

Conciliación de la vida laboral y familiar en la reforma laboral de 2012.

Por: David Montoya Medina

Profesor Contratado Doctor (Acreditado Titular) de la Universidad de Alicante

SUMARIO: 1.- Planteamiento. 2.- Los derechos reformados. 3.- El derecho al permiso y a la reducción de jornada por lactancia de menor de nueve meses. 3.1.- Supuestos en los que se reconoce el ejercicio del derecho: extensión a la adopción y acogimiento. 3.2.- Titularidad del ejercicio del derecho al permiso: derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres. 4.- Derecho a la reducción de jornada por guarda legal/cuidado de menor, incapacitado o familiar impedido. 5.- El ejercicio del derecho al permiso por lactancia y a la reducción de jornada del art. 37.5 ET. 5.1.- La concreción horaria: criterios en la negociación colectiva. 5.2.- Preaviso de las fechas de inicio y de fin del permiso de lactancia y de la reducción de jornada. 6.- Las vacaciones anuales: coincidencia con suspensiones por paternidad e incapacidad temporal. 6.1.- Vacaciones y paternidad. 6.2.- Vacaciones e incapacidad temporal.

1.- Planteamiento.

La trascendente reforma laboral acometida en nuestro país durante el presente año tiene diversos puntos de encuentro con sus precedentes legales, esto es, con las reformas aprobadas en el bienio 2010-2011. Ambas han representado, aunque con una intensidad visiblemente diversa, modificaciones importantes del marco jurídico ordenador de las relaciones laborales, aprobadas sin apenas consenso parlamentario, e impulsadas por el gobierno de turno tras la ruptura de hasta tres procesos de concertación social en este periodo. Asimismo, las líneas maestras de los dos procesos de reforma han sido, esencialmente, las mismas: potenciación de los mecanismos de flexibilidad interna, dulcificación causal y procedimental del despido por causas empresariales, y favorecimiento de la negociación colectiva de empresa.

Las modificaciones operadas por la disposición final 1ª de la Ley 3/2012, de 6 de julio (anterior RDL 3/2012, de 10 de febrero), en materia de conciliación de la vida laboral y familiar no encajan con nitidez en ninguna de dichas líneas maestras. De aquí que no sorprenda que el tratamiento global que la reforma de 2012 hace de esta materia sea el de una materia menor, residual, circunstancia que resulta apreciable en diversos aspectos.

En primer lugar, por la nula o escasa labor pedagógica que efectúa la exposición de motivos de la Ley 3/2012 para explicar lo reformado en este ámbito. La exposición de motivos se limita a anunciar que la reforma precisa *“las condiciones de disfrute de determinados supuestos de permisos de los trabajadores en materia de conciliación de vida laboral y familiar”*, pero no se dice nada más para explicar el sentido o fundamento de dicha reforma.

En segundo lugar, no debe pasar por alto el hecho de que la regulación de esta materia se condensa en la lejana disposición adicional 1ª y no dentro del

articulado de la Ley 3/2012, circunstancia formal que, de alguna manera, permite corroborar el papel residual que para el legislador ocupa esta materia dentro del conjunto de la reforma.

Por último, la simple consulta de los preceptos legales modificados y del texto de la modificación permite constatar que lo reformado en este ámbito ha sido cuantitativamente y cualitativamente escaso. Por un lado, son pocos los derechos de conciliación a los que ha afectado la reforma. Se trata, principalmente, de cuatro: el derecho al permiso y reducción de jornada por lactancia (art. 37.4 ET), el derecho de reducción de jornada por guarda legal de menor 8 años, discapacitado o cuidado directo de un familiar (art. 37.5 ET), el derecho de concreción horaria y determinación del periodo de disfrute de los anteriores derechos (art. 37.6 ET), y, por último, las vacaciones (art. 38 ET).

Por otro lado, si bien se mira, las modificaciones operadas sobre estos derechos no representan una revisión en su totalidad de su régimen jurídico sino que afectan solo a determinados aspectos muy puntuales. La reforma se limita, en términos generales, a incorporar criterios que ya venían siendo observados por la jurisprudencia, en unos casos, y, en otros, a precisar mínimamente los términos para el ejercicio de determinados derechos. Desde este punto de vista, los cambios normativos representan poca novedad.

Además, aparte de estos derechos cuyo régimen jurídico se ha modificado levemente, la ley 3/2012 ha introducido un par de previsiones programáticas, de contenido muy difuso, relacionadas con la promoción de fórmulas flexibles de organización del tiempo de trabajo (nuevo párrafo 2º del art. 34.8 ET) y la promoción de la racionalización de los horarios de trabajo (disp. adic. 17ª Ley 3/2012)¹, con el fin, en ambos casos, de favorecer la atención a las necesidades de conciliación. Se trata, como se ha dicho, de medidas programáticas, de momento sin contenido normativo, cuyo desarrollo la ley ha dejado a la iniciativa de la negociación colectiva (en el caso de la organización flexible del trabajo a la que se refiere el nuevo párrafo 2º del art. 34.8 ET) y a la propia acción del gobierno (al que la disp. adic. 17ª ha dado un plazo de tres meses para la adopción de dichas medidas de racionalización de los horarios). Conviene adelantar aquí que estas previsiones no serán objeto de mayores comentarios en este estudio, dado el escaso contenido regulador de los preceptos legales que las han introducido.

Ese tratamiento residual que recibe la materia de la conciliación contrasta con el carácter de exhaustividad que se ha pretendido atribuir la reforma y que bien refleja la exposición de motivos de la ley 3/2012 que la califica de

¹ Ambas previsiones no se encontraban en el texto del RDL 3/2012. Sin embargo fueron incorporadas a la Ley 3/2012, de 16 de julio, como consecuencia de las enmiendas transaccionales aprobadas tras la tramitación de la norma gubernamental como proyecto de ley.

“completa y equilibrada”. También la escasa importancia que se ha dado al tema de la conciliación contrasta con el hecho de que la exposición de motivos ponga el acento en el objetivo de la estabilidad en el empleo al expresar, en dos párrafos seguidos, que la reforma “*trata de garantizar... la seguridad de los trabajadores en el empleo*” y que persigue establecer “*un marco claro... que facilite... la estabilidad en el empleo que necesita nuestro país*”. Con semejantes propósitos, y dada la vocación de exhaustividad que la ley se autoatribuye, no hubiese sorprendido una revisión más profunda de la actual regulación de los derechos laborales concernientes a la conciliación. Con las parcas modificaciones introducidas por la reforma de 2012, el legislador parece olvidar que detrás de una buena parte de las decisiones tomadas por los trabajadores (particularmente de las trabajadoras) de abandonar o interrumpir sus carreras profesionales está la imposibilidad de atender debidamente a las responsabilidades familiares ante la insuficiencia de las soluciones ofrecidas por el vigente marco legal.

2.- Los derechos reformados.

Como se ha adelantado, son cuatro los derechos objeto de reforma por la disposición final 1ª de la Ley 3/2012: el derecho al permiso y a la reducción de jornada por lactancia de menor de nueve meses (art. 37.4 ET); el derecho de reducción de jornada por guarda legal de menor de 8 años, de discapacitado que no desempeñe actividad retribuida, y por cuidado de familiar impedido, hasta el segundo grado por consanguinidad o afinidad, que no desempeñe actividad retribuida (art. 37.5 ET); el derecho a la concreción horaria y a la determinación del periodo de disfrute de los anteriores derechos (art. 37.6 ET); y el derecho de vacaciones anuales (art. 38 ET).

