

## RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO DE TRABAJO

Universidad de Sevilla

### EL DERECHO A VACACIONES Y LA INCAPACIDAD TEMPORAL SOBREVENIDA DURANTE SU DISFRUTE

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Social, de 3 de octubre de 2012*

MARÍA SEPÚLVEDA GÓMEZ\*

**SUPUESTO DE HECHO:** El convenio colectivo de Grandes Almacenes 2009-2012, suscrito el 5 de Agosto de 2009 por ANGED (Asociación Nacional de Grandes Empresas de Distribución) y los sindicatos FASGA (Federación de Asociaciones Sindicales) y FETICO (Federación de Trabajadores Independientes de Comercio), recoge en su artículo 37.5 sobre vacaciones anuales, que *“Cuando el período de vacaciones fijado en el calendario de vacaciones coincida en el tiempo con una incapacidad temporal derivada del embarazo, el parto o la lactancia natural o con el periodo de suspensión del contrato previsto en el artículo 48.4 del ET, se tendrá derecho a disfrutar las vacaciones en fecha distinta a la de la incapacidad temporal al finalizar el periodo de suspensión, aunque haya terminado el año natural a que correspondan”*.

En la aplicación de dicho artículo convencional, viene siendo una práctica empresarial por parte de las empresas del sector la de considerar que los trabajadores que se encuentren previamente a la iniciación del disfrute del periodo de vacaciones inicialmente fijado, en situación incapacidad temporal, no tienen derecho al disfrute del periodo de vacaciones en un periodo posterior al término de la IT aunque haya terminado el año natural al que corresponda cuando se disfrutan, salvo que se trate de las situaciones expresamente contempladas en el apartado 5º del referido art. 37 del convenio colectivo. Es decir, entienden que sólo son los supuestos de IT derivada de embarazo, parto o lactancia natural iniciados antes del disfrute del periodo de vacaciones previamente fijadas los que permiten que se pueda disfrutar de vacaciones, aunque haya terminado el año natural al que correspondan. Por su parte, los sindicatos –tanto firmantes del convenio como otros con implantación en el sector- consideran que un periodo vacacional frustrado por la incidencia de una incapacidad temporal surgido antes del periodo vacacional pactado, (y el sindicato UGT incluso en el supuesto de que ya se hayan iniciado las vacaciones) determina la suspensión de éstas con independencia de la causa que origine la situación de incapacidad temporal.

**RESUMEN:** Los sindicatos firmantes del convenio colectivo de grandes

\* Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

almacenes 2009-2012 (FAGSA y FETICO), la Federación estatal de trabajadores, comercio, hostelería, turismo y juego de UGT, y la Federación del comercio hostelería y turismo de CC.OO interpusieron demandas de conflicto colectivo frente a la asociación empresarial firmante del convenio colectivo (ANGED), ante la Audiencia Nacional, solicitando se dictara sentencia por la que se declarara que: los trabajadores que con anterioridad al inicio de periodo vacacional previamente fijado, comiencen una situación de incapacidad temporal que, con independencia de la causa que los origine, se solape o coincida con todo o parte del periodo de vacaciones fijado, tendrán el derecho al disfrute del periodo frustrado de vacaciones en otro momento, una vez finalice la situación de incapacidad temporal; y que el anterior derecho corresponderá aun finalizado el año natural al que se corresponden las vacaciones. Además, la pretensión del sindicato UGT precisaba que el derecho a disfrutar del periodo vacacional íntegro lo fuera “ con independencia de que éste coincida en todo o en parte con un proceso de incapacidad temporal y de que esta incapacidad temporal se produzca previamente al disfrute o una vez iniciado el mismo”. Dichas demandas –acumuladas- son estimadas por la Audiencia Nacional mediante Sentencia de 23 de noviembre de 2009, por la que se declara el derecho de los trabajadores incluidos en el ámbito de aplicación del Convenio Colectivo de Grandes Almacenes a disfrutar íntegras sus vacaciones si habiéndose prefijado éstas incidiera un proceso de incapacidad temporal al margen de la contingencia que lo cause y a interrumpir el periodo vacacional para el disfrute del periodo no completo si la incidencia del proceso de incapacidad temporal aconteciera durante el periodo de su disfrute, manteniéndose tal derecho aun finalizando el año temporal al que corresponden las vacaciones.

La asociación empresarial ANGED presenta recurso casación que es desestimado mediante la Sentencia de 3 de octubre de 2012 (recurso de casación 249/2009), dictada por la Sala de lo Social constituida en Sala General, habiendo sido ponente de la misma la Magistrada Excm. Sra. Lourdes Arastey Sahún. Antes de dictar sentencia, el alto Tribunal formuló mediante Auto de 26 de enero de 2011 cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), mediante la que se preguntaba si el art. 7.1 de la Directiva 2003/88 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, se opone a una interpretación de la normativa nacional que no permita interrumpir el periodo vacacional para el disfrute en un momento posterior, del periodo completo -o que reste-, si la incidencia de un proceso de incapacidad temporal aconteciera de forma sobrevenida durante el periodo de su disfrute. Mediante sentencia de 21 de junio de 2012 (TJCE 2012, 154) el TJUE se pronuncia en sentido afirmativo a la cuestión planteada, y declara que sí se opone.

