

A INFLUENCIA “COMUNITARIA” NA CONFIGURACIÓN “INTERNA” DO DEREITO ÁS VACACIÓNS ANUAIS RETRIBUÍDAS

EU’S INFLUENCE ON DOMESTIC CONFORMATION AS TO THE ENTITLEMENT TO PAID ANNUAL LEAVE

LUIS ENRIQUE NORES TORRES

Profesor Titular de Dereito do Traballo e a Seguridade Social
Universitat de València
<http://orcid.org/0000-0001-6128-8552>
lenores@uv.es

RESUMO

O dereito ás vacacións anuais constitúe unha materia que foi obxecto de tratamento doutrinal en numerosas ocasións. Por esta razón, podería parecer que o interese polo seu estudo resulta limitado; con todo, de maneira cíclica, aparecen novas perspectivas de análises que volven situar esta institución no foco de atención dos laboralista. Iso sucede especialmente con ocasión da xurisprudencia comunitaria na materia, así como coa súa recepción polo TS. Así as cousas, este traballo ten por obxectivo analizar como repercutiu o labor normativo e xurisprudencial efectuada desde as institucións comunitarias na configuración interna do dereito ás vacacións e, de maneira máis concreta, en que materias coadxuvou a revitalizar o interese por estas.

Palabras clave: Vacacións; tempo de traballo; dereito social; xurisprudencia comunitaria.

RESUMEN

El derecho a las vacaciones anuales constituye una materia que ha sido objeto de tratamiento doctrinal en numerosas ocasiones. Por esta razón, podría parecer que el interés por su estudio resulta limitado; con todo, de manera cíclica,

aparecen nuevas perspectivas de análisis que vuelven a situar a esta institución en el foco de atención de los laboristas. Ello sucede especialmente con ocasión de la jurisprudencia comunitaria en la materia, así como con su recepción por el TS. Así las cosas, este trabajo tiene por objetivo analizar cómo ha repercutido la labor normativa y jurisprudencial efectuada desde las instituciones comunitarias en la configuración interna del derecho a las vacaciones y, de manera más concreta, en qué materias ha coadyuvado a revitalizar el interés por éstas.

Palabras clave: Vacaciones; tiempo de trabajo; derecho social; jurisprudencia comunitaria.

ABSTRACT

The entitlement to a paid annual leave appears as a subject that has been studied by the authors very often. For this reason, it might seem that interest in its analysis is limited. However, cyclically, new analytical perspectives appears and this puts this matter back in the spotlight of the studies. This happens especially with the CJEU case law in the matter as well as with its reception by the TS. Thus, the purpose of this paper is to analyze how the EU's normative and case law has had an impact on the domestic conformation as to the entitlement to paid annual leave and, more specifically, in which areas have helped to revitalize interest in these.

Keywords: annual leave; working time; social policy; CJEU case law.

RESUMO

O dereito ás vacacións anuais constitúe unha materia que foi obxecto de tratamento doutrinal en numerosas ocasións. Por esta razón, podería parecer que o interese polo seu estudo resulta limitado; con todo, de maneira cíclica, aparecen novas perspectivas de análises que volven situar esta institución no foco de atención dos laboristas. Iso sucede especialmente con ocasión da xurisprudencia

comunitaria na materia, así como coa súa recepción polo TS. Así as cousas, este traballo ten por obxectivo analizar como repercutiu o labor normativo e xurisprudencial efectuada desde as institucións comunitarias na configuración interna do dereito ás vacacións e, de maneira máis concreta, en que materias coaduxvou a revitalizar o interese por estas.

Palabras clave: Vacacións; tempo de traballo; dereito social; xurisprudencia comunitaria.

1. INTRODUCCIÓN

1.- O dereito a unhas vacacións anuais retribuídas constitúe unha conquista histórica da clase traballadora que atopa recoñecemento nos instrumentos normativos máis relevantes, non só internos, senón tamén supranacionais; ademais, trátase dun dereito que poderíamos tachar de "clásico" e, desde esa perspectiva, considerar que a súa análise non presenta un excesivo interese, pois os problemas xurídicos que pode suscitar deberían estar xa apuntados e, sobre todo, resoltos.

1.1.- Con todo, de maneira cíclica xorden dúbidas interpretativas de relevancia que volven situar esta institución no punto de mira dos laboristas. O exemplo máis recente tróuxoo –non podería ser doutra maneira- a COVID-19, en concreto, en todos eses casos en que as empresas fixeron uso dos ERTES, pois a utilización deste mecanismo suspensivo determinou que, de maneira derivada, se questione a súa repercusión no pagamento e gozo das vacacións.

