sobre los órganos jurisdiccionales nacionales los cuales, como es sabido, «al aplicar el Derecho interno y, en particular, las disposiciones de una normativa específicamente adoptada para ejecutar lo exigido por una directiva, (...) está(n) obligado(s) a interpretar el Derecho nacional, en la medida de lo posible, a la luz de la letra y la finalidad de la Directiva de que se trate para alcanzar el resultado que ésta persigue», doctrina jurisprudencial que ha tenido especial aplicación en relación con la derogada Directiva 93/104² y la tiene en relación con la vigente Directiva 2003/88.

La consideración del derecho a unas vacaciones anuales retribuidas como «un principio de Derecho social», en absoluto constituye una novedad en nuestro ordenamiento jurídico, habiéndose establecido en la Constitución de 1978 (art. 42.2) que las autoridades públicas velarán por «la seguridad e higiene en el trabajo y garantizarán el descanso necesario», no sólo mediante «la limitación de la jornada laboral» sino también por medio de «las vacaciones periódicas».

De la consagración constitucional de un derecho fundamental para los trabajadores y un correlativo deber de tutela y promoción para todos los poderes públicos (legislativo, ejecutivo y judicial), la jurisprudencia constitucional ha deducido consecuencias de indudable importancia, estableciendo la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 192/2003, de 17 de octubre³, lo siguiente:

«La concepción del período anual de vacaciones como tiempo cuyo sentido único o principal es la reposición de energías para la reanudación de la prestación laboral supone reducir a la persona del trabajador a un mero factor de producción y negar, en la misma medida, su liber-

de 10 de diciembre de 1948, cuyo artículo 23 menciona el derecho de toda persona a "vacaciones periódicas pagadas" así como al "disfrute del tiempo libre" (art. 24). Como toda Declaración procedente de Naciones Unidas, no constituyen normas de aplicación directa sino que tienen carácter programático. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 16 de diciembre de 1966, constituye junto al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de ese mismo año, los instrumentos con los que Naciones Unidas intentaron otorgar fuerza jurídica plena a la protección de los derechos humanos enuncrados en la Declaración de Derechos del Hombre. Y esencialmente deben mencionarse los Convenios números 132 de la Organización Internacional de Trabajo (OIT), sobre vacaciones pagadas, de 24 de junio de 1970; 101, sobre vacaciones pagadas en la agricultura, de 26 de junio de 1952 y 146, sobre vacaciones pagadas de la gente del mar, de 29 de octubre de 1976. Estos Convenios de la OIT, una vez ratificados forman parte del ordenamiento jurídico español, tal y como prescriben los artículos 96.2 y 51.1 de la Constitución (...). El Estatuto de los Trabajadores (ET) contempla el tema de las vacaciones en el artículo 38 que se remite, en cuanto a su contenido, a lo pactado en convenio colectivo o contrato individual, sin que en ningún caso su duración pueda ser inferior a treinta días naturales».

² STJCE de 5 de octubre de 2004, asuntos acumulados C-397/01 a C-403/01, Pleiffer y otros. En esa sentencia se establece precisamente el deber de interpretar el Derecho nacional conforme al Derecho comunitario, lo cual está sólidamente establecido por la jurisprudencia comunitaria en la materia objeto de atención por las sentencias que se comentan, según la cual «el órgano jurisdiccional remitente que conoce de litigios como los principales, que están comprendidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/104 y tienen su origen en hechos posteriores a la expiración del plazo de adaptación del Derecho nacional a ésta, al aplicar las disposiciones de derecho nacional destinadas especialmente a adaptarlo a dicha Directiva, debe interpretarlas, en la medida de lo posible, de manera que puedan recibir un aplicación conforme con los objetivos de esa Directiva».

³ Recurso de amparo número 4492/2001.

tad, durante aquel período, para desplegar su propia personalidad del modo que estime más conveniente. Una tal concepción, según la cual el tiempo libre se considera tiempo vinculado y la persona se devalúa a mera fuerza de trabajo, resulta incompatible con los principios constitucionales que enuncia el artículo 10.1 de la Constitución Española (dignidad de la persona y libre desarrollo de su personalidad) a cuya luz ha de interpretarse, inexcusablemente, cualquier norma de Derecho.»

La consideración de las vacaciones anuales como un «principio de Derecho social comunitario» y su consagración como derecho fundamental con el correspondiente deber constitucional de tutela por las autoridades públicas, con vinculación con el respeto a la dignidad humana debida a la persona del trabajador ⁴, tiene un cumplido desarrollo en las sentencias objeto de comentario, porque en términos de la STC, de 16 de marzo de 2006, al tenor del Derecho comunitario ⁵:

«El derecho a vacaciones anuales y el derecho a percibir una retribución en concepto de vacaciones constituyen dos vertientes de un único derecho ⁶.»

⁴ Cabe recordar que según reiterada jurisprudencia constitucional:

- a) La celebración de un contrato de trabajo no implica en modo alguno la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano (SSTC 88/1985, 106/1996 y 20/2002).
- b) La libertad de empresa (art. 38 de la Constitución Española) no legitima que los trabajadores hayan de soportar limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas (SSTC 88/1985, 106/1996, 80/2001 y 20/2002).
- c) 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 legitima que quienes prestan servicios en aquéllas 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 aquél (STC 11/1981).

Efectivamente, la jurisprudencia constitucional ha reiterado que la existencia de una relación laboral no puede determinar ni suponer «la existencia de un deber genérico de lealtad con su significado omnicompreensivo de sujeción del trabajador al interés empresarial, pues ello no es acorde al sistema constitucional de relaciones laborales» (SSTC 120/1983 y 4/1996, entre otras), ya que no cabe olvidar la trascendencia del reconocimiento por la constitución de los derechos fundamentales de la persona, que la acompañan en todas las facetas de la vida de relación y «también en el seno de la relación laboral» (SSTC 88/1985 y 6/1999).

Al extremo esto es así que «la necesidad de garantizar que los derechos fundamentales del trabajador no sean desconocidos por el empresario bajo la cobertura formal del ejercicio por parte de éste de los derechos y facultades reconocidos legalmente» (STC 49/2003), se ha reflejado en el plano procesal dada «la especial dificultad que en no pocas ocasiones ofrece la operación de desvelar en los procedimientos judiciales correspondientes la lesión constitucional, encubierta tras la legalidad sólo aparente del acto empresarial» (STC 49/2003), estableciéndose una novedosa «prueba indiciaria», en que la carga de la prueba, presentados indicios suficientes y convincentes por el trabajador, se traslada al empresario.

⁵ Directiva 2003/88, bien que la sentencia, habida cuenta de los hechos de los litigios principales constantemente se refiere a la derogada Directiva 93/104, lo cual, a la postre y a los efectos de este comentario carece de trascendencia, dada la similitud de ambas normas en la materia objeto de atención..

⁶ Como precisan MONTOYA MELGAR, A.; GALLANA MORENO J.M.; SEMPERE NAVARRO, V. y RÍOS SALMERÓN, B., *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Aranzadi, Madrid 1997, págs. 168-172, las vacaciones son: a) vacaciones anuales; b) vacaciones retribuidas; c) El período vacacional no es sustituible por compensación económica.

Efectivamente, «el derecho a las vacaciones ha sido calificado como de Derecho unitario pero de contenido complejo, de manera que engloba la interrupción periódica de la prestación laboral y el mantenimiento del crédito salarial, y así el extinto Tribunal Central del Trabajo en su sentencia de 19 de diciembre de 1984 declaró que el concepto legal de vacaciones no puede dividirse en sus dos componentes esenciales, descanso y retribución, para excluir uno de ellos, porque si se da retribución sin descanso se tratará de la compensación económica, y si se da descanso sin retribución, será un permiso sin sueldo. Con esto se quiere expresar que es consustancial a la institución de las vacaciones el que sean retribuidas, así lo menciona el artículo 40.2 de la Constitución Española al aludir a que los poderes públicos garantizarán el descanso necesario mediante las vacaciones periódicas retribuidas, e insiste en dicho carácter el artículo 38.1 del Estatuto Laboral, en su condición de cumplimiento garantista de la norma fundamental»⁷.

II. EL DERECHO A DISFRUTAR VACACIONES ANUALES

La Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (STJCE) de 6 de abril de 2006 aborda la cuestión relativa al disfrute de las vacaciones anuales retribuidas por los trabajadores, con afirmaciones que no dejan lugar a dudas sobre la importancia y trascendencia del derecho aludido, por más que no pueda obviarse que su consideración como «obligatoria y generalizada es relativamente recurrente»⁸.

Aquella resolución jurisdiccional aparentemente se mantiene apegada a la letra de la norma comunitaria reguladora (constituida ahora por la Directiva reguladora 2003/88 y antes por la derogada Directiva 93/104, a la que constantemente se refiere la sentencia comentada) contemplando el derecho aludido básicamente desde la perspectiva de la protección de la seguridad y salud en el trabajo⁹. No obstante, semejante lectura de aquella resolución del Alto Tribunal comunitario es engañosa, pues ha de repararse en que la misma parte de la afirmación, que tiene constantemente presente, del carácter de «principio del Derecho social comunitario de especial importancia» del «derecho de cada trabajador a disfrutar de vacaciones anuales retribuidas».

⁷ STSJ de Navarra de 30 de septiembre de 2004.

⁸ ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M.^ª E., *Derecho del Trabajo*, duodécima edición, Facultad de Derecho-Universidad Complutense, Madrid 1991, pág. 277.

⁹ Constituye, ciertamente, el enfoque más común en la doctrina. Así VIDA SORIA, J.; MONEREO PÉREZ, J.L. y MOLINA NAVARRETE, C., *Manual de Derecho del Trabajo*, Comares, Granada 2004 (segunda edición), pág. 532, indican que «la especial preocupación por la efectividad de este derecho reside en su intensa vinculación con la "conservación/restauración" de la salud de los trabajadores». En una línea parcialmente diferente indican CABEZA PEREIRO, J.; RABANAL CARBAJO, P.; MELLA MÉNDEZ, L. y FERNÁNDEZ PRIETO, M., *La ordenación del tiempo de trabajo*, Consello Galego de Relacións Laborais, Santiago de Compostela 2004, págs. 142-143, que «las vacaciones anuales se configuran como un periodo de descanso ininterrumpido cuya finalidad es la de que el trabajador pueda disfrutar de un tiempo de ocio y recuperar las energías perdidas durante la jornada anual de trabajo».