Salvo el del art. 37.6 ET², se trata el resto de derechos muy clásicos³. Desde que nacieron, han mantenido prácticamente su esencia inalterada, pese a haber sufrido diversas reformas, particularmente, las introducidas por la Ley 39/1999, *para promover la conciliación de la vida familiar y laboral* y por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, *para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*. La reforma de 2012 continúa esa tónica de no alterar sustancialmente estos

² Derecho introducido en nuestro ordenamiento jurídico por el art. 23 de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, *para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras*.

³ El vigente permiso de lactancia tiene como antecedente remoto el permiso de una hora, para tal fin, instaurado por el art. 9.2 de la ley, de 13 de marzo de 1900, sobre protección de las mujeres y niños en el trabajo (Gaceta de Madrid nº 73, de 14 de marzo). La reducción de jornada por guarda legal de menor se remonta al art. 23.6 de la Ley 16/1976, de 8 de abril, *de Relaciones Laborales*, y el derecho de vacaciones anuales, al art. 56 de la Ley, de 21 de noviembre de 1931, *de Contrato de Trabajo* (reconocía un derecho a un permiso ininterrumpido de siete días por año de contrato) y al art. 2 del Convenio nº 52 OIT, de 1936 (reconocía un derecho de vacaciones de, al menos, seis días laborables tras un año de servicios continuados).

derechos, siendo, sin embargo, más agresiva, como se verá en estas páginas, en el derecho a la reducción de jornada por guarda legal o cuidado de familiares.

3.- El derecho al permiso y a la reducción de jornada por lactancia de menor de nueve meses.

Como es sabido, el art. 37.4 ET venía reconociendo a las trabajadoras el derecho a un permiso de una hora de ausencia del trabajo, fraccionable en dos, para la atención de la lactancia de un menor de nueve meses. El permiso se incrementa proporcionalmente en caso de parto múltiple y la trabajadora, por su voluntad, podía sustituir este derecho por una reducción de su jornada en media hora. También puede acumularlo en jornadas completas, conforme a lo previsto en la negociación colectiva o en el acuerdo al que llegue con el empresario.

Pues bien, la reforma 2012 ha afectado a los supuestos en los que corresponde el ejercicio de este derecho y su titularidad.

3.1.- Supuestos en los que se reconoce el ejercicio del derecho: extensión a la adopción y acogimiento.

En cuanto a los supuestos en los que puede ejercitarse este derecho, la anterior redacción del art. 37.4 ET no era un ejemplo de claridad, pero parecía estar pensando exclusivamente en los casos de filiación natural, pues mencionaba expresamente el parto al referirse al parto múltiple, con lo que quedaban fuera del tenor literal de la norma los supuestos de adopción y acogimiento. Ello no obstante, el precepto debía entenderse también aplicable analógicamente a estos supuestos⁴, pues el art. 39.2 CE encomienda a los poderes públicos la protección integral de los hijos a los que reconoce iguales ante la ley con independencia de su filiación y el art. 108 CC equipara en efectos la filiación por naturaleza y la filiación por adopción. En coherencia con dichas previsiones, la exclusión de la filiación no natural y del acogimiento del radio de acción del precepto representaba un tratamiento discriminatorio en la ley, por razón de nacimiento, contrario al art. 14 CE.

La reforma operada por la ley 3/2012 deja ahora claro que el derecho se debe reconocer tanto en los supuestos de nacimiento como los de adopción y acogimiento, también los de carácter múltiple. Desde luego, merece una valoración positiva el hecho de que el art. 37.4 ET se haya modificado para colmar una laguna tan evidente. Ello, al margen de que, como se ha dicho,

⁴ Así lo reconoció tempranamente un sector de la doctrina. Cfr., por todos, SEMPERE NAVARRO, A.V. “La Ley 3/1989, sobre maternidad e igualdad de trato de la mujer trabajadora”, RL nº 13, 1989, pág. 94. SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. *Los permisos retribuidos del trabajador (Régimen jurídico de las interrupciones no periódicas preavisadas y justificadas del contrato de trabajo)*, Aranzadi, 1998, pág. 193.

existían suficientes fundamentos legales como para considerar incluidos estos supuestos dentro de la dicción anterior del art. 37.4 ET.

3.2.- Titularidad del ejercicio del derecho al permiso: derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres.

Probablemente el aspecto relacionado con la titularidad del ejercicio del derecho al permiso o reducción de jornada por lactancia sea el más relevante de lo reformado en torno al mismo. Como es sabido, la redacción del precepto, anterior a la reforma de 2012, atribuía exclusivamente su titularidad a la madre del lactante. Desde luego, permitía también su ejercicio al padre pero ello era solamente posible en el caso de que ambos trabajasen por cuenta ajena y la madre le cediese el disfrute del derecho pues la norma dejaba claro que la titularidad del derecho correspondía a la mujer trabajadora al atribuir literalmente el derecho a “las trabajadoras”.

El resultado de semejante regulación era evidente: el progenitor varón no podía ejercitar ese derecho cuando la mujer no lo ostentase por no ser trabajadora por cuenta ajena, ya sea por estar desempleada o por ser trabajadora autónoma. Tampoco podía ejercitarlo en el supuesto de constituir una familia monoparental. Algunos convenios corregían dicha limitación atribuyendo también el derecho al padre⁵, pudiendo éste, por tanto, ejercitarlo cuando la madre fuese trabajadora autónoma. Sin embargo, salvo previsión convencional en ese sentido, la regla general marcada por la ley era la de dejar fuera al padre del ejercicio del derecho si la madre, titular del mismo, no trabajaba por cuenta ajena⁶.

Dicha regulación constituía una clarísima discriminación en la ley por razón de sexo. Así fue apreciado por el Tribunal de Justicia de la UE en su sentencia de 30 de septiembre de 2010 (asunto C-104/09, *Roca Álvarez*) en el que se planteó si la regulación española era contraria a la Directiva 76/207, *relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres*, y el TJUE dijo que, efectivamente, sí lo era. Añadió, además, el TJUE que una regulación como la española perpetuaba la tradicional asignación de roles entre hombre y mujer en las tareas de cuidado de los hijos que sitúa al varón en una posición subsidiaria respecto de dichos deberes de cuidado y que perjudica a las mujeres

⁵ Es el caso del art. 133 de la normativa laboral de Telefónica de España, SAU, en concordancia con el art. 8.3 de su convenio colectivo para los años 2011-2013 (Resolución de la Dirección General de Trabajo de 19 de julio de 2011, BOE de 04 de agosto). Sobre su aplicación en este ámbito, cfr. las sentencias TSJ Navarra 15 de diciembre de 2003 (Rec. nº 196/2003), TSJ Comunidad Valenciana 23 de mayo de 2006 (Rec. nº 4135/2005) y TSJ Madrid 10 de octubre de 2008 (Rec. nº 4027/2008) .

⁶ Así lo venía reconociendo la jurisprudencia. Cfr. Sentencia TS 07 de abril de 2005 (Rec. nº 430/2004). Si bien no faltaron pronunciamientos posteriores en suplicación, proclives al reconocimiento, *ex lege*, del derecho a ambos progenitores. Cfr. Sentencias TSJ Madrid 10 de octubre de 2008 (Rec. nº 4027/2008) y TSJ Canarias 11 de diciembre de 2009 (Rec. nº 1332/2006).

que se ven obligadas a dejar o interrumpir sus carreras profesionales por tales motivos.