## **ÍNDICE:**

1. LA SINGULARIDAD DEL MOMENTO: LA SITUACIÓN NORMATIVA Y JURISPRUDENCIAL ACTUAL EN MATERIA DE VACACIONES E INCAPACIDAD TEMPORAL
2. LA NOVEDOSA CUESTIÓN PREJUDICIAL Y SENTENCIA DEL TJUE DE 21 DE JUNIO DE 2012 EN MATERIA DE VACACIONES E INCAPACIDAD TEMPORAL
3. ARGUMENTOS PARA EL DERECHO A LA INTERRUPCIÓN DEL PERIODO DE DISFRUTE DE LAS VACACIONES POR INCAPACIDAD TEMPORAL SOBREVENIDA. ALCANCE DE LA STS DE 3 DE OCTUBRE 2012
4. LA NUEVA PREVISIÓN LEGAL SOBRE VACACIONES E INCAPACIDAD TEMPORAL EN LA REFORMA DEL ARTÍCULO 38 ET POR LA LEY 3/2012. INTERPRETACIÓN

## **1. LA SINGULARIDAD DEL MOMENTO: LA SITUACIÓN NORMATIVA Y JURISPRUDENCIAL ACTUAL EN MATERIA DE VACACIONES E INCAPACIDAD TEMPORAL**

Una de las primeras cuestiones que llama la atención del supuesto que aborda la sentencia objeto de análisis -el del derecho a disfrute de vacaciones en un momento posterior por sobrevenir una situación de incapacidad temporal iniciado ya el descanso vacacional- es la secuencia temporal en los acontecimientos jurisprudenciales y normativos en la materia, que seguirían este orden:

1) Interposición de la cuestión prejudicial por el Tribunal Supremo ante el TJUE (Auto de 26 de enero de 2011).

2) Promulgación del Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, que reforma el art. 38.3 del Estatuto de los Trabajadores<sup>1</sup> (en adelante ET), confirmado por la Ley 3/2012, de 6 de julio, sobre coincidencia del disfrute de vacaciones con situaciones de incapacidad temporal de los trabajadores en supuestos diferentes a embarazo, parto, lactancia natural o suspensiones del contrato por maternidad o paternidad, y el derecho a disfrutar de las vacaciones en fecha distinta, incluso fuera del año natural que las genera, pero no más allá de dieciocho meses desde la finalización de dicho año. El precepto no distingue si la coincidencia entre ambas situaciones debe ser por incapacidad temporal acaecida antes del periodo pactado de disfrute de vacaciones o durante el mismo.

3) Sentencia del TJUE de fecha 21 de junio de 2012, asunto ANGED, que reconoce el derecho a interrupción del periodo del disfrute de vacaciones cuando durante el mismo sobreviene una incapacidad temporal de los trabajadores con independencia de cuál sea el origen de dicha incapacidad temporal, y derecho a reanudar el periodo de vacaciones no disfrutado en un momento posterior a la finalización de dicha incapacidad temporal.

4) Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 2012, que resuelve el asunto planteado conforme a la jurisprudencia comunitaria, reconociendo de forma novedosa en la jurisprudencia del Tribunal Supremo el derecho al

<sup>1</sup> Aprobado mediante Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo.

disfrute de vacaciones en un momento posterior aunque la incapacidad temporal se produzca durante el disfrute de éstas.

De entrada, se parte del hecho de que el asunto enjuiciado y la sentencia que lo resuelve se refieren a hechos anteriores a la entrada en vigor de la reforma laboral de 2012, estando vigente otro contenido del art. 38.3 ET, en su versión dada al mímimo por la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, y que sólo contemplaba el derecho a disfrutar del periodo de vacaciones en un momento posterior cuando la incapacidad temporal estaba originada por parto, embarazo o lactancia natural o se tratara del supuesto de suspensión del contrato por maternidad conforme al art. 48.4 ET. Pero también se debe tener en cuenta que siendo éste el anterior contenido del art. 38.3 ET, la jurisprudencia del Tribunal Supremo hasta ese momento y siguiendo la interpretación del TJUE en la materia<sup>2</sup>, reconocía también ese mismo derecho a disfrute posterior de las vacaciones cuando la incapacidad temporal se debía a enfermedad común o profesional y accidente de trabajo, siempre que la misma surgiera con anterioridad al inicio del periodo pactado de disfrute de vacaciones<sup>3</sup>. Esta misma doctrina reconocía el derecho de disfrute posterior de las vacaciones aunque el mismo se tuviera que llevar a cabo fuera del año natural de referencia<sup>4</sup>. La evolución jurisprudencial en la materia tanto del Tribunal Supremo como del TJUE ha sido objeto de análisis detenido por la doctrina, a los que nos remitimos<sup>5</sup>

<sup>2</sup> STJUE de 20 de enero de 2009, Schultz-Hoff y otros (C-350/06 y C-520/06), y STJUE de 10 de septiembre de 2009, Vicente Pereda (C-277/08), en las que se declara que el trabajador tiene derecho a disfrutar de sus vacaciones en otro periodo que no coincida con su baja por enfermedad, cuando no hubiera podido disfrutarlas durante ésta.

<sup>3</sup> Según el TS, “...la situación de incapacidad temporal, que surge con anterioridad al periodo vacacional establecido y que impide disfrutar de este último en la fecha señalada, no puede ni debe erigirse en impedimento que neutralice el derecho al disfrute de dicha vacación anual que todo trabajador ostenta por la prestación de servicios en la empresa”, STS de 24 de junio de 2009, RJ 2009/4286, dictada por el Pleno de la Sala cuarta y reiterada en las STS de 18 de enero, RJ 2010/3098; 21 de enero, RJ 2010/3116; 4 de febrero, RJ 2010/645; 8 de febrero (RJ 2010/2320); y 11 de febrero de 2010, RJ 2010/2321.

<sup>4</sup> Ya la STJCE de 6 de abril de 2006, asunto *Federatie Nederlandse Vakbeweging*, reconocía la existencia del derecho a disfrutar vacaciones en el año posterior al de su devengo, que es posteriormente acogido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo para las situaciones de incapacidad temporal por motivos diferentes relacionados con la maternidad, sentencias de 24 de junio de 2009, RJ 2009/4286, y de 25 de mayo de 2011, RJ 2011/5101.