1. La fundamentación última del derecho de los trabajadores a disfrutar vacaciones anuales.

La sentencia del Tribunal de Justicia comunitario que se acaba de citar, tras efectuar aquella importante afirmación de que «el derecho de cada trabajador a disfrutar de vacaciones anuales retribuidas debe considerarse un principio de Derecho social comunitario de especial importancia, respeto del cual no pueden establecerse excepciones», sin embargo no la desarrolla, lo cual obliga a acudir, en cuanto que se trata de un principio general del Derecho comunitario, y por lo tanto deducible de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros ¹⁰, a las interpretaciones en sede constitucional existentes en torno a ese fundamental principio vacacional.

Aquella afirmación del derecho a las vacaciones anuales como «principio» social de derecho, lo sitúa en una dimensión superior al de la protección de la seguridad y salud del trabajador. Perspectiva, cabe recordar, en las que las sentencias objeto de comentario no hacen sino ratificar la doctrina ya mantenida por la fundamental STC 192/2003, de 17 de octubre, dictada en trámite del recurso de amparo número 4492/2001, según la cual:

«La concepción del tiempo libre del trabajador, no como tal, sino como un tiempo de descanso a disponibilidad del empresario, y de la sumisión del deber de trabajo y rendimiento no sólo a una comprobación objetiva durante el cumplimiento de la prestación, sino durante el período de descanso (...) no resulta en modo alguno acorde con la configuración actual del derecho a vacaciones anuales retribuidas en nuestro ordenamiento jurídico laboral ni, lo que es más importante aun, con la primacía de la persona y el respeto a la vida privada que la Constitución garantiza.»

En aquella resolución de la justicia constitucional se cuestionaban determinadas resoluciones judiciales que habían establecido la obligación del trabajador que percibe el salario durante ese período (vacaciones) de dedicarse a recuperar fuerzas, motivo por el que, al decir de tales resoluciones judiciales resultaba prohibido realizar trabajos durante ese período ya fuera «para sí o para otros», constituye una conducta contraria a tal criterio transgresora de la buena fe contractual pues, indicaban, «el trabajador, independientemente de si cobrara o no, durante dicho período, está defraudando a su empresa que precisa del descanso concedido para que el trabajador se encuentre en plenas condiciones, de ahí que sea retribuido el período vacacional, al que por otra parte le incumbe al trabajador como su derecho indispensable en bien propio y de aquélla».

Semejante consideración del derecho de los trabajadores a vacaciones anuales retribuidas, que tiene un notable arraigo doctrinal y judicial ¹¹, mereció el contundente rechazo del TC, según el cual

¹⁰ SSTJCE de 29 de mayo de 1997 y 10 de julio de 2003, ente otras. Según esta jurisprudencia «los derechos fundamentales forman parte de los principios generales del Derecho cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia y que, para ello, este último se inspira en las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, así como en las indicaciones proporcionadas por los instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos en los que los Estados miembros han cooperado o se han adherido».

¹¹ Afirma DURÁN, F., *op. cit.*, «Derecho a vacaciones en la empresa», *Expansión* de 2 de septiembre de 2003, pág. 55, indica que «el derecho a interrumpir la prestación de trabajo, manteniendo la retribución, se consagra (...), como un derecho

una concepción del derecho del trabajador a las vacaciones retribuidas como la mantenida en aquellas resoluciones judiciales que ante él se impugnaban, tiene a la postre, la siguiente consecuencia:

«Equivale a desconocer la dignidad del trabajador, entendida ésta como el derecho de todas las personas a un trato que no contradiga su condición de ser racional igual y libre, capaz de determinar su conducta en relación consigo mismo y su entorno, esto es, la capacidad de "autodeterminación consciente y responsable de la propia vida" (...) así como el libre desarrollo de su personalidad (art. 10.1 de la Constitución Española) (...) la regla del artículo 10.1 de la Constitución Española, proyectada sobre los derechos individuales, implica que la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre, constituyendo, en consecuencia, un *minimum* invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que las limitaciones que se impongan en el disfrute de derechos individuales no conlleven un menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona.»

Se afirmó por las partes demandadas en el procedimiento que finalizó con la STJCE de 16 de marzo de 2006, objeto del presente comentario conjuntamente con la de 6 de abril de 2006 del mismo Alto Tribunal, que «en cualquier caso, no puede obligarse al trabajador a disfrutar de las vacaciones. Además, el trabajador siempre puede decidir por sí mismo qué hacer durante las vacaciones que le corresponden. Así es libre para, por ejemplo, trabajar para otro empresario durante sus vacaciones. Ello no puede considerarse una elusión del artículo 7.º de la Directiva (antes de la 93/104 y, ahora, de la 2003/88)»¹².

Posición que refrenda la STC aludida según la cual la existencia de un contrato (de trabajo) «no significa que existe un deber genérico de lealtad con un significado omnicomprendivo de sujeción del trabajador al interés empresarial, pues no resultaría acorde con el sistema constitucional de relaciones laborales», pues, desde sus orígenes, la legislación sobre el contrato de trabajo viene siendo una legislación limitativa del poder empresarial que a causa de ella dejó de ser absoluto; y limitativa asimismo de la «lealtad absoluta del trabajador».

La evolución legislativa forzada, sin duda, por la reacción social frente al abuso del principio civil de la autonomía de la voluntad y por el advenimiento de una nueva realidad social y económica, la sociedad del conocimiento y la «era de las finanzas», están determinando un orden regulador de las relaciones intersubjetivas en la prestación del trabajo, alejado definitivamente de los códigos decimo-

al descanso. Y un derecho al descanso irrenunciable, por lo que se prohíbe la compensación económica del no disfrute de vacaciones (...). Esta normativa (con referencia al ET y a la normativa OIT referente a las vacaciones) pone en juego diversos intereses: el derecho al descanso del trabajador, de una parte; el interés empresarial de que el tiempo de vacaciones, retribuido por la empresa, se use efectivamente para las finalidades para las que se concede, por otra; y, por supuesto, la libertad del trabajador de utilizar su tiempo libre de forma que considere oportuna. La garantía del descanso se persigue limitando esta última libertad, mediante la prohibición de que se pueda trabajar durante las vacaciones y percibir doble remuneración. El interés empresarial se protege permitiendo que el empresario reaccione disciplinariamente contra el trabajador que utiliza su período de vacaciones no para descansar sino para trabajar en otra empresa».

¹² Asuntos acumulados C-131/04 y C-257/04.

nónicos, superador de los principios y valores propios de las legislaciones obreras, y ubicado en la participación tanto en la organización del trabajo como en los beneficios de la actividad de empresa¹³.

La STC 192/2003 intuyó ese nuevo horizonte jurídico e introdujo cambios conceptuales de primera magnitud en el Derecho del Trabajo, llamado a constituir el «Derecho de la actividad profesional»¹⁴, núcleo del nuevo orden jurídico referente a la prestación del trabajo por cuenta ajena, lo cual no significa que cuando aquella resolución judicial se refería a la regulación vigente sobre el contrato de trabajo no estuviese aludiendo implícitamente a una manifestación específica y singular del trabajo, esto es, a la prestación de trabajo que reúna unas determinadas condiciones [la STC 227/1998 (Pleno), de 26 de noviembre, se refiere a la «prestación de actividad configurada como relación contractual laboral» y a las «notas de laboralidad»].

Ciertamente las principales notas definitorias de la prestación del trabajo que están en la base de la relación laboral (trabajo humano, productivo, libre, por cuenta ajena, remunerado y dependiente¹⁵) fueron modeladas significativamente por la STC 192/2003, que hizo una encendida defensa de la libertad de trabajo. Aquella sentencia considerando un manifestación extremada del «poder» empresarial (despido disciplinario por haber prestado servicios para otro empresario durante las vacaciones anuales retribuidas) entendió que la ruptura arbitraria del contrato de trabajo no constituía sólo una resolución contractual sino que atentaba directamente contra el derecho al trabajo y la libertad de trabajo consagrada en los artículos 35.1 y 38 de la Constitución Española, de tal manera que el despido con fundamento en la transgresión de la buena fe contractual (art. 54.2 del ET), por trabajar para otro empresario durante las vacaciones anuales retribuidas, indica la resolución de la justicia constitucional, tiene trascendencia constitucional, porque violenta la libertad de trabajo, si ese concepto indeterminado de buena fe no se adecua a los valores y parámetros constitucionales.

Esto es, según aquella resolución de la justicia constitucional, la cláusula de general de buena fe que se aduzca como justificación del ejercicio del poder empresarial (despido disciplinario), ha de adecuarse a los valores constitucionales «por el hecho de que tanto exigencias constitucionales, como compromisos internacionales, hacen que rija entre nosotros el principio general de limitación legal del despido, así como su sujeción para su licitud a condiciones de fondo y de forma», añadiendo que si bien el poder empresarial aludido (facultad de despido), se enmarca dentro de los poderes que el ordenamiento concede al empresario para la gestión de su empresa y que, por ello, su regulación ha de tener en cuenta también las exigencias derivadas del reconocimiento constitucional de la libertad de empresa y de la defensa de la productividad, resulta claro que «no puede deducirse de (la) libertad de empresa ni una absoluta libertad contractual ni tampoco un principio de libertad *ad nutum* de despido, dada la necesaria concordancia que debe mantenerse entre los artículos 35.1 y 38 de la Constitución Española y, sobre todo, el principio de Estado Social y Democrático de Derecho (y que) no debe olvidarse (...) que, en su vertiente individual, el derecho al trabajo (art. 35.1 de la Constitución Española) se concreta en el derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, es decir, en el derecho a no ser despedido sin justa causa».

¹³ Sobre el tema ZULETA, J., «¿Democracia en la empresa?», *Expansión*, de 16 de diciembre de 2003, pág. 54.