La reforma 2012 ha sido sensible a esta jurisprudencia, que ya venía siendo aplicada por la doctrina judicial posterior al fallo del TJUE⁷ y que también sintonizaba con algunas posiciones doctrinales coetáneas⁸. En consecuencia, la ley atribuye ahora indistintamente a ambos progenitores la titularidad del derecho con independencia de su sexo. Eso sí, asimismo, ha mantenido la limitación a su ejercicio a uno de ellos en caso de que ambos trabajen.

4.- Derecho a la reducción de jornada por guarda legal/cuidado de menor, incapacitado o familiar impedido.

La reforma introducida por la ley 3/2012 en el derecho a la reducción de jornada por guarda legal o cuidado de menor de ocho años, discapacitado o familiar impedido es, a mi modo de ver, la de mayor repercusión de todas las efectuadas en este ámbito y eso que el precepto que lo regula (el art. 37.5 ET) permanece inalterado y solamente se ha modificado para introducir la palabra “*diaria*”⁹. La jornada a la que se refiere la reducción ahora debe ser la jornada diaria.

Como es sabido, el art. 37.5 ET viene reconociendo al trabajador que tiene a su cargo un menor de ocho años, un discapacitado o un familiar impedido que no desempeñen actividad retribuida un derecho de reducción de jornada entre un octavo y la mitad de su duración. Con anterioridad a la reforma de 2012, nada se decía, sin embargo, sobre el alcance objetivo de este derecho. Y es que la dicción del art. 37.6 ET en el sentido de que “*la concreción horaria y la*

⁷ Sentencias TSJ País Vasco 20 de diciembre de 2011 (Rec. nº 2616/2011) y 4 de octubre de 2011 (Rec. nº 2005/2011), TSJ Galicia 12 de noviembre de 2010 (Rec. nº 5429/2005).

⁸ GARCÍA RUBIO, M^a.A. y LÓPEZ BALAGUER, M. “Conciliación de la vida laboral y familiar: propuestas a favor de la corresponsabilidad de mujeres y hombres”, en CAMPS RUIZ, L.M., RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M. Y SALA FRANCO, T. (Dir.). *Crisis, reforma y futuro del Derecho del Trabajo*. Valencia (Tirant lo Blanch), 2010, pág. 258. Pág. CORDERO GORDILLO, V. “Los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral en el ordenamiento jurídico español”, en AZCÁRRAGA MONSONIS, C. (Dir). *Derecho y (des)igualdad por razón de género: una visión multidisciplinar*. Valencia (Tirant lo Blanch), 2011, pág. 154.

⁹ La reforma de este derecho hubiese sido una buena ocasión para mejorar otras cuestiones pendientes como la elevación del límite de edad del menor objeto de cuidado de ocho a doce años. Dicho límite mayor es el establecido en el derecho de reducción de jornada establecido del art. 48.1 h) de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, y viene siendo reclamado por la doctrina. Cfr. GARCÍA TESTAL, E y LÓPEZ BALAGUER, M. *Los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar en la empresa*. Tirant lo Blanch (Valencia), 2012, pág. 111. SALA FRANCO, T. y BALLESTER PASTOR, M^a.A. *Reducción y adaptación de la jornada por conciliación*. Tirant lo Blanch (Valencia), 2009, pág. 33. CORDERO GORDILLO, V. “Los derechos de conciliación...”, op. cit., págs. 148 y 149.

determinación del periodo de disfrute” de este derecho “corresponderá al trabajador, dentro de su jornada ordinaria”, no resultaba muy esclarecedora a estos efectos.

La anterior regulación del derecho de reducción de jornada venía planteando, básicamente, dos interrogantes sobre los que no ha existido una postura inconcusa en los tribunales de justicia. Por una parte, se ha planteado si el reconocimiento y ejercicio de dicho derecho comprendía también el derecho a modificaciones cualitativas de la jornada, esto es, alteraciones en la organización del horario de tal forma que, por ejemplo, si el trabajador prestaba servicios en régimen de turnos rotatorios podía solicitar la adscripción a un turno fijo o, si trabajaba en régimen de jornada partida, podía pasar a prestar servicios en régimen de jornada continuada.

En un primer estadio, tanto la sala de lo social de la Audiencia Nacional como la del Tribunal Supremo se pronunciaron favorablemente en torno a esta hipótesis en supuestos en los que el trabajador solicitaba cambios en su régimen de trabajo a turnos¹⁰. Tampoco han faltado, en el mismo sentido, pronunciamientos en suplicación¹¹.

Sin embargo, con posterioridad, la doctrina unificadora del Tribunal Supremo mantuvo el criterio de que el derecho de reducción de jornada del art. 37.5 ET no aglutina al tiempo un pretendido derecho del trabajador a la alteración del horario o del sistema de trabajo a turnos, en tanto dichos cambios representan una alteración cualitativa de la organización del tiempo de trabajo en la empresa, no comprendida en el ámbito objetivo del precepto¹². Como es sabido, dichas pretensiones deben canalizarse al amparo del art. 34.8 ET y con sujeción a los límites establecidos en el mismo.

Mayor interés reviste, por lo que aquí concierne, el segundo interrogante que ha venido planteando la interpretación del alcance objetivo del derecho de reducción de jornada del art. 37.5 ET y que se refiere, concretamente, al tipo de jornada respecto de la que podía operar dicha reducción. El problema que el precepto no resolvía era si la reducción de jornada podía operar sobre módulos superiores al diario (semanal, mensual o, incluso, anual) pues, como se ha dicho, el precepto se limitaba a posibilitar el ejercicio del derecho en torno a la

¹⁰ Sentencia AN 28 febrero de 2005 (Proc. nº 157/2004). Sentencia TS 20 julio de 2000 (Rec. nº 3799/1999).

¹¹ Sentencias TSJ Galicia 5 de noviembre de 2010 (Rec. nº 2093/2010), TSJ Aragón 21 de mayo de 2009 (Rec. nº 316/2009), TSJ Madrid 07 de septiembre de 1999 (Rec. nº 1201/1999), 12 de noviembre de 2008 (Rec. nº 2991/2008), 06 de marzo de 2009 (Rec. nº 4779/2008) y 17 de marzo de 2009 (Rec. nº 5598/2008).

¹² Sentencias TS ud 13 de junio de 2008 (Rec. nº 897/2007) y 18 de junio de 2008 (Rec. nº 1625/2007). En el mismo sentido, cfr. Sentencia TSJ Madrid 29 marzo de 2006 (Rec. nº 510/2006) y 15 de octubre de 2010 (Rec. nº 817/2010).

“*jornada ordinaria*” del trabajador. Una respuesta afirmativa suponía que bajo aquella regulación el trabajador podía ejercitar su derecho de reducción de jornada concentrando su actividad laboral determinados días de la semana (librando los sábados, por ejemplo) o, incluso, del año (para permitir al trabajador, por ejemplo, la ausencia del trabajo durante el periodo correspondiente a las vacaciones escolares de sus hijos).

Si bien la sala de lo social de la Audiencia Nacional pareció admitir esta posibilidad, aunque no directamente sino de forma implícita¹³, no ha podido reflejarse una posición unitaria en la jurisdicción social ya que la tónica general ha sido el dictado de fallos de signo opuesto tanto en los juzgados de lo social como en la doctrina en suplicación¹⁴.