<sup>5</sup> Vid. Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer, M., “Derecho a vacaciones y baja del trabajador en la reciente jurisprudencia del TJUE, Relaciones Laborales 13/2012. Velasco Portero, M. T., “El derecho a vacaciones y las bajas por incapacidad laboral del trabajador”, Actualidad Laboral 1/2010. Fita Ortega, F., “Las consecuencias de la superposición de la situación de incapacidad temporal sobre el periodo acordado para el disfrute de las vacaciones anuales”, Actualidad Laboral 13/2010. Rodríguez Cardo, I. A., “Vacaciones e incapacidad temporal: el efecto directo como límite a la aplicación de la jurisprudencia del TJUE”, Actualidad Laboral 11/2012. Castro Conde, M., “Vacaciones e incapacidad temporal. Situación actual”, Aranzadi Social 20/2011, entre otros.

De manera que éste era el estado de la cuestión cuando se reforma en febrero de 2012 el art. 38.3 ET y también cuando se dicta la sentencia comentada del TS de 3 de octubre de 2012 pues se refería a hechos anteriores a la reforma citada.

El *impasse* entre el art. 38.3 ET y el nuevo estado de la materia en sede judicial se produce cuando el nuevo contenido del precepto incorpora los supuestos de incapacidad temporal por enfermedad común o profesional y accidente de trabajo como situaciones que originan también el derecho a disfrutar del periodo de vacaciones con posterioridad en caso de coincidencia con vacaciones, sin distinguir si la incapacidad temporal debía estar iniciada antes del periodo de vacaciones o también una vez iniciado éste<sup>6</sup>, en tanto que un nuevo pronunciamiento del Tribunal Supremo en la materia –objeto de este comentario– especifica el derecho a vacaciones aclarando que el mismo alcanza también a aquellas situaciones en las que la incapacidad temporal se inicia durante el disfrute del periodo de vacaciones.

Se plantea, pues, con ocasión del comentario de esta sentencia, la cuestión del alcance que puede tener este nuevo pronunciamiento judicial sobre la interpretación del actual art. 38.3 ET. El análisis de la sentencia comentada, que abordamos a continuación, parte pues de la singularidad del momento en el que se produce la misma, lo que permite también analizar siquiera sea sintéticamente la incidencia o alcance que esta nueva sentencia del Tribunal Supremo puede tener en la interpretación del nuevo contenido del art. 38.3 ET.

## 2. LA NOVEDOSA CUESTIÓN PREJUDICIAL Y SENTENCIA DEL TJUE DE 21 DE JUNIO DE 2012 EN MATERIA DE VACACIONES E INCAPACIDAD TEMPORAL

*¿El art. 7.º 1, apartado 1, de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, se opone a una interpretación de la normativa nacional que no permita interrumpir el período vacacional para el disfrute, en un momento posterior, del período completo -o que reste-, si la incidencia de un proceso de incapacidad temporal aconteciera de forma sobrevenida durante el período de su disfrute?*

<sup>6</sup> El último párrafo del nuevo art. 38.3 ET establece que: *En el supuesto de que el período de vacaciones coincida con una incapacidad temporal por contingencias distintas a las señaladas en el párrafo anterior (incapacidad temporal derivada de parto, embarazo o lactancia natural y suspensión del contrato por maternidad y paternidad) que imposibilite al trabajador disfrutarlas, total o parcialmente, durante el año natural a que corresponden, el trabajador podrá hacerlo una vez finalice su incapacidad y siempre que no hayan transcurrido más de dieciocho meses a partir del final del año en que se hayan originado.*

En estos términos plantea el Tribunal Supremo la cuestión prejudicial al TJUE, mediante Auto de 26 de enero de 2011, RJ 2011/3410, que da lugar a la sentencia europea de 21 de junio de 2012, asunto ANGED C-78/11. De la larga evolución jurisprudencial, tanto nacional como europea, en materia de derecho al disfrute de vacaciones en supuestos de incapacidad temporal del trabajador, hasta el momento presente la cuestión planteada no había sido objeto de asunto principal a examinar por el Tribunal Supremo; sí lo habían sido el derecho a disfrute de vacaciones cuando la ausencia de la trabajadora se debía a maternidad o a incapacidad derivada de parto, maternidad o lactancia natural, situaciones ya incorporadas al art. 38.3 ET por obra de la Ley 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres; también habían sido objeto principal de examen judicial los supuestos de incapacidad temporal por enfermedad común o profesional y accidente de trabajo iniciados antes del periodo pactado de disfrute de vacaciones<sup>7</sup>.

Pero en este último supuesto, el Tribunal Supremo, a mayor abundamiento y como refuerzo del argumento a favor de extender a las situaciones de baja por enfermedad común la doctrina sentada para supuesto de maternidad añadía que *“es conveniente señalar, al respecto, que tiene que ser distinto el tratamiento que merece la incapacidad temporal que surge durante el disfrute de la vacación, pues es un riesgo que, en tal situación, ha de asumir el propio trabajador”* (sentencia de 24 de junio de 2009). Al respecto, la STS que aquí se comenta, de 3 de octubre de 2012, considera *que se trataba de una referencia que ha de entenderse hecha obiter dicta, por cuanto el caso resuelto entonces coincidía con el de quien había sido objeto de una baja médica antes de iniciar el periodo de disfrute de vacaciones*. De ahí que la propia Sala reconozca que debe entrar de lleno en la cuestión de la extensión de la doctrina expuesta también a los casos en que la incapacidad temporal surge una vez se ha comenzado el disfrute de las vacaciones.