¹⁴ Sobre el tema *vid.* SAGARDOY BENGOCHEA, J.A., «Hacia un nuevo Derecho del Trabajo: El Derecho de la Actividad Profesional», *RAJL*, Madrid 2004.

¹⁵ Presumiendo la existencia de las cuatro primeras notas, se refiere a las tres restantes la STS de 31 de marzo de 1999.

Indica la STC 192/2003 que el trabajador es libre de emplear su tiempo como le parezca oportuno y si se ha comprometido a prestar un trabajo, efectuado éste y agotado algo de su tiempo en esa dedicación, podrá aplicar el resto, en uso de su libertad, como quiera, destacando lo siguiente:

«Ni siquiera en otros estadios de evolución de nuestra normativa laboral que establecía una estrecha vinculación personal entre empresa y trabajador, alguno de los cuales se insertaba en un contexto jurídico-público totalitario, se vinculó la realización de trabajos durante las vacaciones con la ruptura del vínculo contractual.»

Efectivamente, como precisa la indicada resolución de la justicia constitucional, «tanto la Ley de Contrato de Trabajo de 1931, en su artículo 56¹⁶ (...) Como la Ley de Contrato de Trabajo de 1944, en su artículo 35¹⁷ (...), si bien prohibían la realización de trabajos durante dicho período, se limitaban a sancionar dicha inobservancia con la obligación de reintegrar la remuneración percibida por vacaciones. La sanción en estos casos no alcanzaba al despido del trabajador, salvo que concurriese otra causa que lo justificara (como pudiera serlo la competencia desleal)¹⁸, lo que demuestra que tal actuar no podía ser considerado como un incumplimiento contractual del trabajador, sino una figura autónoma conectada eventualmente con la retribución vacacional»¹⁹.

Concluyendo la meritada resolución del TC que concebir el tiempo libre del trabajador, «no como tal, sino como un tiempo de descanso a disponibilidad del empresario, y de la sumisión del deber de trabajo y rendimiento no sólo a una comprobación objetiva durante el cumplimiento de la

¹⁶ «Si el trabajador, durante sus vacaciones retribuidas, realizara para sí o para otro, trabajos que contraríe la finalidad del permiso, perderá todo derecho a la remuneración.»

¹⁷ «Si el trabajador durante sus vacaciones retribuidas, realizara para sí o para otro, trabajos que contraríen la finalidad del permiso, deberá reintegrar la remuneración percibida correspondiente a las vacaciones.»

¹⁸ Tema que ha permanecido incólume y se confirma en la STC 192/2003. Efectivamente, como recuerda la STSJ de Extremadura de 4 de noviembre de 2005, «la doctrina jurisprudencial del TS recuerda que el ordenamiento jurídico laboral prohíbe al trabajador concurrir con la actividad de la empresa a no ser que cuente con la expresa autorización de la misma, artículos 5.º d) y 21.1 del ET y en tal sentido se viene señalando que la concurrencia sancionable como desleal se produce cuando "el trabajador despliega una actividad productiva en empresa distinta que tiene el mismo objeto que la que produce la competencia" por dedicarse una y otra "a un mismo objeto y a un mismo ámbito" (STS de 22 de octubre de 1990) con la disputa de un mismo "potencial de clientes", de tal manera que la valoración como desleal de su conducta se produce cuando el trabajador utiliza el conocimiento profesional adquirido contra su principal para así potenciar la actividad "competitiva y por ello mismo una deslealtad en la concurrencia del mercado" (STS de 8 de marzo de 1991) lo que supone un incumplimiento contractual grave y culpable toda vez que la competencia desleal vulnera la buena fe exigible en cualquier relación laboral con independencia de la ventaja económica que pudiera o no haber obtenido el trabajador y del perjuicio causado a la empleadora, al afectar al elemento espiritual del contrato a sus consecuentes deberes éticos tal como declara la Sentencia del Alto Tribunal de 17 de abril de 1984».

¹⁹ Indica DURÁN, F., *op. cit.* pág. 55, que «históricamente, se preveía que en este caso el empresario pudiese "reclamar" lo abonado por las vacaciones, pero el ET, prohibidas ya las "multas de haber", no establece nada al respecto, por lo que se ha venido considerando que tal actuación del trabajador supone una infracción del deber de buena fe que, si reviste la suficiente gravedad, puede justificar el despido»; sobre sus efectos en el Derecho alemán señala DAUBER, W., *Derecho del Trabajo*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid 1994, pág. 606, que en contra de una anterior jurisprudencia, que obligaba al trabajador a devolver al empresario la que hubiere percibido como paga de vacaciones, cuando durante la mismas hubiere trabajado para otro empresario, el BAG «parte ahora del principio conforme al cual el trabajador no está obligado a devolver la remuneración de las vacaciones que haya percibido (BAG AiB 1989), pero en ocasiones con el riesgo de ser despedido».

prestación, sino durante el período de descanso», en absoluto puede considerarse «acorde con la configuración actual del derecho a vacaciones anuales retribuidas», ni en nuestra legislación ordinaria ni, lo que es más importante, «con la primacía de la persona y el respeto a la vida privada que la Constitución garantiza».

Aquella jurisprudencia constitucional contribuye a perfilar un nuevo modo de entender el trabajo por cuenta ajena y la «ajenidad» misma, desde la que ha de contemplarse cualquier análisis o consideración sobre el derecho de todo trabajador a unas vacaciones anuales retribuidas, dejando claro que el trabajador no enajena «su» tiempo por más que la realización de la tarea comprometida (contratada) consuma tiempo.

Los recientes conflictos en materia de «derechos de tercera generación» ponen de manifiesto que no siempre se comprende que el trabajador sigue siendo una persona moral en su integridad, radicalmente, sin ceder un ápice de su humanidad cuando presta trabajo y que semejante afirmación está plenamente respaldada por la Constitución Española, la Constitución (futura) Europea, la Declaración Universal de Derechos Humanos, y demás instrumentos internacionales ratificados por España.

Aquella sentencia de la justicia constitucional constituye un serio apunte de reflexión inicial en toda cuestión relativa al derecho del trabajador a las vacaciones anuales retribuidas, en cuanto que afirma lo siguiente:

- Que la dignidad personal del trabajador se vería severamente limitada de aceptarse un omnímodo control sobre la persona y la vida privada del trabajador por parte de la empresa para la que presta servicios.
- Que sostener que el empresario pueda tener un derecho o interés jurídico legítimo a que el trabajador dedique exclusivamente sus vacaciones al descanso en ordenar la recuperación de sus energías físicas y mentales «para que se encuentre en plenas condiciones» al reincorporarse al trabajo un vez concluido el período vacacional, esto es, que ha de dedicarse «exclusivamente a recuperar fuerzas» tanto «en bien propio» como de su empresa, con la grave consecuencia de que, no hacerlo así, incurrirá en un «incumplimiento grave y culpable» que podría dar lugar a que sea válidamente despedido «por transgresión de la buena fe contractual» (art. 54 del ET), supone una interpretación del principio de la buena fe que produce un «desequilibrio patente o irrazonable, a partir (...) de pautas axiológicas constitucionales indiscutibles»²⁰.
- Que cualquier otra interpretación resulta manifiestamente infundada en los sistemas jurídicos presididos por la libertad y el derecho al trabajo (art. 35.1 de la Constitución Española), que hace posible, entre otros fenómenos, la prestación simultánea de servicios profesionales para dos o más empresarios [v. *gr.*, arts. 20.1 de la LST, a contrario, y 110.2 y 120.3 d) de la LGSS], salvo casos de concurrencia desleal que afecten a intereses empresariales protegibles y sin perjuicios de pactos de plena dedicación que puedan celebrarse entre empresario y trabajador (art. 21 de la LET) o de otros supuestos legalmente previstos.

²⁰ Por lo que no puede considerarse como una respuesta fundada en Derecho que satisfaga el contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva garantizado por el artículo 24.1 de la Constitución Española.

Como concluye la STC 192/2003, la concepción del período anual de vacaciones como tiempo cuyo sentido único o principal es la reposición de energías para la reanudación de la prestación laboral supone reducir a la persona del trabajador a un mero factor de producción y negar, en la misma medida, su libertad, durante aquel período, para desplegar su propia personalidad del modo que estime más conveniente, no es de recibo. Una concepción de esas características, según la cual el tiempo libre se considera tiempo vinculado y la persona se devalúa a mera fuerza de trabajo, resulta incompatible con los principios constitucionales que enuncia el artículo 10.1 de la Constitución Española (dignidad de la persona y libre desarrollo de su personalidad) a cuya luz ha de interpretarse, inexcusablemente, cualquier norma de Derecho y, por supuesto, la cláusula legal de la buena fe.

2. La protección de la seguridad y salud de los trabajadores como justificación del reposo vacacional de los trabajadores y la cuestión de la «transferencia» de las vacaciones anuales mínimas.

Con esa perspectiva ha de abordarse el contenido del resto de las afirmaciones contenidas en la meritada STJCE de 6 de abril de 2006, y según la cual:

«La Directiva establece, además, la regla de que el trabajador debe normalmente poder disfrutar de un descanso efectivo, en aras de una protección eficaz de su seguridad y de su salud, ya que sólo en caso de que concluya la relación laboral, su artículo 7.º, apartado 2, permite que el derecho a las vacaciones anuales retribuidas sea sustituido por una compensación económica.»

Continúa la resolución de la justicia comunitaria de referencia indicando que «es cierto que el efecto positivo de estas vacaciones para la seguridad y salud del trabajador se despliega plenamente cuando se disfrutan en el año previsto, es decir, durante el año en curso. Sin embargo, este tiempo de reposo no pierde interés a este respecto si se disfruta en un período posterior».

La vinculación del derecho a las vacaciones anuales con la protección de la seguridad y salud en el trabajo está presuponiendo que se ha trabajado. «Resulta claro que el presupuesto del nacimiento del derecho a las mismas es el de la previa prestación de servicios»²¹, sin que a ello obste que junto a la efectiva prestación de servicios hayan de computarse, para determinar y cuantificar el derecho, como tiempo trabajado determinadas ausencias que son independientes de la voluntad del trabajador.