Pese a este titubeo en sede judicial, a mi juicio, no han faltado argumentos para sostener una interpretación favorecedora de esta posibilidad. Por una parte, desde un punto de vista de interpretación literal de la norma, no debe existir reparo en entender que puede tener cabida en la dicción “*jornada ordinaria*” del art. 37.6 ET la jornada computada en unidades temporales superiores a la diaria, pues en nuestro ordenamiento jurídico tan ordinaria es la jornada diaria como la jornada semanal, mensual o anual. Dicha constatación, unida al hecho de que el art 37.6 ET atribuya al trabajador “*la concreción horaria y la determinación del periodo de disfrute*” de la reducción de jornada, permitía interpretar que el derecho podía ejercitarse por el trabajador a modo de bufé escandinavo: éste es quien decidía, atendiendo a sus concretas necesidades de conciliación, si aplicaba la reducción de jornada sobre su jornada diaria, semanal, mensual o anual. Por otra parte, desde el prisma de la interpretación teleológica de la norma, dicha solución es la que mejor encaja con la satisfacción de los problemas de conciliación a la que aspira el reconocimiento legal de este derecho de reducción de jornada. Repárese en que, como ya ha señalado la doctrina, en muchas ocasiones, la atención a determinadas necesidades de conciliación no se puede satisfacer debidamente con una mera reducción de la jornada diaria sino con periodos de ausencia más amplios que permitan

¹³ Sentencia AN 8 de febrero de 2007 (Proc. nº 189/2007), que reconoció el derecho de los trabajadores con jornada reducida a verse dispensados del trabajo en domingos y festivos, entre las 22 y las 24 horas, para la preparación de balance y ventas especiales.

¹⁴ Han admitido la reducción de jornada en cómputo superior al diario, entre otras, las sentencias TSJ Comunidad Valenciana 27 de septiembre 2000 (Rec. nº 3433/1999), Juzgado de lo Social nº 16 Madrid, de 07 de julio de 2008 (Proc. nº 420/2008), Juzgado de lo Social nº 25 Madrid, de 19 de junio 2008 (Proc. nº 232/2008), Juzgado nº 34 de Madrid, de 7 de marzo de 2006 (Proc. nº 16/2006) y Juzgado de lo Social nº 31 Madrid, de 17 marzo 2005 (Proc. nº 218/2005). En cambio, rechazaron esta interpretación las sentencias TSJ Comunidad Valenciana 22 noviembre de 2005 (Rec. nº 1116/2005), TSJ Andalucía 22 marzo de 2002 (Rec. nº 2194/2001), Juzgado de lo Social nº 4 Sevilla, de 30 de noviembre 2007 (Proc. nº 633/2007), y Juzgado de lo Social nº 2 de Pamplona, de 22 de diciembre de 2004 (Proc. nº 610/2004).

articular debidamente el tiempo de trabajo con las responsabilidades de cuidado¹⁵.

Como se ha adelantado al inicio de este epígrafe, la reforma 2012 ha introducido un cambio muy significativo en el derecho de reducción de jornada del art. 37.5 ET al circunscribir claramente su ejercicio a la jornada diaria. De esta manera, cierra de raíz la anterior interpretación flexible de este derecho, favorable a su ejercicio sobre parámetros temporales superior al diario, y pone fin, de paso, al aludido debate interpretativo en sede judicial. Por “*jornada ordinaria*” debe entenderse, pues, a efectos del ejercicio del derecho del art. 37.5 ET, la “*jornada diaria*”.

Así las cosas, la reforma, por una parte, ha resuelto el problema de qué debe entenderse por jornada a efectos de reducción, pero, por otra, en cierta forma ha creado otro de todavía mayor envergadura. Es evidente que la modificación proporciona seguridad jurídica y minora el impacto que el ejercicio de este derecho puede tener en la organización del personal en la empresa, sobre todo cuando es ejercitado simultánea o sucesivamente por varios trabajadores que pretenden atender, de manera diversa, diferentes necesidades de conciliación. Sin embargo, por otra parte, la modificación no deja de ser una clarísima restricción a las opciones que, hasta el momento, tenían los trabajadores para articular su tiempo de trabajo con la atención a sus específicas responsabilidades de cuidado de familiares o discapacitados.

Así pues, desde mi punto de vista, el derecho de reducción de jornada del art. 37.5 ET pierde, en gran parte, su esencia con la reforma a cuya resultas queda desdibujado. Ello posiblemente determinará que buena parte de las solicitudes de reducción de jornada por motivos de conciliación se pretendan canalizar por otros cauces en nuestro ordenamiento jurídico cuando al trabajador no le baste con una reducción de su jornada diaria para atender a sus particulares responsabilidades de cuidado. Es el caso del derecho a la adaptación de la duración y distribución de la jornada del art. 34.8 ET o de la excedencia por razones familiares del art. 46.3 ET. Adviértase, no obstante, que el Tribunal Supremo¹⁶, aunque *obiter dicta*, y, después, la doctrina judicial¹⁷ han

¹⁵ SALA FRANCO, T. y BALLESTER PASTOR, M^a.A. *Reducción y adaptación de la jornada por conciliación*, op. cit, págs.19 y 20. HERRAIZ MARTÍN, M^a.S. “El Real Decreto-Ley 3/2012: luces y sombras en materia de conciliación de la vida laboral y familiar”, en GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J.R. *Reforma laboral 2012. Análisis práctico*. Lex Nova (Valladolid), 2012, pág. 281.

¹⁶ Cfr. las ya citadas sentencias TS ud 13 de junio de 2008 (Rec. nº 897/2007) y 18 de junio de 2008 (Rec. nº 1625/2007).

¹⁷ Sentencias TSJ Cataluña 17 de octubre de 2011 (Rec. nº 2790/2011), TSJ Madrid 2 de marzo de 2010 (Rec. nº 5855/2009), TSJ Asturias 18 de diciembre de 2009 (Rec. nº 2738/2009) y TSJ Castilla la Mancha 3 de diciembre de 2008 (Rec. nº 32/2008).

venido reconociendo al primero de los derechos señalados una operatividad menor que la que podía tener el del art. 37.5 ET antes de la reforma. Dichos pronunciamientos apuestan por una interpretación estricta y literal del art. 34.8 ET, conforme a la cual, el ejercicio del derecho que dicho precepto instaaura se debe sujetar, en todo caso, a los términos establecidos en la negociación colectiva o en el acuerdo al que llegue el trabajador con el empresario. Así pues, en defecto de regulación en pacto individual o colectivo, el derecho queda, para nuestros tribunales, vacío de contenido¹⁸.

Apuntados los efectos de la modificación introducida en el derecho de reducción de jornada del art. 37.5 ET, es interesante, a continuación, dar cuenta aquí de un par de cuestiones problemáticas que también suscita la reforma operada sobre este derecho y que ya han sido apuntadas por los primeros comentaristas de su nueva regulación¹⁹.