Al hacerlo, la Sala no obstante opta por realizar la consulta al TJUE a través de cuestión prejudicial, pese a que parte de que tanto la jurisprudencia del propio Tribunal Supremo, el Tribunal Constitucional y el TJUE reconocen finalidades diferentes a la incapacidad temporal y a las vacaciones y que éstas no se conciben sólo por razones de salud y de recuperación laboral, sino que el descanso a través de vacaciones tiene un alcance más amplio, que por tanto justificarían su extensión también a los casos en los que la incapacidad se pro-

<sup>7</sup> *“... la situación de incapacidad temporal, que surge con anterioridad al período vacacional establecido y que impide disfrutar de este último en la fecha señalada, tampoco puede ni debe erigirse en impedimento que neutralice el derecho al disfrute de dicha vacación anual que todo trabajador ostenta por la prestación de servicios en la empresa”*, según la STS de 24 de junio de 2009, que consolida el criterio que ya mantuvo dicho tribunal en sus sentencias de 10 de noviembre de 2005, y de 21 de marzo de 2006.

duce iniciado ya el periodo de vacaciones. La justificación para llevar a cabo la cuestión prejudicial, la hace la Sala en base a *la posibilidad de que el matiz del momento de inicio de la IT -antes o después del comienzo del disfrute de las vacaciones- pudiera tener relevancia en el alcance de la supremacía del derecho a las mismas.*

Por su parte, el TJUE al pronunciarse sobre la citada cuestión prejudicial en su sentencia de 21 de junio de 2012, asunto ANGED, C-78/11, lo hace en base a su reiterada jurisprudencia en la materia y, por tanto, aplicando los mismos argumentos que ya venían utilizando con anterioridad en sentencias precedentes al interpretar el art. 7.1 de la Directiva 2003/88/CE, que sintetiza en los siguientes: 1) El derecho de los trabajadores al disfrute de vacaciones es un principio del Derecho social de la Unión europea de especial importancia, respecto al cual no pueden establecerse excepciones<sup>8</sup>. 2) El derecho a vacaciones anuales retribuidas está también expresamente reconocido en el artículo 31, apartado 2, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, a la que el artículo 6.º TUE, apartado 1, reconoce el mismo valor jurídico que a los Tratados<sup>9</sup>. 3) el derecho a vacaciones anuales retribuidas no puede ser interpretado de manera restrictiva<sup>10</sup>. 4) Diferencia entre la finalidad de las vacaciones que sirven para el descanso y esparcimiento y ocio, en tanto que la finalidad de la incapacidad temporal es la recuperación de la enfermedad<sup>11</sup>. 5) De la finalidad del derecho a vacaciones anuales retribuidas, como ya ha declarado en anteriores ocasiones, se deduce el derecho de los trabajadores a tomarlas en fechas distintas a la de la baja por enfermedad<sup>12</sup>.

En base, pues, a esta reiterada jurisprudencia, el TJUE reconoce que *carece de pertinencia el momento en que sobreviene dicha incapacidad* (apdo 21). *En efecto, sería aleatorio y contrario a la finalidad del derecho a las vacaciones anuales retribuidas, precisado en el apartado 19 de la presente sentencia, conceder ese derecho al trabajador únicamente a condición de que este último ya se encuentre en situación de incapacidad laboral cuando se inicie el período de vacaciones anuales retribuidas* (apdo 22).

Por consiguiente y en base a lo anterior, el TJUE reconoce expresamente que el trabajador tiene derecho a disfrutar de su vacaciones anuales retribuidas coincidentes con un período de baja por enfermedad en un período posterior, con independencia del momento en que haya sobrevinido esa incapacidad laboral, concluyendo que la respuesta a la cuestión planteada sobre el artículo

<sup>8</sup> STJUE de 22 de noviembre, asunto KHS, C-214/10.

<sup>9</sup> STJUE 3 de mayo de 2012, asunto Neidel, C-337/10, y la citada en la nota anterior.

<sup>10</sup> STJUE de 22 de abril de 2010, asunto Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols, C-486/08.

<sup>11</sup> STJUE de 10 de septiembre de 2009, asunto Vicente Pereda, C-277/08.

<sup>12</sup> *Ibidem*.

7.º, apartado 1, de la Directiva 2003/88 es la de que se oponen a disposiciones nacionales que establezcan que un trabajador que se encuentre en situación de incapacidad laboral sobrevenida durante el período de vacaciones anuales retribuidas no tiene derecho a disfrutar posteriormente de las vacaciones anuales coincidentes con el período de incapacidad laboral.

Es, por tanto, la perspectiva teleológica de la institución de las vacaciones la que prevalece a favor de una interpretación no restrictiva del disfrute real del derecho. Esto es, la institución deja de analizarse desde la tradicional perspectiva como obligación de la empresa, con sus correlativas limitaciones, para enfocarse desde la perspectiva de las vacaciones como derecho del trabajador cuya finalidad no puede verse frustrada por acontecimientos ajenos a la voluntad del propio trabajador, como es su enfermedad, ni permite entenderse cumplida por el hecho de que la incapacidad temporal sea también un período de no prestación de servicios, dada la diferente finalidad y régimen jurídico de ambas instituciones.

La interpretación dada por el TJUE al asunto es acogida por la sentencia del Tribunal Supremo comentada, ya que aunque en principio tal interpretación le vincula en cuanto a la interpretación de las disposiciones comunitarias de que se trate, “corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales decidir si la decisión prejudicial dictada les aclara de manera suficiente o si es necesario volver a someter el asunto al Tribunal de Justicia”<sup>13</sup>. De otro lado, dicha interpretación no agota su virtualidad en el asunto que la ha originado, toda vez que *las afirmaciones del TJCE trascienden del supuesto concreto en cuyo marco se plantea la cuestión prejudicial, pues no hay que olvidar que el mismo no resuelve litigio alguno, sino que como la competencia del Tribunal de Justicia [...] tiene por objeto garantizar la interpretación uniforme, en todos los Estados miembros, de las disposiciones de Derecho comunitario, este Tribunal de Justicia se limita a deducir de su letra y de su espíritu el significado de las normas comunitarias de que se trata*<sup>14</sup>.