Al extremo es importante la posibilidad de descanso en la ocupación de tareas profesionales habituales (que no confunde con inactividad) a la vista de la protección de la seguridad y salud en el trabajo que:

«Importa menos el pago de los correspondientes períodos que la posibilidad efectiva de disfrutar de las vacaciones que correspondan²².»

²¹ CABEZA PEREIRO, J.; RABANAL CARBAJO, P.; MELLA MÉNDEZ, L. y FERNÁNDEZ PRIETO, M., *op. cit.*, pág. 143. También GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., «Sobre el derecho a vacaciones», *REDT* número 100, pág. 820.

²² Precisa la Abogada General Sra. Christine Stix-Hackl en la conclusión 55 de su escrito de conclusiones presentado el 27 de octubre de 2005 en el procedimiento asuntos acumulados C-131/04 y C-257/04.

Aquella referencia al disfrute de las vacaciones anuales retribuidas «en un período posterior», no puede entenderse si previamente no se repara en que en la sentencia implícitamente se admite, sin reparos, la «transferencia» de las vacaciones anuales retribuidas, punto en el que la resolución de la justicia comunitaria no parece irreprochable²³ no obstante la común admisibilidad del disfrute de los períodos vacaciones fuera del año natural correspondiente²⁴.

Efectivamente, no parece de recibo proclamar primero el carácter de «principio de Derecho social comunitario de especial importancia», del derecho a las vacaciones anuales retribuidas, como derecho y principio en el que su determinación periódica (periodicidad anual) constituye uno de sus elementos definidores, para acto seguido, admitir sin más la desaparición de ese elemento definidor, o lo que es lo mismo, su conculcación pura y simplemente, bien entendido que el disfrute de las vacaciones «no tiene por qué coincidir con el "cierre" de cada período de devengo, mientras que el disfrute de las vacaciones en cada año comprende o debe comprender, en principio, todas las vacaciones devengadas ese año. En realidad, lo que se producen son ajustes –normalmente, adelantos– en el disfrute sobre el devengo»²⁵.

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

²⁴ Como precisa la STSJ de Castilla y León de 27 de junio de 2005, «el Convenio 132 de la OIT (ratificado por España el 16 de junio de 1972) posibilita el disfrute de la vacación en períodos distintos al año natural en que el derecho se generó o devengó, puesto que el artículo 9.º 1 de ese Convenio establece que "la parte ininterrumpida de las vacaciones pagadas anuales... deberá concederse y disfrutarse a más tardar en el plazo de un año, a partir del final del año en que se haya originado el derecho a esas vacaciones, y el resto de las vacaciones anuales pagadas, a más tardar, dentro de los dieciocho meses, contados a partir de dicha fecha"».

²⁵ En términos de las SSTs de 15 de octubre de 2001 y 17 de septiembre de 2002, la expresión vacaciones anuales que utiliza el artículo 38.1 del ET significa que se tiene derecho a ellas por cada año de trabajo, pero también indica la obligación de disfrutar las vacaciones dentro de cada año natural, distinguiéndose entre el devengo o la formación del derecho a vacaciones que va produciéndose con el transcurso de cada año de servicio, y el disfrute de esas vacaciones, que ha de realizarse dentro del año natural correspondiente. Este criterio está implícito en la regla de proporcionalidad del artículo 4.º del Convenio 132 de la OIT, a tenor del cual «toda persona cuyo período de servicios en cualquier año sea inferior al requerido para tener derecho al total de vacaciones prescrito en el artículo anterior tendrá derecho respecto de ese año a vacaciones pagadas proporcionales a la duración de sus servicios en dicho año». El problema consiste en que la fecha del disfrute efectivo de las vacaciones, que ha de fijarse por acuerdo entre empresario y trabajador conforme a la planificación anual de las vacaciones, según el artículo 38.2 del ET, no tiene por qué coincidir con el «cierre» de cada período devengo, mientras que el disfrute de las vacaciones en cada año comprende o debe comprender, en principio, todas las vacaciones devengadas ese año. En realidad, lo que se producen son ajustes –normalmente, adelantos– en el disfrute sobre el devengo. Si no fuera así, el disfrute de las vacaciones tendría que coincidir con cada período de cierre del devengo, lo que obviamente no se ajusta a la regla del artículo 38.2 del ET, sobre la fijación de los períodos de vacaciones y es claro que la fijación del período de disfrute no puede perjudicar el derecho de quien a lo largo del año cumple el tiempo de devengo. El artículo 11 del Convenio 132 de la OIT no lleva a conclusión contraria, pues lo que establece es el derecho a la percepción de la parte proporcional de lo ya devengado, por «la duración del servicio por el que no haya recibido aun vacaciones», pero esta duración no coincide, por lo ya dicho, con el período posterior al último disfrute de las vacaciones.

Tal posibilidad, admitida por una determinada legislación nacional en trámite de adaptación, en su momento, de su normativa interna al contenido de la Directiva ²⁶, se encuentra en el momento presente en seria contradicción con la afirmación de las vacaciones «anuales» retribuidas como un «principio de Derecho social comunitario de especial importancia», que choca frontalmente con la posibilidad de su «transferencia» al año(s) siguiente(s).

3. La cuestión de la «compensación financiera» de las vacaciones mínimas transferidas a un año posterior.

De «aquellos barroos estos lodos», porque admitida la «transferencia» de inmediato surge la cuestión de si una vez «transferidas» las vacaciones éstas, en puridad, en cuanto exceden de las mínimas correspondientes a ese año, pueden considerarse vacaciones «adicionales» y, consecuentemente, renunciables y compensables.

Tras admitir la posible «transferencia» de los períodos de vacaciones de un año a otro, la Abogada General ²⁷ pretende reconducir la problemática indicada con una afirmación mediante la cual, desdiciéndose en buena medida de la «transferencia» vacacional antes admitida tacha de intolerable su compensación financiera, pretendiendo colocarse en una especie de solución intermedia, dudosamente coherente.

Efectivamente, según aquella Abogada General la afirmación de que las vacaciones anuales mínimas no tienen por qué ser objeto de disfrute efectivo pudiendo renunciarse a ellas a cambio de una futura compensación financiera, no es de recibo, pues «precisamente ésta es la situación que pretende evitar el artículo 7.º apartado 2, de la Directiva de ordenación del tiempo de trabajo». Añadiendo lo siguiente:

- a) Que «la posibilidad de compensar financieramente las vacaciones anuales transferidas podría producir el efecto, contrario a los objetivos de la Directiva, de que el trabajador renunciara voluntariamente al tiempo de reposo o se viera incitado a ello».
- b) Que «si, por el contrario, las vacaciones mínimas anuales transferidas no pueden ser objeto de compensación financiera, se incentiva, al menos en las relaciones laborales duraderas, la observancia de los objetivos del artículo 7.º de la Directiva de ordenación del tiempo de trabajo».

Afirmando que «por lo general, cuando no existe la posibilidad de obtener una compensación financiera, redundan en interés tanto del trabajador como del empresario que la transferencia de vaca-

²⁶ El origen de semejante inconsecuencia puede encontrarse en que según afirma la Abogada General de la tramitación parlamentaria de la normativa nacional pertinente (holandesa) «se despende que los trabajadores también pueden transferir una parte de sus vacaciones mínimas legales al año siguiente y renunciar a su disfrute a cambio de una compensación», habiéndose rechazado durante aquella tramitación parlamentaria una enmienda dirigida a impedir semejante posibilidad.

²⁷ Según la Abogada General Sra. Juliane Kkott, indica en su escrito de conclusiones presentado en el indicado procedimiento el 12 de enero de 2006, conclusiones 39 y 30.

ciones mínimas anuales sólo pueda llevarse a cabo de modo limitado, de tal forma que se disfruten, conforme a su función, durante el año correspondiente o poco después. Una acumulación excesiva de días de vacaciones puede en la práctica ser problemática. En particular, suele resultar difícil la sustitución de un trabajador que disfruta de unas largas vacaciones fuera del período habitual. Aunque en principio este problema no afecta más que al empresario, el trabajador debe tener en cuenta que sus efectos pueden serle perjudiciales».

Concluyendo la ilustre miembro del Alto Tribunal comunitario que contradiría la Directiva «el que un trabajador que no haya disfrutado en todo o en parte de las vacaciones mínimas anuales durante el año que correspondan reciba por tal concepto una compensación financiera en un año posterior». Indicación que, a la postre, deja intacta prácticamente toda la problemática relativa a la transferencia de las vacaciones anuales. El Alto Tribunal comunitario, no obstante el carácter no irreprochable del discurso de la Abogada General, lo hace suyo, en los siguientes términos:

A) En primer lugar implícitamente admitiendo la «transferencia» de las vacaciones al (los) año(s) posterior(es), en cuanto alude a «las vacaciones, en el sentido de la Directiva, que se disfrutan en años posteriores». Afirmación que no es de fácil entendimiento porque:

- a) La Directiva en absoluto efectúa alusión alguna a la «transferencia» de las vacaciones anuales al(los) año(s) posterior(es).
- b) En la misma sentencia, el Alto Tribunal afirma que el disfrute de las vacaciones anuales retribuidas constituye un «principio de Derecho social comunitario, respecto del cual no pueden establecerse excepciones, y cuya aplicación por las autoridades nacionales competentes únicamente puede efectuarse respetando los límites establecidos expresamente por la propia Directiva», y según aquella norma comunitaria:
 - 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.
 - El período mínimo de vacaciones anuales retribuidas no podrá ser sustituido por una compensación financiera, excepto en caso de conclusión de la relación laboral.

B) En segundo lugar, moderando aquel razonamiento de la Abogada General, acepta la «transferencia» de las vacaciones anuales retribuidas al(los) año(s) siguiente(s), exigiendo el disfrute efectivo del período vacacional mínimo establecido en la Directiva sin que pueda sustituirse por compensación en metálico. Extremo que, no obstante, no queda meridianamente claro. El Tribunal de Justicia comunitario afirma:

- Que el «efecto positivo de estas vacaciones para la seguridad y salud del trabajador se despliega plenamente cuando se disfrutan en el año en curso».