La primera cuestión concierne a la naturaleza de la regla que impone que la reducción de jornada opere sobre la jornada diaria. ¿Se trata de una regla de derecho necesario o derecho dispositivo, de tal forma que podría ser modificada por convenio colectivo o acuerdo individual? Hay que decir de entrada que, desde mi punto de vista, no hubiera estado de más que el legislador hubiese atribuido expresamente carácter dispositivo a dicha prescripción legal, autorizando al convenio colectivo a dulcificar una regla que se antoja rígida en exceso para servir a los objetivos de conciliación que inspiró su inicial instauración en la legislación laboral. Tal y como está redactado el precepto, parece que legislador no ha querido permitir esta posibilidad. Sobre todo si se pondera que el apartado siguiente de la norma (art. 37.6 ET) sí permite expresamente al convenio colectivo instaurar un plazo alternativo al de quince días que se establece para el preaviso necesario para el ejercicio y dejación de este derecho.

La segunda cuestión anunciada concierne al grado de retroactividad de la nueva regulación que impone que la reducción opere sobre la jornada diaria: ¿podría, por hipótesis, afectar a aquellos trabajadores que en el momento de entrada en vigor del RDL 3/2012 estuvieran disfrutando de una reducción de jornada del art. 37.5 ET? Todo apunta a que debe darse a esta cuestión una respuesta negativa en tanto dicha aplicación eventual de la norma a relaciones jurídicas ya constituidas y sobre derechos ya reconocidos y en ejecución

¹⁸ La mayoría de la doctrina, sin embargo, ha reconocido la plena efectividad directa del derecho. Cfr., por todos, SALA FRANCO, T. y BALLESTER PASTOR, M^a.A. *Reducción y adaptación de la jornada por conciliación*, op. cit, págs 52 Y 53. En contra, GARCÍA TESTAL, E y LÓPEZ BALAGUER, M. *Los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar en la empresa*, op. cit., págs. 88 y 89.

¹⁹ SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. “Ampliación y restricción de derechos sobre conciliación de vida familiar y laboral en la reforma de 2012”. Comunicación al XXII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. San Sebastián, 2012, pág. 8.

representaría una retroactividad de grado máximo, no respetuosa con el art. 9.3 CE (garantía de irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales) ni con el art. 2.3 CC (regla de la irretroactividad de las disposiciones legales salvo que dispusieren lo contrario).

5.- El ejercicio del derecho al permiso por lactancia y a la reducción de jornada del art. 37.5 ET.

Una tercera cuestión sobre la que merece detenerse concierne al ejercicio del derecho al permiso o reducción de jornada por lactancia y del derecho de reducción de jornada del art. 37.5 ET. La reforma 2012 ha introducido un par de novedades dignas de reseña en este ámbito con el fin de precisar más los términos del ejercicio de estos derechos, consciente el legislador de su elevada litigiosidad. Una de las novedades introducida por la reforma concierne al papel que el convenio colectivo pudiera, eventualmente, jugar para establecer criterios de concreción horaria en el ejercicio de estos derechos. Otra, representa una regulación ligeramente más completa de lo relacionado con el preaviso que debe observar el trabajador, respecto del empresario, cuando pretenda disfrutar de alguno de estos derechos, o bien poner fin a su ejercicio.

5.1.- La concreción horaria: criterios en la negociación colectiva.

El art. 37.6 ET ya establecía antes de la reforma de 2012 y sigue estableciendo ahora que corresponde al trabajador *“la concreción horaria y la determinación del periodo de duración del disfrute”* del permiso de lactancia y de la reducción de jornada del art. 37.5 ET.

La novedad es que ahora el precepto llama a los convenios colectivos para que, no obstante, establezcan criterios para la concreción horaria en el ejercicio de esos derechos. Y los criterios de concreción horaria deben establecerse *“en atención a los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral del trabajador y las necesidades productivas y organizativas de las empresas”*.

Parece que la norma pretende hacer algo parecido a lo que ya hace el vigente art. 23 ET, que llama a la negociación colectiva para el establecimiento de criterios para la adaptación de la jornada del trabajador que realice estudios académicos o profesionales.

Probablemente el legislador esté pensando en fórmulas como las típicas preferencias para elegir franja horaria para el trabajo o para la adscripción a un determinado turno, de las que podrían beneficiarse los trabajadores con responsabilidades acreditadas de conciliación, respecto del resto de trabajadores, particularmente de aquellos contratados, específicamente, para

cubrir un turno vacante en la empresa. De hecho, algunos convenios colectivos vigentes ya ofrecen puntuales muestras de este tipo de regulaciones²⁰.

Con todo, habrá que ver si la negociación colectiva se anima a responder a la llamada legal pues lo cierto es que, hasta la fecha, se ha mostrado excesivamente tímida en el desarrollo de los derechos de conciliación²¹. Y si se anima, sin duda alguna habrá que examinar puntillosamente los criterios establecidos por el convenio colectivo pues la remisión legal en modo alguno puede representar, so pena de nulidad, una restricción convencional al ejercicio de estos derechos de los trabajadores en beneficio de las necesidades organizativas y productivas de las empresas a las que alude ahora la norma²². Abona lo dicho la doctrina que viene trazando el Tribunal Constitucional en esta materia. Dicha instancia judicial, en más de una ocasión, ya ha puesto de relieve la relevancia constitucional de estos derechos por su entronque con el derecho a la no discriminación del art. 14 CE y el mandato de protección a la familia y la infancia del art. art. 39 CE²³.

5.2.- Preaviso de las fechas de inicio y de fin del permiso de lactancia y de la reducción de jornada.

Como es sabido, antes de la reforma de 2012, el art. 37.6 ET exigía al trabajador que estuviese disfrutando de un permiso o reducción de jornada por lactancia o de una reducción de jornada del art. 37.5 ET, preavisar al empresario, con quince días de antelación, de la fecha en la que pondría fin al ejercicio de semejantes derechos.

²⁰ Cfr, por ejemplo, el art. 42 apartados a) y b) del Convenio Colectivo de Aldeasa, SA (aprobado por Resolución de 8 de febrero de 2012, BOE de 23-02-2012).

²¹ Tal y como el autor de este trabajo tuvo la ocasión de corroborar con ocasión del estudio emprendido en el marco del proyecto de investigación “Mejoras convencionales en la regulación de la jornada de trabajo con motivo de la maternidad o paternidad de los trabajadores. Análisis de los convenios colectivos de empresa de ámbito nacional”. Ministerio de Trabajo e Inmigración. Cfr. texto completo en <http://www.seg-social.es/prdi00/groups/public/documents/binario/129741.pdf>.

²² Precisamente la sentencia AN 15 de febrero de 2010 (Proc. nº 2/2010), confirmada en unificación de doctrina por la sentencia TS 21 de marzo de 2011 (Rec. nº 54/2010), declaró la nulidad del apartado c) del art. 42 del Convenio Colectivo de Aldeasa (aquí ya citado), regulador del derecho de reducción de jornada por guarda legal, en tanto establecía un derecho de preferencia para la elección de turno que restringía los términos del art. 37.5 ET: 1.- Se reconocía dicha preferencia solamente respecto de los hijos menores de cuatro años, sin mencionar a los menores de ocho años ni a los discapacitados o a los familiares impedidos; 2.- La reducción de jornada debía ser de al menos 1/5 de su duración y no de un 1/8; 3.- El centro de trabajo en el que se encontrase el trabajador debía tener una plantilla media de más de setenta y cinco trabajadores; 4.- El número de trabajadores que ejercitaran el derecho no podía superar el 3% del total de la plantilla del centro de trabajo.