### **3. ARGUMENTOS PARA EL DERECHO A LA INTERRUPCIÓN DEL PERÍODO DE DISFRUTE DE LAS VACACIONES POR INCAPACIDAD TEMPORAL SOBREVENIDA. ALCANCE DE LA STS DE 3 DE OCTUBRE 2012**

Como se acaba de decir, el Tribunal Supremo acoge la interpretación dada por el TJUE en el sentido de que existe oposición entre el citado art. 7.1 de la

<sup>13</sup> Pescatore, P., “Las cuestiones prejudiciales. Artículo 177 del Tratado CEE”, en AAVV *El derecho comunitario europeo y su aplicación judicial* (Rodríguez Iglesias, G. C/Liñan Nogueras, D. J., Dirs), Civitas, 1993, p. 568.

<sup>14</sup> STS de 24 de junio de 2009, RJ 2009/4286, con cita de la STJUE de 8 de noviembre de 1990, asunto Gmurzynska-Bscher, apartado 21.

Directiva 2003/88/CE y las disposiciones nacionales que establezcan que un trabajador que se encuentre en situación de incapacidad laboral sobrevinida durante el período de vacaciones anuales retribuidas no tiene derecho a disfrutar posteriormente de las vacaciones anuales coincidentes con el período de incapacidad laboral.

En el asunto examinado por el Tribunal Supremo, el objeto del litigio lo origina el artículo 37.5 del convenio colectivo de grandes almacenes 2009-2012 que se limita a reproducir lo que antes de la reforma laboral de 2012 establecía el artículo 38.3 ET. Ambas disposiciones, convencional y legal, eran aplicadas por las empresas del sector de grandes almacenes de forma exclusiva a las situaciones de incapacidad temporal y maternidad recogidas en dichas disposiciones, por un lado, y siempre que las citadas situaciones de incapacidad temporal se iniciaran con anterioridad al periodo pactado de disfrute de vacaciones, de otro lado.

Respecto de la primera limitación práctica del derecho, la sentencia que se comenta considera que la duda sobre la extensión del derecho a disfrute de vacaciones en caso de incapacidad temporal del trabajador sin distinción del motivo que origina la incapacidad, quedó resuelta con la sentencia del TJUE de 20 de enero de 2009, asunto Schultz-Hoff y otros (C-350/06 y C-520/06), recepcionada posteriormente por el Tribunal Supremo en sus sentencias de 24 de junio de 2009 y posteriores y que, por tanto, la sentencia objeto de comentario confirma tal doctrina también para el caso enjuiciado.

Es la segunda limitación práctica del derecho a disfrute de vacaciones, que da lugar a la cuestión prejudicial, consistente en la exigencia de que la incapacidad temporal se inicie antes de la fecha del periodo pactado de vacaciones, la que es objeto de un mayor análisis por la sentencia, pues según ésta es una cuestión que no quedó resuelta por la sentencia del mismo tribunal de 24 de septiembre de 2009. Los argumentos dados por la sentencia que se comenta, para entender que el derecho al disfrute de vacaciones en un momento posterior a la incapacidad temporal no está condicionado a que ésta se produzca con anterioridad al inicio del periodo pactado de vacaciones, no se basan exclusivamente en la interpretación dada a la cuestión por el TJUE, *vista supra*, sino que aporta razonamientos propios basados en argumentos que sin ser totalmente nuevos, vienen a reforzar la decisión adoptada. Dichos argumentos se pueden sintetizar así:

- 1) La finalidad de la institución del derecho a disfrute de vacaciones es propia y diferenciada de la que persigue la institución de la incapacidad temporal. Con cita de la jurisprudencia constitucional en la materia, la sentencia comentada recuerda que siendo un mecanismo de garantía de la salud y de seguridad del trabajador la razón última

del mantenimiento del derecho al disfrute de vacaciones<sup>15</sup>, reducir su sentido a 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 la propia personalidad del modo que estime más conveniente<sup>16</sup>. Las vacaciones también posibilitan la conciliación de la vida personal con la laboral, el acceso a la cultura de los trabajadores, el esparcimiento y el ocio, las relaciones sociales y el necesario ejercicio físico reparador<sup>17</sup>. Por tanto, tal finalidad difiere de la correspondiente a causar baja por enfermedad<sup>18</sup>.

- 2) El diferente régimen jurídico de la incapacidad temporal y las vacaciones, ya que mientras aquélla es causa de suspensión del contrato y, por ello, de ambas contraprestaciones básicas -pago del salario y prestación de servicios-, el disfrute de las vacaciones mantiene viva la relación, sin suspensión y con el único efecto de la interrupción de una sola de las obligaciones -la prestación de servicios-. En todo caso, la suspensión del contrato y, por tanto, el efecto sobre éste ha de ser el mismo esté o no en el disfrute de las vacaciones. De otro modo, resultaría que se computan como vacaciones unos días en que el contrato de trabajo estuvo suspendido por la situación de baja médica<sup>19</sup>.
- 3) La ausencia de previsión normativa sobre la cuestión que, “en nuestro caso nada establece sobre el modo en que habrá de resolverse el conflicto entre IT y vacaciones”<sup>20</sup>. Con base en la jurisprudencia comunitaria se recuerda que, si bien ésta reconoce que las disposiciones nacionales pueden establecer las condiciones del disfrute del derecho a vacaciones, no obstante no pueden enervar aquel derecho. Por otro lado, se trae a colación el art. 6.2 del Convenio 132 OIT y los distintos comentarios por parte de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones<sup>21</sup>, en

<sup>15</sup> STC 324/2006.

<sup>16</sup> STC 192/2003.