- Que los efectos beneficiosos de ese «tiempo de reposo no pierde interés a este respecto si se disfruta en un período posterior».
- Rechaza la posibilidad de su compensación económica de las vacaciones anuales mínimas aun cuando hayan sido «transferidas».

En la sentencia objeto de comentario se precisa que «la posibilidad de compensar económicamente las vacaciones mínimas anuales transferidas podría producir el efecto contrario a los objetivos perseguidos por la Directiva, de que el trabajador se planteara renunciar al tiempo de reposo o se viera incitado a ello», por tal motivo afirma contundente el Alto Tribunal lo siguiente:

«El artículo 7.º, apartado 2, de la Directiva, se opone a que las vacaciones mínimas anuales retribuidas puedan sustituirse por una indemnización económica en caso de transferencia a un año posterior.»

Añadiendo que aquel artículo 7.º²⁸ de la Directiva «no figura entre las disposiciones respecto de las cuales ésta permite expresamente establecer excepciones»²⁹, por lo que «no tiene relevancia el que la compensación económica de las vacaciones anuales retribuidas se base o no en un pacto contractual».

Semejante argumentación dista de ser convincente, incidiendo en un voluntarismo manifiesto pues, partiendo de la «transferibilidad» de las vacaciones anuales retribuidas al año siguiente o a otro año posterior y de la necesidad de respetar únicamente el período mínimo anual de vacaciones establecido en la Directiva, también es argumento consistente el que concluya en sentido contrario, esto es, que respetando ese período mínimo de vacaciones que corresponda disfrutar en el año en curso, se cumple con lo ordenado en la Directiva, que en absoluto contempla la acumulación de los períodos mínimos vacacionales, en cuyo caso la prohibición de compensación económica a lo que exceda (parte acumulada de años anteriores) de ese período mínimo anual no se sostiene y no se puede deducir del contenido de la Directiva. La imposición de una acumulación de mínimos vacacionales en el año en que se decida su disfrute en absoluto se colige del contenido de la Directiva.

²⁸ «1. 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.

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.»

²⁹ Únicamente en el artículo 22.2 de la Directiva 2003/88 se establece lo siguiente:

«Por lo que respecta a la aplicación del artículo 7.º, los Estados miembros podrán hacer uso de un período transitorio de tres años como máximo, a contar desde el 23 de noviembre de 1996, siempre que durante dicho período transitorio:

- a) Los trabajadores disfruten de un período anual de tres semanas de vacaciones retribuidas, de conformidad con las condiciones de obtención y concesión establecidas en las legislaciones y/o las prácticas nacionales.
- b) Dicho período de tres semanas de vacaciones anuales retribuidas no pueda ser sustituido por una compensación financiera, salvo en caso de que concluya la relación laboral.»

Por ello la siguiente conclusión a la que llega el Alto Tribunal comunitario de que aquella norma comunitaria «se opone a que una disposición nacional permita, durante la vigencia del contrato de trabajo, que los días de vacaciones anuales (mínimas) no disfrutados en un año determinado se sustituyan por una indemnización económica en un año posterior», es más que cuestionable, si en ese año posterior se disfruta efectivamente de las vacaciones anuales mínimas establecidas en la Directiva.

III. LA RETRIBUCIÓN DE LAS VACACIONES ANUALES

La Sentencia del Tribunal de Justicia comunitario de 16 de marzo de 2006 aborda la cuestión de la retribución de las vacaciones anuales, desde la perspectiva de la legalidad comunitaria³⁰. Aquella sentencia se refiere, por mor de los hechos de los litigios principales, a la derogada Directiva 93/194, no obstante lo cual en absoluto pierde interés pues sus consideraciones son de indudable aplicación a la actual regulación comunitaria constituida por la Directiva 2003/88.

³⁰ Nuestro ordenamiento nacional o interno no puede ser indiferente a la doctrina del Tribunal de Justicia comunitario, por más que tenga establecido una reiterada jurisprudencia menor que como el artículo 38 del ET no facilita los conceptos incluidos y excluidos de su cómputo económico, sea necesario acudir al artículo 7.º del Convenio 132, según el cual dispone que «toda persona que tome vacaciones de conformidad con las disposiciones del presente Convenio percibirá, por el período entero de esas vacaciones, por lo menos, su remuneración normal o media (incluido el equivalente en efectivo de cualquier parte de esa remuneración que se pague en especie, salvo si se trata de prestaciones permanentes de que disfrute el interesado independientemente de las vacaciones pagadas), calculada en la forma que determine en cada país la autoridad competente o el Organismo apropiado». Como precisa la STSJ de Navarra de 30 de septiembre de 2004, «a la vista del contenido de este precepto puede afirmarse que la retribución vacacional se encuentra presidida por el principio de equivalencia o, lo que es lo mismo, de omnivalencia entre el período de actividad y el vacacional: lo que se busca es la máxima similitud con las percepciones normales que recibe el trabajador en activo. En aplicación de dicho principio habría que inferir el abono de todas las cantidades que hubiera percibido el trabajador desarrollando su jornada habitual, como si efectivamente hubiere prestado el servicio, porque en el período de disfrute de las mismas las atenciones del sustento y de la satisfacción de las necesidades del trabajador y de su familia no son inferiores a las de cualquier otro período (STCT de 3 de julio de 1981). Intuitivamente se comprende, pues, que el nivel retributivo de las vacaciones ha de ser semejante al habitual, a fin de poder permitir realmente el disfrute de una vacación con un nivel de vida similar al que se tiene durante el período de actividad. Tal como lo tiene declarado la doctrina judicial al decir que "el trabajador deberá percibir lo que correspondería por actividad normal en un mes de trabajo" (STSJ de Cataluña de 29 de marzo de 1994); "la totalidad de los conceptos salariales que se abonan en época de actividad" (STSJ de Galicia de 17 de marzo de 1994); "sin merma alguna de sus emolumentos" (STSJ de Canarias, sede en Las Palmas de 5 de mayo de 2000); "sin que el disfrute del descanso deba ocasionar pérdida alguna de sus retribuciones" (STSJ de Navarra de 25 de abril de 2001). Ahora bien, no se desconoce que existe en esta cuestión una doctrina jurisprudencial y judicial que reputa válidas las cláusulas de los convenios colectivos que establecen una retribución vacacional, omitiendo alguno de los elementos integrantes del salario en jornada ordinaria, como puede ser el denominado plus de nocturnidad (...). (SSTS de 22 de septiembre de 1995, 29 de octubre y 9 de noviembre de 1996 y 7 de septiembre de 1999). Sin embargo, también se ha sostenido el carácter autosuficiente de aquella norma internacional, en el sentido de que el Convenio 132 de la OIT es suficiente para colmar la laguna en materia de retribución de las vacaciones, en aquellos casos en los que el convenio colectivo guarda silencio sobre la materia. "Acreditada la percepción del plus controvertido, por parte de los trabajadores mes a mes en sus nóminas, no puede constituir óbice para su devengo en las nóminas correspondientes a los respectivos períodos vacacionales, el hecho de que en la norma convencional no se contemple el referido plus" (SSTS de 21 y 29 de diciembre de 1992; STSJ de Cataluña de 13 de abril de 2000 y Galicia de 3 de mayo de 2002). Consiguientemente (...), el artículo 7.º del Convenio 132 de la OIT contiene el principio de equivalencia retributiva, que debe ser de obligado cumplimiento y no puede ser objeto de interpretación restrictiva, de manera que la regla general sobre los conceptos retributivos computables durante el período de vacaciones debe ser la normal o media; que el convenio colectivo tiene como función típica en esta materia de retribución de vacaciones la precisión o especificación de los factores de cálculo, complementando la regla general de la remuneración normal o media; y dicha norma convencional no puede apartarse de esa regla general de remuneración siempre y cuando se respeten en cómputo anual los mínimos indisponibles de derecho necesario».

1. La cuestión del «descanso efectivo» y su retribución.

Ciertamente la Directiva «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», según el Tribunal de Justicia, deduciéndolo tanto del contenido de la propia norma comunitaria como de su base jurídica (art. 138 de la Constitución Española que tiene como objetivo lograr una protección reforzada de la seguridad y salud de los trabajadores).

Precisamente «para que se alcance realmente una protección reforzada de la seguridad y de la salud de los trabajadores, es necesario que se concedan efectivamente al trabajador los períodos de descanso previstos, es decir, también el período de vacaciones. Por esta razón, el artículo 7.º, apartado 2, de la Directiva prohíbe sustituir el período mínimo de vacaciones anuales por una compensación financiera, excepto en caso de conclusión de la relación laboral»³¹, circunstancia que, además influye en su cómputo³².

³¹ Indica la Abogada General, Sra. Christine Stix-Hackl, en la conclusión 53 de su escrito presentado el 27 de octubre de 2005.

³² Existe «doctrina unificada contenida en la STS de fecha 17 de septiembre de 2002, así como en la de 25 de febrero de 2003, que establecen que el inicio del cómputo de vacaciones o su compensación económica por haberse extinguido el contrato, debe hacerse dentro del marco del año natural en que se produjo el cese o baja en la empresa y no tomando como parámetro la fecha del disfrute anterior» (STSJ de la Comunidad Valenciana de 8 de noviembre de 2004). Según la STSJ de Cataluña de 23 de febrero de 2005, «el disfrute de vacaciones que como necesario descanso a los trabajadores se otorga y reconoce como derecho irrenunciable, viene referido al año natural –"vacaciones anuales" reza el invocado art. 38 del ET–, esto es el lapso de tiempo comprendido desde el 1 de enero al 31 de diciembre siguiente de forma tal que si durante tal período no se disfrutan, el derecho se pierde, y sin que, excepción hecha de extinción de la relación laboral sin haber llevado a cabo tal disfrute, dicho derecho sea susceptible de sustitución por indemnización que al igual que el que la misma sustituye ha de venir referido al año natural. Y en esta línea, si acreditada e indiscutidamente (...). En tal sentido se pronuncia en caso análogo la Sentencia de esta Sala de 15 de octubre de 2001 (...), que fue confirmada por el TS en Sentencia de 17 de septiembre de 2002 recaída en recurso de casación para unificación de doctrina. Por lo que, si a causa de extinción de la relación laboral por cese voluntario en la empresa, tal disfrute deviene imposible y es susceptible de transformarse en indemnización, no puede legítimamente admitirse ni jurídicamente aceptarse que tal mutación implique la transformación de aquellos (...) días trabajados en (...) días aduciendo su cómputo a partir del momento del disfrute del último período vacacional».