²³ Sentencias TC 3/2007, de 15 de enero, 24/2011 y 26/2011, de 14 de marzo. Sobre el alcance de esta doctrina constitucional, cfr. MONTROYA MEDINA, D. “Dimensión constitucional de los derechos de conciliación de la vida laboral, personal y familiar”, AS nº 4, 2011, págs. 265 a 282.

La reforma ha completado dicha escueta regulación con diversas previsiones que refuerzan la seguridad jurídica que debe caracterizar la regulación de estos derechos dada la importancia de los intereses en juego. Ahora la previsión se completa con la obligación de preavisar, también con quince días, la fecha de inicio del permiso o reducción de jornada. Dicho plazo es disponible por el convenio colectivo y puede ser dispensado en caso de fuerza mayor. La previsión de un plazo de preaviso tanto para el disfrute del derecho como para su dejación constituye una previsión del todo lógica que persigue minorar el impacto negativo que en la organización empresarial puede tener el ejercicio o cese repentino de estos derechos por los trabajadores²⁴.

Nada se dice sobre el incumplimiento de dicho plazo de preaviso. Desde luego no se puede decir que el incumplimiento estricto del plazo, sobre todo, por escasos días de diferencia, impida al trabajador el ejercicio del derecho. Adviértase, en este sentido, que la posible dispensa del preaviso que se establece para los supuestos de fuerza mayor invita a hacer una interpretación flexible de dicha cautela formal. Podría, incluso, decirse que dicha conclusión era algo también predicable durante la vigencia de la regulación anterior pese a que, ésta, como se sabe, no hacía referencia alguna a la fuerza mayor. Desde luego, en todo caso habrá que estar a las circunstancias del supuesto concreto, examinadas a la luz de las exigencias del deber de buena fe (art. 5 a) ET) y del límite del abuso del derecho y del ejercicio antisocial del mismo (art. 7.2 CC).

Tampoco dice nada el precepto sobre la posibilidad del trabajador de modificar la fecha de inicio o fin del ejercicio de estos derechos, o, en su caso, de ambas. A mi juicio, nada habría que objetar a dicha posibilidad siempre que se observe el plazo de preaviso y el derecho se ejercite conforme a las anteriores exigencias de la buena fe y el no abuso del derecho.

6- Las vacaciones anuales: coincidencia con suspensiones por paternidad e incapacidad temporal.

La Ley 3/2012 ha introducido dos modificaciones en el régimen jurídico de las vacaciones anuales, en relación con los supuestos en que el periodo asignado para su disfrute coincide con la suspensión del contrato por paternidad o por incapacidad temporal.

Con todo, las novedades son muy relativas pues la reforma se ha limitado a incorporar en la norma criterios que ya venían siendo observados por la jurisprudencia. Si acaso, como se verá a continuación, ha ido un poco más allá en los supuestos de solapamiento de los días de vacaciones con la

²⁴ alguna posición en la doctrina, sin embargo, lo ha considerado una “rigidez más” de esta institución jurídica. Cfr. HERRAIZ MARTÍN, M^a.S. “El Real Decreto-Ley 3/2012: luces y sombras en materia de conciliación de la vida laboral y familiar”, op. cit., pág. 275.

incapacidad temporal del trabajador. Sin embargo, como también se verá aquí, la doctrina del TJUE inmediatamente posterior a la entrada en vigor de la reforma ha representado un espaldarazo a los términos en que ha regulado esta cuestión el nuevo párrafo 3º del art. 38.3 ET.

6.1.- Vacaciones y paternidad.

La Ley Orgánica 3/2007, de Igualdad, instauró el derecho del trabajador a disfrutar en otro momento de las vacaciones, incluso después del año correspondiente a su devengo, cuando el periodo fijado para su disfrute coincidiese con la suspensión del contrato por maternidad o una incapacidad temporal derivada del embarazo, parto o lactancia.

La incorporación de dicha regla al art. 38.3 ET traía su causa de la doctrina del TJUE en su sentencia de 18 de marzo de 2004 (asunto C-342/01, *Merino Gómez*). En este asunto se planteó si el derecho a vacaciones que reconoce el art. 7 de la Directiva 2003/88/CE (anterior Directiva 93/104/CE), de 4 de noviembre de 2003, *relativa determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo*, debe interpretarse en el sentido que la trabajadora cuyo periodo de vacaciones coincide con el descanso por maternidad tiene derecho a disfrutar de las vacaciones en un periodo distinto. El TJUE alcanzó una conclusión afirmativa, entendiendo que la garantía de las vacaciones que reconoce dicha norma comunitaria no queda suficientemente salvaguardada en supuestos de coincidencia total o parcial con el descanso por maternidad²⁵.

Así las cosas, el legislador del 2007 no pudo ser ajeno a dicha doctrina comunitaria e introdujo la pertinente previsión en el art. 38.3 ET. Sin embargo, la Ley Orgánica de Igualdad que modificó el art. 38 ET olvidó incluir los supuestos de paternidad, lo cual resultaba imperdonable pues, como es sabido, fue dicha ley la que incorporó a nuestro ordenamiento jurídico el art. 48 bis ET que regula la suspensión del contrato de trabajo por dicha contingencia. La Ley 3/2012 ha terminado por resolver las dudas introduciendo en el art. 38.3 ET la mención expresa a la paternidad, junto a la maternidad y la incapacidad temporal derivada de la misma. La reforma merece, sin duda, una valoración positiva. Y ello con independencia de que, con la redacción anterior de la norma, podía igualmente sostenerse que la garantía de la salvaguarda de las

²⁵ Entendió, asimismo, el TJUE que dicha solución viene impuesta por el art. 11.2 a) de la Directiva 92/85/CEE, de 19 de octubre de 1992, *relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia*, y por el art. 5.1 de la Directiva 76/207/CEE, de 9 de febrero de 1976, *relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo*. Adviértase que esta última Directiva ha sido derogada por la Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio de 2006, *relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición)*, por lo que habría que estar al art. 14.1 c) de esta última.

vacaciones, cuando coincidan en el tiempo con la suspensión por maternidad, resultaba también extensible a los supuestos de paternidad. No podía ser de otra manera, al menos desde mi punto de vista, pues la norma, al no mencionar los casos de suspensión por paternidad, incurría en un tratamiento discriminatorio por omisión, no respetuoso con el art. 14 CE ni con la Directiva 2006/54/CE, relativa al principio de igualdad de trato en asuntos de empleo y ocupación.

Lo que no ha hecho la Ley 3/2012 es hacer referencia al plazo máximo para ejercitar este derecho. En la doctrina hay quien ha apuntado que no hay plazo²⁶, conclusión que, pese al silencio legal, no se comparte aquí a la vista de lo señalado por el propio TJUE en torno a esta cuestión si bien en relación a la incapacidad temporal. Recuerda el Tribunal de Luxemburgo que el derecho a las vacaciones anuales *“tiene una doble finalidad, a saber, permitir que el trabajador descanse de la ejecución de las tareas que le incumben según su contrato de trabajo, por una parte, y por otra que disponga de un período de ocio y esparcimiento”* y que dicho derecho de vacaciones *“sólo puede responder a los dos aspectos de su finalidad... si el aplazamiento no supera cierto límite temporal. En efecto, más allá de ese límite, las vacaciones anuales carecen de su efecto positivo para el trabajador en su calidad de tiempo de descanso y sólo conservan su condición de período de ocio y esparcimiento”*²⁷.