<sup>17</sup> STS de 24 de junio de 2009, RJ 2009/4286, que añade que “el pleno disfrute del derecho a las vacaciones únicamente puede conseguirse cuando el trabajador se encuentre en condiciones físicas y mentales de hacer uso del mismo, de forma que no cabe entender que un trabajador en situación de IT pueda disfrutar adecuadamente de las finalidades atribuidas a las vacaciones”.

<sup>18</sup> STJUE de 10 de septiembre de 2009, asunto Vicente Pereda C-277/08.

<sup>19</sup> Con cita de la STJUE de 20 enero de 2009, Schultz-Hoff, según la cual un permiso garantizado por el Derecho comunitario no puede menoscabar el derecho a disfrutar de otro permiso garantizado por ese mismo Derecho.

<sup>20</sup> La referencia se entiende hecha al art. 38.3 ET antes de su reforma en 2012.

<sup>21</sup> Sobre estos comentarios y el origen de la confusión en torno a la interpretación del Convenio 132 OIT, vid. Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer, M., “Incapacidad temporal y derecho a vacaciones (I)”, Relaciones Laborales 7/2009.

relación a España, país al que se le pide que indique “las medidas tomadas o previstas para establecer con claridad las condiciones en las que los períodos de incapacidad de trabajo no son contabilizados en las vacaciones pagadas anuales mínimas en vigor en el sector privado”.

Tanto el primero como el tercer argumento expuestos se encontraban ya en la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 2009, con la diferencia en que en ésta sirven de base para reconocer el derecho a disfrutar las vacaciones pactadas en un momento posterior a la misma, incluso fuera del año natural, en caso de incapacidad temporal iniciada antes del disfrute de las vacaciones. En cambio, el Alto Tribunal señaló, *obiter dicta*, que si la incapacidad temporal surgía durante el disfrute de las vacaciones merecía un tratamiento diferente –sin especificarse cuál– “pues es un riesgo que, en tal situación, ha de asumir el propio trabajador”, lo que parece indicar que en este caso el trabajador perdía el derecho a vacaciones.

Desde esta perspectiva que consideraba la incapacidad temporal sobrevinida durante el disfrute de las vacaciones como un riesgo del trabajador, adquiere protagonismo el segundo argumento dado por la sentencia que se comenta, esto es, el que diferencia la diferente naturaleza jurídica y fundamento de cada una de las dos instituciones. En efecto, si anteriormente el Tribunal Supremo consideraba como un riesgo que debía asumir el trabajador si estando de vacaciones causaba una incapacidad temporal –que conlleva la pérdida total o parcial de vacaciones– significa que se seguía valorando la institución de las vacaciones desde su perspectiva como obligación de la empresa, de manera que si las vacaciones ya se habían iniciado, la empresa ya había cumplido con su obligación –que en este caso seguiría siendo una obligación de medio y no de resultado como anteriormente sostenía el Tribunal Supremo<sup>22</sup>-. Esto supone no diferenciar la diferente naturaleza y régimen jurídico de ambas instituciones, que es precisamente el nuevo argumento aportado ahora por el Tribunal Supremo en la sentencia que se comenta. La incapacidad temporal suspende el contrato, y suspende tanto la obligación de trabajar como el derecho a descansar, pero ello en principio no conlleva que tras un periodo de enfermedad el trabajador tenga derecho a disfrutar de los descansos semanales o festivos habidos durante la incapacidad temporal; en cambio, sí debe suponer la interrupción del cómputo de las vacaciones por el propio y diferenciado fundamento de esta institución, que no se concibe como descanso físico –de hecho se puede trabajar durante las vacaciones– sino como un tiempo de absoluta libertad para

<sup>22</sup> En este sentido la STS de 3 de octubre de 2007. Un interesante comentario sobre la misma puede verse en Cuenca Alarcón, M., “Vacaciones e incapacidad temporal: ¿pérdida, coordinación o compensación de derechos sociales? Comentario a la STS 4ª de 3 de octubre de 2007”, Relaciones Laborales 7/2008.

el individuo en relación con su trabajo, lo que sin duda no ocurre en situaciones de incapacidad temporal<sup>23</sup>.

Otra consecuencia de la diferencia jurídica entre la institución de las vacaciones y la incapacidad temporal, que lleva a sostener la interrupción de las vacaciones y su disfrute posterior, si durante las mismas el trabajador causa una incapacidad temporal, es la relacionada con la retribución del trabajador<sup>24</sup>. A estos efectos, si se entiende que en esta situación el trabajador no tiene derecho al disfrute de las vacaciones en un momento posterior a la finalización de la incapacidad temporal, durante el tiempo de coincidencia de la enfermedad y las vacaciones se aplicarían las reglas previstas por el ordenamiento para las situaciones de incapacidad temporal, esto es, el percibo de la prestación económica sustitutiva de la retribución –siempre que el trabajador cumpla los requisitos para causar derecho a esta prestación, pudiendo ser ésta además de menor cantidad que la retribución- y que supondría un ahorro indebido de salarios para la empresa, o enriquecimiento sin causa, pues la prestación económica por incapacidad temporal se hace a cargo de la Seguridad Social o, en su caso, de la mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales –pues nada obsta a que la incapacidad sobrevenida durante el disfrute de vacaciones esté originada por una enfermedad profesional-.

En definitiva, de no reconocerse el derecho a la interrupción de las vacaciones en estos casos, se estaría produciendo un tratamiento diferenciado no justificado en función del momento en el que se inicia la incapacidad temporal en relación con el periodo de disfrute de las vacaciones. Podría pensarse que la razón para diferenciar el derecho a disfrute de vacaciones en función del momento en que se producía la incapacidad temporal estribaba en la posibilidad de fraude por parte del trabajador que simulando una enfermedad ampliara con ello el periodo vacacional.