En otro sentido la STSJ de la Región de Murcia de 9 de diciembre de 2004, indica que «el artículo 38.1 del ET, cuyo primer inciso acuerda que "el período de vacaciones anuales retribuidas, no sustituibles por compensación económica, será el pactado en convenio colectivo o contrato individual". Por lo tanto, en principio, no cabe compensar los días de vacaciones no disfrutadas por su equivalente en días de salario. Por excepción, podrá hacerse esta compensación cuando haya sido imposible el disfrute de las vacaciones que correspondían al trabajador. Así lo admite la STS, Sala Cuarta, de fecha 30 de abril de 1996, recaída en recurso de casación para unificación de la doctrina, según la cual la finalidad que es propia del derecho de vacaciones, que no es otra sino procurar al trabajador el reposo necesario para que pueda recuperarse del desgaste fisiológico producido por su actividad laboral, así como un tiempo de esparcimiento, "lleva consigo que su disfrute específico no pueda sustituirse por compensación económica, salvo en supuestos en que el contrato de trabajo se hubiera extinguido con anterioridad a la fecha fijada para el período vacacional, generándose en tal caso derecho a la correspondiente compensación, proporcional al tiempo de prestación de servicios en el año de referencia"; pero esa compensación siempre se refiere a las "vacaciones anuales", es decir, las que debieran disfrutarse en el año natural, no pudiendo, por tratarse precisamente de vacaciones anuales, reclamarse una compensación económica, una vez transcurrido enteramente dicho año natural. En la misma línea de interpretación cabe hacer mención a la STS, Sala Cuarta, dictada asimismo en casación para la unificación de doctrina, de fecha 17 de septiembre de 2002 –citada por la empresa en su escrito de recurso–, según la cual "la expresión vacaciones anuales que utiliza el artículo 38.1 del ET significa que se tiene derecho a ellas por cada año de trabajo, pero también indica la obligación de disfrutar las vacaciones dentro de cada año natural, distinguiéndose entre el devengo o la

No parece dudoso, que «del tenor del artículo 7.º, apartado 1, de la Directiva resulta que el trabajador tiene derecho a un "descanso efectivo" ³³, durante el cual se mantiene su retribución» ³⁴. Según el Alto Tribunal:

- a) «La retribución de las vacaciones está dirigida a permitir que el trabajador disfrute efectivamente de las vacaciones a las que tiene derecho ³⁵».
- b) «Mientras duren las vacaciones anuales en el sentido de la Directiva, debe mantenerse la retribución.»
- c) «El trabajador tiene deber de percibir la retribución ordinaria ³⁶ por dicho período de descanso.»

formación del derecho a vacaciones que va produciéndose con el transcurso de cada año de servicio, y el disfrute de esas vacaciones, que ha de realizarse dentro del año natural correspondiente". Al ser, por tanto, las vacaciones anuales y no compensables económicamente –art. 38.1 del ET–, va caducando irremisiblemente cada año el derecho a las que no se hayan disfrutado, y así lo viene declarando repetidamente la Sala Cuarta del TS, además de en la sentencia antes citada de 17 de septiembre de 2002, en las de 5 de mayo de 1969, 20 de abril de 1971 y 30 de noviembre de 1995, entre otras. Caducidad de las vacaciones anuales que tiene un doble efecto, en tanto en cuanto una vez traspuesto el año natural, decae el derecho a reclamar el disfrute efectivo de las vacaciones correspondientes al año ya transcurrido, así como el derecho a exigir la remuneración correspondiente a las vacaciones no disfrutadas. No existiendo impedimento para el disfrute de las vacaciones, éstas deben materializarse en el curso del año en que se devenguen, y de no ser así, se pierde el derecho a su disfrute. Por el contrario, si el citado impedimento existe, el trabajador tendrá derecho a su compensación en metálico y, convertida la deuda de descanso en deuda económica a cargo de la empresa, su reclamación, como todas las de cantidad de dinero derivadas del contrato de trabajo, contará con el plazo de prescripción de un año que señala el artículo 59.1 del ET».

³³ Lo cual no puede confundir con que tenga «obligación» de descansar. La referencia a que las obligaciones son obligatorias, alude fundamentalmente a que «no son compensables en metálico», por todos AA.VV. (QUESADA, R., Dir.), *Manual de Derecho del Trabajo*, Editorial Ramón Areces, Madrid 1998, pág. 299.

³⁴ Precisa la Abogada General, Sra. Christine Stix-Hackl, en la conclusión 48 de su escrito presentado el 27 de octubre de 2005.

³⁵ Como ha expresado el TS, en sentencia de 17 de diciembre de 1996, lo ordinario es, según el Diccionario de la Lengua, lo común y regular, lo que sucede habitualmente, por oposición a lo extraordinario, que es lo que está fuera del orden o regla natural de las cosas. En esta línea se ha pronunciado la doctrina de esa Sala, que sobre la determinación de la remuneración de las vacaciones, ha precisado que:

1.º Como norma general ha de aceptarse que las vacaciones retribuidas, que tutela el artículo 40.2 de la Constitución Española, han de comprender todos los conceptos salariales en su promedio a fin de cumplir el objeto perseguido por la institución de proporcionar descanso pleno al trabajador, objeto que podría verse afectado si mediara una discriminación en los ingresos económicos.

2.º Sólo constituyen excepción a esta regla general aquellos conceptos salariales de carácter excepcional establecidos para compensar actividades también extraordinarias, cual es el exceso de jornada, que únicamente se retribuye cuando realmente se trabaja excepcionalmente, pues para que un concepto resulte excluido de la retribución de vacaciones no basta que este concepto sea debido a una circunstancia no habitual en el trabajo realizado, sino que es preciso que el trabajo mismo que se remunera sea también extraordinario.

3.º Todo ello sin perjuicio de lo que el convenio colectivo aplicable pueda establecer de conformidad con lo previsto en el propio artículo 7.º del Convenio 132 de la OIT (SS de 20 de enero de 1992, 1 de febrero de 1993 y 22 de septiembre de 1995). El artículo 7.º del Convenio de la OIT número 132 (BOE de 5 de julio de 1974), establece que durante las vacaciones percibirá el trabajador «por lo menos su remuneración normal o media... calculada en la forma que determine en cada país la autoridad competente o el organismo apropiado»; y el artículo 1.º del mismo Convenio dispone que la legislación dará efecto a las disposiciones del Convenio número 132 en la medida en que esto se haga por medio de Convenios Colectivos (STSJ de Cantabria de 16 de noviembre de 2004).

³⁶ «Dicha norma internacional (art. 7.º del Convenio 132 de la OIT, ratificado por España el 16 de febrero de 1972) ha dado a lugar a jurisprudencia consolidada, que se refleja en la STS de 19 de abril de 2000, según la cual "el tema de la retribución de las vacaciones ha sido tratado y resuelto por la Sala en repetidas ocasiones, para colmar el vacío de los artículos 40.2 de

Por ello, según el Tribunal de Justicia comunitario, «en este contexto, procede considerar que un acuerdo en virtud del cual el importe abonado al trabajador en concepto de retribución por el trabajo efectuado, por una parte, y de retribución parcial de las vacaciones anuales mínimas, por otra, es el mismo que el importe abonado antes de la entrada en vigor de dicho acuerdo que se imputaba exclusivamente a la retribución por el trabajo efectuado implica vaciar de contenido, por medio de una reducción del importe de dicha retribución, el derecho del trabajador a vacaciones anuales retribuidas», concluyendo el Alto Tribunal lo siguiente:

«El artículo 7.º, apartado 1, de la Directiva se opone a que una parte del salario abonado al trabajador por el trabajo efectuado se impute a la retribución de las vacaciones sin que el trabajador perciba, por este concepto, un importe adicional al que se abona por el trabajo efectuado. No cabe establecer excepciones a este derecho en el contrato.»

Debiendo considerarse que «la concesión efectiva del derecho a unas vacaciones supone también que se coloque al trabajador en condiciones de disfrutar realmente de las vacaciones que le corresponden y no disuadirle de ello mediante presiones fácticas. A este objetivo sirve la continuación del pago del salario durante el período de vacaciones, es decir, la garantía de un período mínimo de vacaciones retribuidas»³⁷.

2. El momento en que ha de abonarse la retribución de las vacaciones anuales.

Establece la STJCE de 16 de marzo de 2006 que «el momento en que ha de abonarse la retribución de las vacaciones anuales debe fijarse de modo que, durante dichas vacaciones, el trabajador se encuentre en una situación que, desde el punto de vista del salario, sea comparable a los períodos de trabajo».

la Constitución y 38.1 del ET, que se limitan a reconocer a los trabajadores un descanso anual retribuido, pero no facilitan reglas para determinar los conceptos incluidos y excluidos del cómputo económico, al menos no lo hace el ET, que es la norma llamada a tal cumplir ese cometido". A lo que añade la STS, de 7 de julio de 1999, que "por su parte el artículo 7.º del Convenio 132 de la OIT dispone que en el disfrute de las vacaciones se percibirá por lo 'menos la remuneración normal o media', pero esta disposición de acuerdo con lo prevenido en el propio artículo 1.º del citado Convenio 132 que dispone 'la legislación nacional dará efecto a las disposiciones del presente Convenio en la medida en que esto no se haga por medio de contratos colectivos, laudos arbitrales, decisiones judiciales, procedimientos legales para la fijación de salarios o de otra manera compatible con la práctica nacional que sea apropiada a las condiciones del país', sólo tiene aplicación en defecto de lo acordado en Convenio Colectivo, como lo viene declarando esta Sala de modo reiterado en las Sentencias que cita el recurso a saber 13 de abril, 8 de junio y 19 de octubre de 1994 y 21 de octubre y 9 de noviembre de 1996, en consecuencia regulada la retribución de las vacaciones en el artículo 60 del Convenio Colectivo de 1963 aplicable y vigente al tiempo de resolverse el Conflicto Colectivo, a él ha de estarse". Por tanto, si el citado artículo 7.º del Convenio 132 de la OIT actúa de forma supletoria respecto a la norma llamada a fijar la regulación de la paga de vacaciones y, en tal caso, su mandato implica que la retribución que se debe abonar en la paga de vacaciones es "la remuneración normal o media" del salario, no cabe sino concluir que dicho precepto no se infringe en este caso, ya que hay norma interna en el ordenamiento español que fija de modo expreso el contenido de la paga de vacaciones del personal sanitario, paga cuyo importe supera la media de la retribución ordinaria mensual» (STSJ del País Vasco de 23 de noviembre de 2004).