1.2.- Pero á marxe deste problema absolutamente conxuntural, un claro motor de cambio na configuración do dereito referido veu da man das institucións comunitarias. En efecto, a influencia desenvolvida por elas neste terreo, como en tantos outros, foi moi importante; e iso non só porque as vacacións anuais retribuídas aparecen recoñecidas como dereito na Carta de Dereitos Fundamentais da Unión Europea e na Directiva sobre ordenación do tempo de traballo 2003/88, do 4 de novembro, senón, sobre todo, polo labor hermenéutico

realizado polo TXUE en certos aspectos vinculados ao seu gozo que presentan gran relevancia.

2.- Así as cousas, o obxectivo deste traballo encamiñase, precisamente, a dar conta de como repercutiu o labor normativo e xurisprudencial efectuado desde as institucións comunitarias na configuración interna do dereito ás vacacións e, de maneira máis concreta, en que materias coaduxeron a revitalizar o interese por aquelas. Neste sentido, un primeiro achegamento permite constatar que esta influencia apréciase de forma especialmente notoria en tres grandes bloques de materias.

2.1.- De entrada, un primeiro grupo de pronunciamentos ou de problemas xira ao redor da duración das vacacións, especialmente, nos aspectos relacionados co seu pagamento e os períodos computables para iso.

2.2.- Doutra banda, en segundo lugar, hai unha serie de pronunciamentos que inciden nas garantías para o seu efectivo gozo, de maneira principal, no relativo á súa retribución, á prohibición de substitución por diñeiro e á caducidade do dereito.

2.3.- Finalmente, non faltan pronunciamentos que abordan a relación das vacacións coa incapacidade temporal e a maternidade, tanto desde a perspectiva do seu pagamento como desde a específica da súa gozo.

2.- A REGULACIÓN DAS VACACIÓNS E A SÚA FINALIDADE

3.- En todo caso, antes de analizar todas estas cuestións, resúltanos superfluo lembrar cal é a normativa que regula a materia, así como a súa finalidade.

3.1.- Se nos detemos na determinación do bloque normativo, este labor preséntase, en principio, como unha tarefa relativamente sinxela que non debería presentar maiores complicacións.

A)De entrada, temos que ter en conta as previsións contidas no convenio nº 132 OIT, sobre vacacións pagas, asinado o 24 de xuño de 1970 e ratificado por España o 30 de xuño de 1972, así como as presentes na Directiva comunitaria 2003/88, do 4 novembro, relativa a determinados aspectos da ordenación do tempo de traballo

–entre elas, as vacacións anuais pagas- e na propia Carta dos Dereitos Fundamentais da Unión Europea, cuxo art. 31, relativo ás “*condicións de traballo xustas e equitativas*”, recoñece no apartado segundo o dereito a un período de vacacións anuais retribuídas.

Polo que respecta ao primeiro, á marxe da súa discutida aplicabilidade directa en certos puntos¹, debe destacarse o feito de que, en todo caso, proporciona uns importantes criterios interpretativos para solucionar os problemas que se suscitan en relación co exercicio deste dereito²; así o lembrou o propio TXUE nalgunha sentenza³.

Polo que respecta á segunda, xa destaquei a transcendencia que tivo a Directiva comunitaria e a propia Carta, pero, sobre todo, o labor hermenéutico realizado polo TXUE en certos aspectos vinculados ao gozo das vacacións. Unha regulación que, ademais, ten unha eficacia directa, mesmo entre particulares, segundo nos lembrou a xurisprudencia comunitaria⁴.

¹ Así, por exemplo, GARCÍA ORTEGA, J., Nacimiento, duración y disfrute del derecho a vacaciones, *Tribuna Social*, 38, 1994, p. 8; MONREAL BRINGSVAERD, E., *La jornada de trabajo: ley y convenio colectivo*, Madrid, CES, 2005, p. 149. En efecto, o alcance do convenio, xa sexa en xeral ou nalgunha das súas disposicións foi obxecto de discusión doutrinal. Respecto diso, v. MATIA PRIM, J., Vacaciones anuales, EN: BORRAJO DACRUZ, E. (Dir.), *Comentarios a las leyes laborales: el Estatuto de los Trabajadores, Tomo VII*, Madrid, EDESA, 1982, pp. 415 e ss.; GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., Las garantías del derecho a vacaciones (disfrute efectivo, indisponibilidad, prohibición de compensación en metálico, no acumulación y otras), *Tribuna Social*, 38, 1994, p. 42; BEJARANO HERNÁNDEZ, A., *El derecho a vacaciones anuales retribuidas*, Selecta, Comares, 2002, pp. 15 e ss., e SEMPERE NAVARRO, A. V.; CHARRO BAENA, P., *Las vacaciones laborales*, Cizur Menor, Aranzadi, 2003, pp. 39-40, quen entende, por unha banda, que o art. 1 do Convenio non nega a súa executividade inmediata, senón que simplemente establece as diferentes fórmulas para darlle cumprimento; doutra banda, sinalan que naqueles supostos nos que o Convenio limita a obrigatoriedade das súas disposicións aos termos en que se determinen en cada Estado, iso non significa que non deban respectarse os principios inherentes a tales disposicións

² GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., Las garantías del derecho a vacaciones..., *op. cit.*, p. 41.

³ STXUE 4 de outubro de 2018, asunto C-12/17, *María Dicu*.

⁴ STXUE 6 de novembro de 2018, C-569/16 e C-570/16, asuntos acumulados *María Elisabeth Bauer e Martina BroBonn*.

B) En segundo lugar, se descendemos ao ámbito meramente interno, atopámonos, por unha banda, co artigo 40 CE, onde se encomenda aos poderes públicos que garantan o descanso necesario mediante unha serie de medidas, entre elas, as vacacións periódicas retribuídas; doutra banda, no plano ordinario, o artigo 38 ET.

C) En fin, tanto o texto estatutario como as normas internacionais e comunitarias citadas deixan unha ampla marxe de actuación á negociación colectiva neste terreo⁵, tanto para mellorar o dereito como para, sobre todo, concretar diversos aspectos relacionados co seu exercicio.

3.2.- Tampouco a concreción da finalidade atribuíble a este conxunto de normas presenta unhas grandes dificultades. Así, o descanso vacacional, por unha banda, permite repoñer as forzas consumidas pola actividade laboral; igualmente, proporciona un tempo libre durante o cal se poden desenvolver unha pluralidade de actividades alleas ao traballo.

En definitiva, segundo indicou a doutrina científica, as vacacións cumpren unha dobre finalidade⁶: por unha banda, recuperadora; por outra, de dedicación ao lecer. Este extremo, polo demais, tamén aparece expresamente

⁵ Neste sentido, por exemplo, DE VICENTE PACHÉS, F.; MIÑARRO YANINI, M., *Vacaciones anuales* (art. 38 ET), EN: GARCÍA NINET, J. I. (Dir.), *Salario y tiempo de trabajo en el Estatuto de los Trabajadores (de 1980 a 2005)*, Madrid, CEF, 2005, p. 496; MONREAL BRINGSVAERD, E., *La jornada de trabajo...*, *op. cit.*, p. 150

⁶ Así, entre outros, MATIA PRIM, J., *Vacaciones...*, *op. cit.*, p. 583; GARCÍA ORTEGA, J., *Nacimiento, duración y disfrute...*, *op. cit.*, p. 7; GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., *Las garantías del derecho a vacaciones...*, *op. cit.*, p. 41; ALFONSO MELLADO, C. L.; PEÑA OBIOL, S., *Vacaciones, fiestas y descanso semanal*, Valencia, Tirant o Blanch, 1996, p. 25; FITA ORTEGA, F., *Límites legales a las jornadas de trabajo*, Valencia, Tirant o Blanch, 1999, p. 148; BODAS MARTÍN, R., *La jornada laboral*, Madrid Dykinson, 2002, p. 60; SEMPERE NAVARRO, A. V.; CHARRO BAENA, P., *Las vacaciones...*, *op. cit.*, pp. 50- 51; DE VICENTE PACHÉS, F.; MIÑARRO YANINI, M., *Vacaciones anuales...*, *op. cit.*, p. 494; MONREAL BRINGSVAERD, E., *La jornada de trabajo...*, *op. cit.*, p. 149.

recoñecido na xurisprudencia, tanto interna⁷, como comunitaria⁸.

En todo caso, o modo de aproveitalas é unha cuestión que corresponde decidir libremente ao traballador, quen podería destinalas a desenvolver outra actividade retribuída sen que iso determine unha transgresión da boa fe contractual que lexitime un despedimento disciplinario, salvo que se incorrese en competencia desleal, segundo tivo a ocasión de indicar o TC⁹.