La posibilidad de fraude como motivo para negar la interrupción de las vacaciones se hace visible en la propia sentencia que se comenta. En efecto, en su fundamento de derecho séptimo, comienza afirmando el Alto Tribunal que la única razón válida para aceptar tal distinción de tratamiento *sólo hallaría justificación en aquellos supuestos en que la baja no fuera ajustada a derecho y, en suma, aparecieran indicios o sospecha de fraude (por ejemplo, cuando el periodo de vacaciones hubiera sido elegido por el propio trabajador a sa-*

<sup>23</sup> En este sentido, Charro Baena, P., *El derecho a vacaciones en el ámbito laboral. Origen y evolución histórica, sistema normativo y configuración jurídica del mismo*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1993. pp 558, con cita de Tarabini-Castellani para quien el fundamento de las vacaciones es la misma sociedad montada sobre el trabajo, productora de los efectos de alienación que pretende compensarse por medio de las vacaciones.

<sup>24</sup> Reflexión puesta de manifiesto por Cuenca Alarcón, M., “Vacaciones e incapacidad temporal: ¿pérdida, coordinación o compensación de derechos sociales? Comentario a la STS 4ª de 3 de octubre de 2007”, cit.

biendas de que en tales fechas iba a situarse en IT por tener programada alguna intervención de sanitaria)<sup>25</sup>. Afirmación que seguidamente se matiza en el sentido de que “la solución a alcanzar en esta cuestión debe ser ajena a los problemas que pueda plantear el control de la incapacidad temporal en el terreno prestacional”. De esta manera, se pone de manifiesto que el fraude no es amparable, pero su existencia y el problema de su control no deben permitir el manteniendo de un tratamiento diferenciado del derecho a vacaciones en función del momento en que se produce la incapacidad temporal del trabajador.

#### **4. LA NUEVA PREVISIÓN LEGAL SOBRE VACACIONES E INCAPACIDAD TEMPORAL EN LA REFORMA DEL ARTÍCULO 38 ET POR LA LEY 3/2012. INTERPRETACIÓN**

Como decíamos al inicio de este trabajo, la reforma del art. 38.3 ET en 2012 plantea la cuestión del alcance que puede tener este nuevo pronunciamiento judicial que comentamos sobre la interpretación del nuevo contenido del precepto citado. Y ello porque la nueva redacción de éste, aun suponiendo un avance que incorpora la jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación con la jurisprudencia del TJUE sobre el derecho al disfrute de vacaciones en situaciones de incapacidad temporal cualquiera que sea su causa<sup>26</sup>, no obstante “la nueva regulación legal no aclara de modo explícita si el derecho a un nuevo periodo de vacaciones en fechas alternativas debe reconocerse también cuando la incapacidad temporal que impide su goce efectivo se inicia justamente durante el descanso vacacional”<sup>27</sup>.

En efecto, según el nuevo párrafo final del art. 38.3 ET, *En el supuesto de que el período de vacaciones coincida con una incapacidad temporal por contingencias distintas a las señaladas en el párrafo anterior que imposibilite al trabajador disfrutarlas, total o parcialmente, durante el año natural a que corresponden, el trabajador podrá hacerlo una vez finalice su incapacidad y siempre que no hayan transcurrido más de dieciocho meses a partir del final*

<sup>25</sup> Con cita de la STJUE de 20 de enero de 2009, asunto Schultz-Hoff, que hace referencia a “la situación de baja por enfermedad debidamente prescrita”.

<sup>26</sup> Lo que ha sido acogido favorablemente por la doctrina. En este sentido, Álvarez Alonso, D., “Conciliación de la vida laboral y familiar y reglas sobre vacaciones”, en AAVV *Comentario a la reforma laboral de 2012* (Montoya Melgar, A./García Murcia, J., Dirs.), Civitas, 2012, p. 200. Herraiz Martínez, M. S., “El Real Decreto-Ley 3/2012: luces y sombras en materia de conciliación de la vida laboral y familiar”, en AAVV *Reforma laboral 2012. Análisis práctico del RD Ley 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral* (García-Perrote Escartín, I/ Mercader Uguina, J.R. Dirs.), Lex Nova, 2012, pp. 284 y ss.

<sup>27</sup> Álvarez Alonso, D., “Conciliación de la vida laboral y familiar y reglas sobre vacaciones”, cit, p. 202.

*del año en que se hayan originado.* Como se observa, el supuesto contemplado es la coincidencia entre el periodo de vacaciones y una incapacidad temporal originada por motivos distintos a los de embarazo, parto, lactancia natural, o suspensión del contrato por maternidad o paternidad –siendo éste último supuesto de nueva incorporación al precepto-, sin más distinciones.

Pese a que la doctrina se plantea dudas acerca de si el precepto engloba también los casos de incapacidad temporal iniciada durante el disfrute de vacaciones<sup>28</sup>, o incluso quienes no comparten tal interpretación<sup>29</sup>, se puede observar que en el supuesto objeto de análisis se dan los elementos necesarios contemplados en el precepto, esto es, incapacidad temporal/coincidencia con el periodo de vacaciones/imposibilidad de disfrute total o parcial de las vacaciones. Estos elementos tanto pueden concurrir cuando la incapacidad temporal es previa al inicio del disfrute de vacaciones como cuando se produce durante el disfrute mismo de las vacaciones.

En todo caso, la sentencia del Tribunal Supremo que analizamos y la STJUE de 20 de junio de 2012, cuya interpretación aplica nuestro Alto Tribunal, no dejan lugar a dudas: la diferencia de tratamiento del derecho a disfrute de vacaciones en función del momento en que se produce la incapacidad temporal coincidente no está justificado. Bien es cierto que los citados son pronunciamientos que se refieren a la interpretación de la normativa anterior a la reforma de 2012, que nada contemplaba sobre coincidencia de incapacidad temporal y vacaciones, salvo para los supuestos relacionados con la maternidad. Al contemplarse ya en el nuevo texto del art. 38.3 ET el supuesto de coincidencia, junto a la posibilidad de que las legislaciones nacionales puedan condicionar el ejercicio del disfrute de vacaciones según el TJUE y el Convenio 132 OIT, se podría pensar que la nueva sentencia del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 2012 y la doctrina del TJUE que contiene, no es aplicable a partir de la entrada en vigor del texto reformado del art. 38.3 ET.