³⁷ Según indica la Abogada General, Sra. Christine Stix-Hackl, en la conclusión 54 de su escrito presentado el 27 de octubre de 2005.

Se afirmó en el procedimiento por el Gobierno del Reino Unido, que «ni el tenor ni la finalidad del artículo 7.º, apartado 1, exigen un pago en un momento determinado. Antes bien, el tenor del artículo 7.º de la Directiva –al igual que sus considerandos– pone de manifiesto, al remitir a las legislaciones y prácticas nacionales, que puede ser necesario un cierto grado de flexibilidad de la adaptación», lo cual sólo puede ser compartido «siempre que se observe el requisito de que las legislaciones y prácticas nacionales no conviertan en ilusorio el derecho a unas vacaciones anuales retribuidas»³⁸.

3. La «paga de vacaciones integrada» (cláusula *rolled up holiday pay*) versus la necesidad de una retribución abonada con carácter adicional al salario.

Aquella estipulación contractual, que no puede ser establecida unilateralmente por el empresario, requiriendo del concurso de la voluntad del trabajador, da lugar a que el trabajador perciba anticipadamente la paga de vacaciones, cuando éstas se disfrutan en una fase posterior en el discurrir de la relación laboral.

Constituye la modalidad más plausible cuando se trata de contratos temporales, pues tales contratos suelen finalizar antes de que el trabajador pueda disfrutar de las vacaciones anuales correspondientes, al extremo de que cuando se trata de trabajadores con temporalidad reducida u ocasional, las dificultades de abonar la paga correspondiente a las vacaciones anuales cuando éstas se disfrutasen podría acarrear dificultades administrativas insuperables³⁹.

Sin embargo su utilidad es más dudosa cuando de relaciones laborales indefinidas se trata, pues el trabajador ha de velar para que el pago prorrateado de las vacaciones no le impida disfrutar de las mismas. Ciertamente⁴⁰ la expresión «vacaciones anuales retribuidas» llama a que la paga correspondiente se abone al trabajador durante o inmediatamente antes o después del período de disfrute de las vacaciones y, sin embargo, en un sistema de paga de vacaciones integrada el trabajador no es retribuido durante sus vacaciones, pudiendo ser inducido a no tomarlas, dado que se está pidiendo a los trabajadores que tomen vacaciones durante un período en que no perciben retribución alguna, en tanto que si continúan trabajando continuarán percibiendo el salario correspondiente al trabajo que realicen.

³⁸ Precisa la Abogada General, Sra. Christine Stix-Hackl, en la conclusión 64 de su escrito presentado el 27 de octubre de 2005.

³⁹ Como se establece, en el artículo 4.º (trabajadores eventuales y temporeros y empleados de hogar) del Real Decreto 1613/2005, de 30 de diciembre, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2006, «1. Los trabajadores eventuales y temporeros cuyos servicios a una misma empresa no excedan de ciento veinte días percibirán, conjuntamente con el salario mínimo a que se refiere el artículo 1.º, la parte proporcional de la retribución de los domingos y festivos, así como de las dos gratificaciones extraordinarias a que, como mínimo, tiene derecho todo trabajador, correspondientes al salario de 30 días en cada una de ellas, sin que en ningún caso la cuantía del salario profesional pueda resultar inferior a 25,61 euros por jornada legal en la actividad. En lo que respecta a la retribución de las vacaciones de los trabajadores a que se refiere este artículo, dichos trabajadores percibirán, conjuntamente con el salario mínimo interprofesional fijado en el artículo 1.º, la parte proporcional de éste correspondiente a las vacaciones legales mínimas en los supuestos en que no existiera coincidencia entre el período de disfrute de las vacaciones y el tiempo de vigencia del contrato. En los demás casos, la retribución del período de vacaciones se efectuará de acuerdo con el artículo 38 del ET y demás normas de aplicación».

⁴⁰ Como indicó el Gobierno de Irlanda.

Razón por la que se afirma que la continuación del pago del salario durante las vacaciones «no constituye un fin en sí mismo, sino un medio para garantizar que pueda disfrutarse efectivamente del período mínimo de vacaciones sin limitaciones económicas (y) una estipulación sobre la paga de vacaciones es compatible con la directiva si garantiza que el trabajador disfruta efectivamente de un período mínimo de vacaciones de cuatro semanas y es retribuido respecto a tal período como si trabajase efectivamente»⁴¹.

Se afirma por la Comisión de las Comunidades Europeas (CCE) que, si bien la normativa comunitaria no establece cómo ha de alcanzarse aquel objetivo, «incumbe a los Estados miembros organizar la paga de vacaciones. Ahora bien, ello no puede dar lugar a que se socave el propio derecho básico a una vacaciones anuales (y) en el caso de la paga de vacaciones integrada en la retribución horaria, el pago se efectúa con independencia de si el trabajador se toma o no las vacaciones que correspondan (y si no) existe ninguna medida que garantice que el trabajador disfrute efectivamente de sus cuatro semanas de vacaciones, acaba por eludirse la exigencia fundamental de garantizar cuando menos cuatro semanas de vacaciones anuales, contra el tenor de la Directiva y su objetivo. La paga de vacaciones integrada puede disuadir a los trabajadores en particular de tomar sus vacaciones. Además, tal sistema puede conducir a abusos por parte de los empresarios que no deseen que sus trabajadores se tomen efectivamente vacaciones», concluyendo que «el sistema de la *rolled up holiday pay* es incompatible con el artículo 7.º de la Directiva».

Según la Abogada General «en un sistema de paga de vacaciones integrada, los trabajadores son en principio libres para tomar sus vacaciones. Ahora bien, resulta dudoso si la retribución del período mínimo de vacaciones, que se extiende durante todo el período de empleo, supone una coacción fáctica que da lugar a que los trabajadores no ejerzan su derecho a vacaciones. De este modo no se satisfaría el objetivo de la directiva de proteger eficazmente la seguridad y salud de los trabajadores».

Eso es, «en aras de una interpretación orientada hacia los fines de la Directiva, difícilmente sería posible autorizar estipulaciones que puedan inducir a trabajar constantemente renunciando al período mínimo de vacaciones». Éste sería un efecto contrario a los fines de la Directiva de las estipulaciones relativas a la paga de vacaciones integrada.

Indica aquella ilustre miembro del Alto Tribunal comunitario, que respecto de la paga de vacaciones integrada o sistema de *rolled up holiday pay* pueden efectuarse argumentaciones, tomando en consideración el contenido de la normativa comunitaria (Directiva 2003/88), tanto en contra de su admisibilidad como favorables a la misma.

A) En contra de su admisibilidad. Como argumentación en contra de su admisibilidad, puede destacarse que la afirmación según la cual los trabajadores están básicamente en condiciones de gestionar sus finanzas de forma tal que pueden disponer de la parte de su salario abonada en concepto de paga de vacaciones en el momento de disfrute de las mismas, parte de premisas «cuando menos discutibles», especialmente en relación con los «trabajadores con menos ingresos», pues:

- «Ha de observarse que tal libertad de disposición no se da en el caso de quienes perciben menos ingresos, entre los cuales se pueden contar, por regla general los trabajadores temporales y los trabajadores por turnos (a tiempo parcial, fijo-discontinuos), en la misma medida que con res-

⁴¹ Según la CCE.

pecto a otros trabajadores: quienes perciben menos ingresos se ven en la mayoría de los casos forzados a consumir la mayor parte, cuando no la totalidad, de su salario en su subsistencia, de suerte que parece inevitable el riesgo de desnaturalización de la paga de vacaciones.»

- «Justamente para tales trabajadores con menos ingresos, la posibilidad de incrementarlos trabajando más horas supone un considerable aliciente para no tomar vacaciones. En efecto si, en lugar de disfrutar de las vacaciones, trabajan constantemente, percibirán la continuación del pago del salario no sólo por el período de vacaciones, sino también por el período que trabajen adicionalmente, así como el salario ordinario, si bien ese período (...) ya viene retribuido mediante la paga de vacaciones integrada.»
- «La posibilidad de una "provisión personal de vacaciones" (...) requiere en cualquier caso que el trabajador tenga conocimiento de qué parte de su salario ha de destinarse a financiar sus vacaciones. Dicho con otras palabras, tal provisión financiera de las vacaciones presupone la transparencia de la estipulación relativa a la *rolled up holiday pay*.»

B) A favor de su admisibilidad. No obstante lo indicado anteriormente resulta que también pueden aducirse argumentos a favor de la implantación del sistema de paga de vacaciones integrada. Ciertamente «existen otras razones que abogan por considerar inobjetable las estipulaciones relativas a la paga de vacaciones integrada» como las siguientes:

- «El hecho de que no puedan delegarse únicamente en el ámbito de las responsabilidades del trabajador las tareas de reconocer y utilizar oportunamente la retribución pagada con respecto a su derecho a vacaciones pero, en su caso, no identificada como tal, se sigue ya de la consideración que la protección de la salud y de la seguridad del trabajador no responde únicamente al interés individual del trabajador, sino también al interés general.»
- «El trabajador no está obligado a tomar las vacaciones o a utilizarlas para recuperarse», por más que no pueda considerarse conforme con los objetivos de la normativa comunitaria un sistema de retribución de las vacaciones que instara a trabajar permanentemente sin período alguno de descanso por vacaciones anuales.