A la vista de esta doctrina del Tribunal de Luxemburgo y ante el silencio legal sobre esta concreta cuestión, una posible solución pasaría por aplicar analógicamente el siguiente párrafo del precepto (referido a la coincidencia de las vacaciones con la incapacidad temporal) y estar al plazo de 18 meses contados desde el final del año en que haya tenido lugar la contingencia de la que se trate (incapacidad temporal, maternidad, paternidad). Dicho plazo resulta plenamente conforme con el art. 7 de la Directiva 2003/88/CE, que no se opone al establecimiento en la legislación nacional de límites temporales máximos para el disfrute de las vacaciones cuando han coincidido con periodos de incapacidad del trabajador²⁸. Además, se encuentra claramente inspirado en el art. 9.1 del Convenio nº 132 OIT, sobre *vacaciones anuales pagadas*, que instaura también un plazo de 18 meses para el disfrute de la parte de las vacaciones que no sea ininterrumpida.

6.2.- Vacaciones e incapacidad temporal.

²⁶ SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. “Ampliación y restricción de derechos sobre conciliación de vida familiar y laboral en la reforma de 2012”, op. cit., pág. 10.

²⁷ Sentencia TJUE 22 de noviembre de 2011 (asunto C-214/10, *KHS AG y Winfried Schulte*) que, en consecuencia, concluye que es respetuoso con la Directiva 2003/88/CE el establecimiento por la legislación nacional de un límite temporal máximo para el disfrute de las vacaciones cuando el trabajador no haya podido hacerlo debido a incapacidad temporal

²⁸ Sentencias TJUE 22 de noviembre de 2011 (asunto C-214/10, *KHS AG y Winfried Schulte*) y 10 de septiembre de 2009 (asunto C-277/08, *Vicente Pereda*)

Mayor trascendencia tiene la inclusión por primera vez en el art. 38 ET de una regla análoga a lo anterior pero referida a los supuestos de incapacidad temporal. El nuevo art. 38.3 ET reconoce, por primera vez en nuestra legislación laboral, el derecho del trabajador a disfrutar de las vacaciones en otro momento, incluso después del año natural al que correspondan, cuando su disfrute coincida, total o parcialmente, con una incapacidad temporal, derive ésta de contingencias comunes o profesionales.

La novedad, sin embargo, es relativa porque con esta regla el legislador se limita a incorporar un criterio ya más que consolidado en la jurisprudencia social comunitaria y nacional.

Como es sabido, el Tribunal Supremo venía sentando un criterio restrictivo, conforme al cual, el trabajador que no puede disfrutar de sus vacaciones por encontrarse en incapacidad temporal, iniciada antes del periodo fijado para su disfrute, debía correr el riesgo de su pérdida por tratarse de un supuesto de caso fortuito. Ello, desde luego, salvo que una cláusula de salvaguarda en sentido contrario fuese establecida en convenio colectivo²⁹ o en el contrato de trabajo como condición más beneficiosa³⁰.

Sin embargo, la jurisprudencia del TJUE que interpretaba el alcance del derecho la Directiva 2003/88/CE, *relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo*, terminó por sentar el criterio de que el derecho de vacaciones que reconoce el art. 7 de dicha Directiva, exige que el trabajador pueda disfrutar de las mismas en otro momento, una vez finalizada la situación de incapacidad temporal³¹.

El TJUE argumentó, sustancialmente, para llegar a semejante conclusión que el derecho a las vacaciones es un principio del Derecho Social Comunitario, de especial importancia (reconocido en el art. 31.2 de la Carta de los derechos

²⁹ Algunos convenios colectivos han contemplado cláusulas semejantes. Cfr., por ejemplo, el art. 17 del II Acuerdo Colectivo marco para la acuicultura marina nacional (Resolución de la Dirección General de Trabajo de 3 de marzo de 2010, BOE 15 de marzo). También el art. 8.2 del ya citado aquí Convenio Colectivo de Telefónica de España, SAU para los años 2011-2013 (Resolución de la Dirección General de Trabajo de 19 de julio de 2011, BOE de 04 de agosto).

³⁰ Sentencias TS 11 de julio de 2006 (Rec. nº 87/2005), 3 de octubre de 2007 (Rec. nº 5068/2005) y 20 de diciembre de 2007 (Rec. nº 75/2006).

³¹ Sentencias TJUE 20 de enero de 2009 (asuntos acumulados C-350/06 y 520/06, *Schultz-Hoff y Stringer*) y 10 de septiembre de 2009 (asunto C-277/08, *Vicente Pereda*). Adviértase que la posterior sentencia TJUE 24 de enero de 2012 (asunto C-282/10, *Maribel Domínguez y Centre informatique du Centre Ouest Atlantique*) matizó el alcance de los anteriores pronunciamientos recordando que, si bien el art. 7 de la Directiva 2003/88/CE tiene efecto directo, dicho efecto solamente puede ser invocado en su dimensión vertical, esto es, frente al Estado cuando no ha procedido a su recta transposición a su legislación interna, pero no para resolver un litigio entre particulares. Sobre el alcance de esta interesante sentencia, vid. RODRÍGUEZ CARDO, I.A. “Vacaciones, incapacidad temporal y efecto directo de las Directivas de la Unión Europea (a propósito de la STJUE de 24 de enero de 2012, asunto C-282/10, caso Domínguez), AL nº 9, vol I, 2012.

fundamentales de la UE) cuya aplicación únicamente puede efectuarse respetando los límites establecidos por la Directiva 2003/88/CE. También que la finalidad de las vacaciones (dotar al trabajador de tiempo para el descanso y para su ocio y esparcimiento, después de un periodo de trabajo) difiere de la finalidad de la ausencia por incapacidad temporal (la recuperación de la salud). Finalmente, influyó decisivamente en este pronunciamiento la doctrina seguida por dicho tribunal en sus sentencias *Merino Gómez* y *Schultz-Hoff*, cuyo peso propició la adopción de un criterio equivalente.

El Tribunal Supremo se hizo eco de esta doctrina comunitaria y, en sala general, cambió radicalmente de criterio en su sentencia 24 de junio de 2009 (Rec. nº 1542/2008). La doctrina contenida en esta sentencia fue seguida por otras muchas posteriores en el tiempo³². Así pues, la ley 3/2012 ha terminado por incorporar al art. 38.3 ET dicha doctrina jurisprudencial.

Lo que todavía está sin resolver de manera clara en la ley es qué respuesta se le debe dar a los supuestos en que el trabajador cae en incapacidad temporal durante el disfrute de las vacaciones pues la jurisprudencia nacional y comunitaria solo se ha pronunciado sobre los supuestos en los que la incapacidad temporal se produce con anterioridad al inicio de las vacaciones.

La cuestión hasta hace poco tiempo resultaba dudosa. Podía pensarse que en estos casos sí que se está ante un supuesto de estricto caso fortuito que determinaría la pérdida de la parte no disfrutada de las vacaciones, bajo el argumento de que el empresario está obligado a reconocer el disfrute de las vacaciones pero no a garantizar la salud del trabajador durante las mismas. De hecho, en este sentido se ha llegado a pronunciar, aunque *obiter dicta*, la sentencia del Tribunal Supremo que, por primera vez, reconoció el derecho de vacaciones del trabajador cuando éste había caído en incapacidad temporal con anterioridad al inicio de su disfrute³³.