<sup>28</sup> *Ibidem*, p. 203. También Sánchez Trigueros, C. y Fernández Orrico, F. J., “Conciliación de la vida familiar y laboral, apoyo al autoempleo y otras medidas”, en AAVV *La reforma laboral de 2012. Análisis del Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo* (Cavas Martínez, F., Coord.), Ediciones Laborum, 2012, pp. 293 y ss. “El ET fija la garantía de referencia para los casos en que el periodo de vacaciones coincida con una de las reseñadas situaciones, con lo que deja abierta a que se interprete la locución en los casos en que la vacación ya ha comenzado y lo que sucede es que sobreviene una de las causas suspensivas examinadas; el tema de todos modos, no es pacífico y está pendiente de que el Tribunal Supremo fije su posición”, pp. 311 y 312.

<sup>29</sup> Herraiz Martínez, M. S., “El Real Decreto-Ley 3/2012: luces y sombras en materia de conciliación de la vida laboral y familiar”, cit., p. 286, por considerar que la jurisprudencia comunitaria sólo se refiere al supuesto de que el trabajador no haya tenido efectivamente posibilidad de ejercitar el derecho a vacaciones y en el caso de que la enfermedad sobreviene al trabajador una vez comenzado el disfrute de sus vacaciones, éste ya tuvo posibilidad de ejercer su derecho.

Sin embargo, entendemos que el alcance de la citada sentencia tiene plena eficacia en la interpretación del supuesto en cuestión en relación con el nuevo contenido del precepto estatutario referido, por las siguientes razones:

- El propio TJUE ha declarado que los condicionantes de las legislaciones nacionales no pueden enervar el derecho al disfrute de las vacaciones, respecto al cual no pueden establecerse excepciones y cuya aplicación por parte de las autoridades nacionales competentes únicamente puede efectuarse respetando los límites establecidos expresamente por la propia Directiva 2003/88 (STJUE de 20 de enero de 2009, asunto Schultf-Hoff, entre otras).
- La citada Directiva 2003/88/CE ha sido reiteradamente interpretada por el TJUE, siendo la sentencia de 21 de junio de 2012, asunto ANGED, la que interpreta que se oponen al art. 7.1 de la citada Directiva las disposiciones nacionales que establezcan que un trabajador que se encuentre en situación de incapacidad laboral sobrevenida durante el período de vacaciones anuales retribuidas no tiene derecho a disfrutar posteriormente de las vacaciones anuales coincidentes con el período de incapacidad laboral, entre otras razones porque el derecho a vacaciones anuales retribuidas no puede ser interpretado de manera restrictiva<sup>30</sup>.
- Aunque el artículo 6.2 del Convenio 132 OIT parte de que los periodos de incapacidad temporal no podrán ser contados como parte de las vacaciones anuales pagadas, conforme a las condiciones que en cada país se determinen, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones ha indicado a España en reiteradas ocasiones que dichas condiciones deben ser enunciadas con claridad.
- De lo anterior se deduce que para entender que la situación de incapacidad producida durante el disfrute de vacaciones sí computan como vacaciones, el artículo 38.3 ET debería indicarlo expresamente, y no lo hace. Se podría sostener, pues, el efecto directo de la Directiva 2003/88/CE y de la misma sentencia TJUE de 21 de junio de 2012.
- El único condicionante expreso que contempla el artículo 38.3 ET respecto a la coincidencia de incapacidad temporal y periodo de vacaciones, y sólo para casos diferentes a los de embarazo, parto,

<sup>30</sup> Para Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer, M., “Derecho a vacaciones y baja del trabajador en la reciente jurisprudencia del TJUE”, cit., la sentencia (TJUE 21 de junio de 2012) puede tener escaso efecto práctico para el futuro, puesto que la reforma del art. 38.3 en la disposición final primera del Real Decreto Ley 3/2012, ha extendido a todos los supuestos de incapacidad temporal del derecho el derecho al disfrute de las vacaciones no gozadas en el momento oportuno.

lactancia natural, maternidad o paternidad, es el de la limitación temporal del disfrute pospuesto de vacaciones que habrá de tener lugar como máximo dentro de los dieciocho meses siguientes a la finalización del año en que se hayan originado las vacaciones<sup>31</sup>, límite máximo coherente con la salvaguarda de la finalidad propia de las vacaciones que se inspira en la propia jurisprudencia europea<sup>32</sup>.

Podemos concluir afirmando que actualmente no cabe duda de que la incapacidad temporal por enfermedad común o profesional producida durante el periodo de disfrute de las vacaciones interrumpe las vacaciones y que el tiempo que reste de dicho periodo de vacaciones –sea parcial o total- se podrá disfrutar finalizada la incapacidad temporal, ya se produzca esta finalización dentro del año natural al que corresponden las vacaciones o con posterioridad, debiendo hacerse efectiva en este último caso dentro de los dieciocho meses siguientes a contar desde el final del año en que se hayan originado.

<sup>31</sup> Para Sempere Navarro, A. V., y Martín Jiménez, R., *Claves de la reforma laboral de 2012 (Estudio del RDley 3/2012, de 10 de febrero)*, Thomson Reuters Aranzadi, 2012, p. 245: “Se trata de una regla que pretende modalizar y encauzar la doctrina del TJUE (...) expansiva del derecho a la salud de los trabajadores, a términos más razonables”.

<sup>32</sup> Álvarez Alonso, D., “Conciliación de la vida laboral y familiar y reglas sobre vacaciones”, cit., p. 201.