Constituyendo el disfrute de unas vacaciones mínimas anuales retribuidas, no sólo una expectativa de derecho, primero, y derecho subjetivo de cada trabajador, después, conforme va transcurriendo el tiempo de su devengo, sino un «principio de Derecho social comunitario de especial importancia», respecto de que la normativa comunitaria no admite ni prevé excepción alguna, cualquier obstáculo a las mismas «deberá basarse en motivos imperiosos».

Por tanto, la posibilidad de introducir sistemas para la flexibilización del percibo de la «paga de vacaciones» ha de admirtirse con muchas cautelas, de tal manera que «la simple reducción del gasto administrativo no es en modo alguno una razón suficiente (para ello), dado que acabaría por traducirse en una justificación por razones económicas»⁴².

El hecho de que la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores no puede subordinarse a consideraciones de carácter puramente económico se infiere ya de la aludida normativa comu-

⁴² Afirma la Abogada General, en su conclusión 83.

nitaria. No obstante, puede cuestionarse si acaso la paga de vacaciones anuales integrada o *rolled up holiday pay*, que puede admitirse por motivos imperiosos de operatividad si concurren determinados requisitos, lo que supone diferenciar entre el trabajo por turnos (a tiempo parcial, fijos y periódicos) y los trabajadores temporales.

En el primer supuesto, trabajadores por turnos o a tiempo parcial que realicen trabajos periódicos (en otra terminología, el trabajo por turnos de los trabajadores contratados por tiempo indefinido), existe una relación duradera, consecuentemente, puede preverse a cuántos días de vacaciones tiene derecho el trabajador y la retribución correspondiente. Por esa vinculación continuada o regularidad «no se advierte en un primer momento en qué medida se hace necesaria una excepción al principio de continuación del pago de salario durante las vacaciones»⁴³.

Respecto de los trabajadores temporales, dado que frecuentemente no se puede saber durante qué período de tiempo el trabajador desarrollará su actividad, la transición entre fases de empleo a fases de desempleo se asemeja a una finalización del contrato de trabajo. En caso de finalización de la relación laboral el artículo 7.º, apartado 2, de la Directiva permite incluso la compensación en metálico del derecho a las vacaciones. Sin embargo, en el supuesto de trabajadores temporales, en lugar de calcular el final de cada fase de empleo el alcance del derecho existente parece, en efecto, más adecuado prever un pago prorrateado continuado para que el empresario compense cada una de las partes del derecho a unas vacaciones anuales retribuidas que haya adquirido durante el año en curso el trabajador temporal que preste servicios en su empresa, ahora bien, no debe ignorarse que los trabajadores temporales disfrutan de una situación en el mercado laboral comparativamente menos segura que los trabajadores fijos. «Una relajación del principio de prohibición de compensar económicamente el derecho a las vacaciones (...) entraña un debilitamiento adicional de su posición»⁴⁴.

Cuestión diferente al prorrateo de la paga de vacaciones anuales es si aquella integración debe suponer un incremento salarial, pues si tal no se produce la consecuencia real es la de un decremento o reducción del salario.

Ciertamente el sentido de la normativa comunitaria atinente al caso es que la paga o retribución de las vacaciones anuales se abone adicionalmente al salario satisfecho por el tiempo de trabajo, «este pago adicional puede efectuarse en principio de forma tal que se abone un único pago adicional que compense el derecho en su totalidad o bien de suerte que se recargue el respectivo importe sobre la retribución horaria, diaria o semanal»⁴⁵. Lo cual:

- «Implica que, a partir de la fecha de entrada en vigor de una estipulación relativa a la *rolled up holiday pay* (...), habrá de abonarse un salario superior.»
- «Si se mantiene el mismo importe antes y después de la entrada en vigor de la estipulación vinculante, la única modificación introducida por la estipulación consistirá en que una parte de la retribución abonada se imputa al derecho a vacaciones. Así pues, resulta manifiesto que, tras la entrada en vigor de la estipulación, el empresario satisface sólo aparentemente el derecho del

⁴³ Indica en su conclusión 85 la Abogada General.

⁴⁴ Aduce la Abogada General en su conclusión 88.

⁴⁵ Destaca la Abogada General en su conclusión 98.

trabajador a vacaciones retribuidas. De este modo se socavaría la finalidad de garantía de un período mínimo de vacaciones retribuidas. El trabajador no dispondría de una paga de su período de vacaciones que le permita disfrutar efectivamente de las mismas como tiempo libre ⁴⁶.»

Según la Abogada General el problema se reconduce a una cuestión de «transparencia» de tal manera que «si el trabajador no puede conocer qué parte de su salario está prevista para costearse su subsistencia ni qué parte del mismo ha de destinarse al cumplimiento de su derecho a vacaciones, resultará difícil, especialmente al trabajador con menos ingresos, ahorrar efectivamente esta parte financiera –no identificable– para su tiempo de vacaciones» ⁴⁷.

Así pues, la falta de transparencia contribuye aquí a disuadirle de disfrutar de su período mínimo de vacaciones (y) falta manifiestamente cuando del contrato de trabajo no se infiere que la paga de vacaciones está contenida en el salario abonado (pues) entonces se plantea al trabajador una situación tal como si sólo tuviera derecho a vacaciones no retribuidas ⁴⁸. Por el contrario, cuando ya se han abonado importes, con carácter adicional al salario por tiempo o cantidad de trabajo, con el propósito de compensar la paga de vacaciones y la conveniente transparencia, «condenar al empresario *a posteriori* a abonar (de nuevo) la paga de vacaciones sin imputar los importes desembolsados tendría un carácter exclusivamente sancionador».

La Sala *a quo* del Tribunal de Justicia comunitario sigue en su sentencia las conclusiones de la Abogada General, afirmando lo siguiente:

- a) «Que el Derecho comunitario ⁴⁹ no se opone, en principio, a que las cantidades adicionales que se suman al salario por el trabajo efectuado y que se han abonado, de manera transparente y comprensible, en concepto de retribución de las vacaciones se imputen a la retribución de unas vacaciones concretas.»
- b) «Que la citada imputación debe excluirse cuando el pago no se haya efectuado de manera transparente y comprensible.»
- c) «Que la carga de la prueba incumbe al empresario.»

IV. CONCLUSIÓN

Las sentencias objeto tienen una indudable trascendencia para la interpretación de nuestro ordenamiento jurídico, pues abordan la problemática nuclear en torno al derecho a las vacaciones anuales retribuidas. No obstante lo cual también ha de significarse que aquellas resoluciones de la justicia comunitaria no pueden ser objeto de un juicio completamente favorable, sino que

⁴⁶ Según expone la Abogada General, en su conclusión 99.

⁴⁷ Señala la Abogada General en sus conclusiones 101 y 102.

⁴⁸ Expone la Abogada General en sus conclusiones 101 y 102.

⁴⁹ Con referencia al artículo 7.º de la derogada Directiva 93/104, ahora de la Directiva 2003/88.

el contenido de cada una de ellas merece una consideración desigual, en cuanto que las dos tienen sus luces y sus sombras, por más que el «saldo» global les sea netamente favorable.

Debe resaltarse que las sentencias que se comentan confirman una incipiente doctrina jurisprudencial comunitaria que desde estas resoluciones puede considerarse sólidamente establecida, y según la cual «el derecho de cada trabajador a disfrutar de vacaciones anuales retribuidas debe considerarse un principio de Derecho social comunitario de especial importancia, respeto del cual no pueden establecerse excepciones».

La jurisprudencia que establecen supone además ratificación del criterio establecido en la benéfica STC 192/2002, en el sentido de que las vacaciones anuales retribuidas constituyen tiempo libre del trabajador que éste puede emplear como le parezca conveniente.

Zanjan cualquier posible cuestión sobre el derecho del trabajador al disfrute efectivo de las vacaciones anuales retribuidas y la prescripción de cualquier medida, maniobra o actitud empresarial dirigida, directa o indirectamente, a menoscabar o simplemente a desalentar la utilización de aquel derecho por los trabajadores, los cuales empero no están obligados a disfrutarlas.

Igualmente queda claro que el trabajador tiene derecho a percibir la retribución ordinaria durante el período correspondiente al disfrute de las vacaciones anuales retribuidas, y que éstas no pueden ser sustituidas por una compensación económica, salvo en los supuestos excepcionales que la propia jurisprudencia aludida explicita.

Si los pronunciamientos de las sentencias objeto de comentario antes referidos, merecen una crítica netamente favorable, sin embargo, no parece que otros pronunciamientos de las mismas merezcan la misma acogida. Efectivamente, si nada debe objetarse a la admisión de la posibilidad que las vacaciones anuales, incluso las mínimas establecidas por el Derecho comunitario, sean «transferidas» a un período de tiempo posterior al año en curso, sin que puedan ser no obstante compensadas en metálico, produciéndose un efecto de «acumulación» de períodos de vacaciones, sin embargo la indefinición en que se deja el período al que pueden «transferirse» las vacaciones anuales retribuidas, sin que se establezca ningún límite de tiempo concreto, constituye una laguna destacable de esta jurisprudencia, que deberá ser corregida a la mayor brevedad posible.

De la misma manera, la admisibilidad por aquella jurisprudencia del pacto de «paga de vacaciones anuales integrada» (*rolled up holiday pay*) debe acogerse con muchas cautelas, a pesar de las, sin duda acertadas, exigencias «transparencia y comprensibilidad» que establece. La procedencia e inocuidad de aquel pacto debe cuestionarse, pues puede incidir negativamente en la economía de los trabajadores, señaladamente de aquellos que perciben menos ingresos, en los tiempos que nos ha tocado vivir en los que las retribuciones, tienden a ser claramente insuficientes para atender a las necesidades del trabajador y su familia, con un mínimo de dignidad humana, desde una teoría general del salario. La paga de vacaciones anuales integrada puede acentuar la amenaza que se cierne sobre los salarios por su desmedida vinculación a una demanda insaciable de incremento de la productividad individual, que en la mayoría de los casos no depende del trabajador sino de la organización empresarial y se mantiene en progresión espectacular (en ocasiones geométrica) para cada sucesivo ejercicio económico, sin límite alguno.