Con todo, también es cierto que dicha solución frustraría por completo la finalidad del derecho de vacaciones sobre todo en aquellos casos en que la incapacidad temporal fuese por motivos graves de salud que determinasen el

³²Cfr., entre otras muchas, las sentencias TS 18 de enero de 2010 (Rec. nº 314/2009), 21 de enero de 2010 (Rec. nº 546/2009), 4 de febrero de 2010 (Rec. nº 2288/2009), 08 de febrero de 2010 (Rec. nº 1782/2009), 13 de julio de 2010 (Rec. nº 1259/2009), 15 de noviembre de 2010 (Rec. nº 3990/2009), 8 de febrero de 2011 (Rec. nº 2289/2010) y 25-05-2011 (Rec. nº 3103/2010).

³³ Sentencia TS 24 de junio de 2009 (Rec. nº 1542/2008), en cuyo Fund. Jco. 7º se afirma 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, con aquella otra que se produce con anterioridad al período vacacional y que impide el disfrute de éste en la fecha preestablecida en el calendario previsto, a tal efecto, en la empresa*”.

ingreso hospitalario del trabajador³⁴. Por otra parte, repárese en que desde el punto de vista de la interpretación literal de la normativa nacional aplicable, la redacción que presenta el párrafo añadido al art. 38.3 ET por la Ley 3/2012 permitiría albergar una solución favorecedora al derecho del trabajador. Y es que dicho precepto garantiza el derecho de vacaciones cuando coincidan con una incapacidad temporal *“que imposibilite al trabajador disfrutarlas, total o parcialmente, durante el año natural a que corresponden”*. Adviértase, además, en este mismo sentido, que el tenor literal de los fallos y de la fundamentación jurídica de las sentencias del TJUE, dictadas en este ámbito, no distinguían si la incapacidad temporal acontecía antes o después del inicio del disfrute de las vacaciones.

Precisamente es, a mi modo de ver, esta última circunstancia la que ha propiciado que el tribunal de Luxemburgo, recientemente, haya terminado reconociendo el derecho del trabajador a las vacaciones aún cuando la incapacidad temporal sobrevenga una vez iniciado su disfrute³⁵. Ello representa, sin duda, un espaldarazo a la regulación de esta cuestión en nuestro vigente ordenamiento jurídico del que, como se ha dicho, ya se podía desprender esa misma solución, dado el propio tenor literal del nuevo párrafo segundo del art. 38.3 ET.

El pronunciamiento del TJUE al que se ha hecho referencia trae causa de la sentencia de la Audiencia Nacional, de 23 de noviembre de 2009 (Proc. N° 212/2009). En dicha sentencia, la Audiencia Nacional resolvió un conflicto colectivo, promovido en el ámbito de los grandes almacenes, reconociendo la intangibilidad del derecho de vacaciones en estos supuestos. Para llegar a dicha conclusión, esta sentencia ponderó la protección constitucional e internacional de la que goza el derecho de vacaciones en nuestro ordenamiento jurídico (art. 40 CE y Convenio n° 132 OIT), así como la doctrina jurisprudencial del TJUE dictada en este ámbito. La sentencia puso también, de nuevo, el acento en el diferente carácter y naturaleza jurídica de las vacaciones, respecto de los procesos de incapacidad temporal, que impide su aglutinamiento: *“las vacaciones garantizadas son vacaciones retribuidas evidentemente por el empleador y no*

³⁴ De aquí que algunos convenios colectivos se hayan limitado a reconocer dicho derecho solamente en los casos de enfermedad o accidente grave del trabajador con ingreso hospitalario (cfr., por ejemplo, el ya citado art. 17 del II Acuerdo Colectivo marco para la acuicultura marina nacional) y que, en el ámbito del personal funcionario al servicio de la Administración de Justicia, el art. 502.4 LOPJ reconozca también dicho derecho solamente en los casos de ingreso hospitalario del empleado público. Precisamente, el juzgado de lo contencioso-Administrativo n° 1 de Oviedo ha planteado una cuestión prejudicial al TJUE, pendiente todavía de resolución, para determinar si la Directiva 2003/88/CE exige reconocer también el derecho en los casos en que no existe dicho ingreso hospitalario (Cfr- asunto C-194/2011, *Natividad Martínez*).

³⁵ Sentencia TJUE 21 de junio de 2012 (asunto C-78/11, ANGED y FASGA).

indemnizadas con prestaciones de la Seguridad Social que no son salario) ex art. 26-2º ET” (Fund Jco. 3º).

Gracias al recurso de casación interpuesto por la patronal de los grandes almacenes frente a dicho pronunciamiento de la Audiencia Nacional, la cuestión debatida ha podido trascender el limitado ámbito y efectos que caracterizan las sentencias dictadas en procesos de conflicto colectivo. Ello no obstante, la sala de lo Social del Tribunal Supremo suspendió el procedimiento y planteó una cuestión prejudicial al TJUE por albergar dudas en torno a la comprensión de semejante supuesto dentro de la órbita protectora del art. 7.1 de la Directiva 2003/88/CE.

Como se ha dicho, el TJUE ha resuelto dicha cuestión prejudicial en su sentencia de 21 de junio de 2012 (asunto C-78/11), en la que ha reconocido, sin ambages, el derecho del trabajador a disfrutar de las vacaciones en un momento posterior a su incapacidad temporal cuando ésta ha sobrevenido mientras disfrutaba de aquéllas.

Desde luego, no sorprende este nuevo fallo del TJUE cuyo sentido bien podía aventurarse, dada la contundencia con que se había pronunciado el tribunal de Luxemburgo en asuntos precedentes, en los que la cuestión debatida era, sustancialmente, la misma. De aquí que la argumentación utilizada por esta nueva sentencia del TJUE haya tomado el testigo de pronunciamientos anteriores dictados en torno a esta temática. Es el caso singular de la sentencia *Vicente Pereda* cuyo fallo y fundamentación jurídica resulta perfectamente extrapolable al supuesto ahora enjuiciado, pese a que en éste, a diferencia de aquél, la incapacidad temporal del trabajador sobrevino durante el disfrute de las vacaciones y no con anterioridad a su inicio.

Así las cosas, no es de extrañar que para el TJUE subsista, en estos casos, el derecho del trabajador a disfrutar de las vacaciones *“con independencia del momento en que haya sobrevenido esa incapacidad laboral”* que juzga irrelevante a estos efectos. Razona el tribunal de Luxemburgo que *“sería aleatorio y contrario a la finalidad del derecho a las vacaciones anuales retribuidas”* reconocer dicho derecho únicamente en los supuestos en los que la incapacidad temporal preceda y no suceda al inicio del periodo de descanso.

No se debe desdeñar la importancia de este pronunciamiento del TJUE en torno a una cuestión sobre la que todavía no había tenido ocasión de pronunciarse de manera expresa. Ello, pese la previsibilidad del fallo cuyo sentido podía anticiparse a la luz de pronunciamientos anteriores. También pese a que, como se ha dicho aquí, el tenor literal de la garantía contenida en el nuevo párrafo 2º del art. 38.3 ET permite, por sí sólo, entender subsumidos en el mismo tanto los casos en que la incapacidad temporal preceda al periodo de vacaciones como en los que sobrevenga al mismo. En otros términos, parece

evidente que dicho importante pronunciamiento minorará el riesgo en el futuro de la eventual apertura en el Tribunal Supremo de una corriente jurisprudencial de corte restrictivo en estos supuestos.