3.- A DURACIÓN DAS VACACIÓNS

4.- O texto estatutario sinala que a duración das vacacións anuais retribuídas será a fixada en convenio colectivo ou contrato individual, sen que en ningún caso poida ser inferior a trinta días naturais -artigo 38.1 ET-, o que supón unha clara mellora tanto do Convenio núm. 132 da OIT -que alude a tres semanas por un ano de servizos (artigo 3.3), sen computar os días festivos oficiais ou establecidos polo costume (artigo 6.1)-, como da Directiva 2003/88 -cuxo artigo 7.1 recolle un período mínimo de catro semanas-.

4.1.- A duración prevista no ET presenta claramente a natureza de mínimo de dereito necesario¹⁰; en efecto, a literalidade do precepto non ofrece dúbidas respecto diso. Así pois, a autonomía colectiva -e tamén a individual- podería mellorar a dita duración, pero non empeoralala.

⁷ SsTS do 30 de abril de 1996, rec. 3084/1995, do 13 de febreiro de 1997, rec. 3265/1996 e do 25 de febreiro de 2003, rec. 2155/2002.

⁸ SSTXUE do 4 de outubro de 2018, C-12/17, asunto *María Dicu*, párr. 27, do 6 de novembro, C-619/16, asunto *Kreuziger*, párr. 39 e de 13 decembro de 2018, C-385/17, asunto *Torsten Hein*, párr. 26.

⁹ STC 192/2003, do 27 de outubro.

¹⁰ Entre outros, GARCÍA ORTEGA, J., Nacimiento, duración y disfrute ..., *op. cit.*, p. 17; GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., Las garantías del derecho a vacaciones..., *op. cit.*, p. 44; ALFONSO MELLADO, C. L.; PEÑA OBIOL, S., *Vacaciones, fiestas...*, *op. cit.*, p. 29; SALA FRANCO, T. et alii, *Los límites legales al contenido de la negociación colectiva. El alcance imperativo o dispositivo de las normas del Estatuto de los Trabajadores*, Madrid, MTAS, 2001, p. 117; BEJARANO HERNÁNDEZ, A., *El derecho a vacaciones...*, *op. cit.*, p. 146; BODAS MARTÍN, R., *La jornada...*, *op. cit.*, p. 61; SEMPERE NAVARRO, A. V.; CHARRO BAENA, P., *Las vacaciones...*, *op. cit.*, p. 97; MONREAL BRINGSVAERD, E., *La jornada de trabajo...*, *op. cit.*, p. 153

4.2.- Por outra banda, ao fixar a duración mínima das vacacións retribuídas, nótese que o precepto emprega o cualificativo de anuais, sen maiores concrecións; a mesma técnica emprega o arts. 31.2 da Carta DDFF ou o art. 7 da Directiva 2003/88 (vacacións anuais); algo máis preciso - non moito máis- resulta o artigo 3.3 do Convenio núm. 132 da OIT cando sinala que xorden «por un ano de servizos». Así pois, o carácter anual do dereito ás vacacións retribuídas é evidente; o que non resulta tan claro é o significado que caiba atribuír á mencionada anualidade.

A) Respecto diso, a doutrina científica ofreceu diferentes interpretacións¹¹: De entrada, a da postanualidade: o pagamento do dereito xorde *despois dun* ano de servizos ou, máis exactamente, tras once meses de traballo¹². En segundo lugar, a da intranualidade: as vacacións devíndanse *por un* ano de servizos xa completados ou que previsiblemente se vaian completar durante o ano natural. Finalmente, a da interanualidade: as vacacións devíndanse durante un ano de servizos, sen esixir que este sexa o natural.

B) As dúas últimas lecturas son as que tradicionalmente pareceron ter un maior predicamento doutrinal¹³ e, mesmo, na xurisprudencia interna¹⁴, sen que a comunitaria se pronunciase respecto diso.

¹¹ As diferentes teorías aparecen recollidas e desenvolvidas amplamente en BEJARANO HERNÁNDEZ, A., *El derecho a vacaciones...*, op. cit., pp. 25 e ss., coas oportunas referencias doutriniais e xudiciais.

¹² En efecto, que xorden tras once meses de traballo intúese na STS do 15 de febreiro de 2018, rec. 47/2017, pois se deduce da fórmula de cálculo empregada para determinar a retribución.

¹³ Así, entre outros, MATIA PRIM, J., *Vacaciones...*, op. cit., pp. 409 e ss.; GARCÍA ORTEGA, J., *Nacimiento, duración y disfrute ...*, op. cit., pp. 8-9, aínda que admite que o convenio podería establecer o criterio da postanualidade; ALFONSO MELLADO, C. L.; PEÑA OBIOL, S., *Vacaciones, fiestas...*, op. cit., pp. 26 e ss.; SEMPERE NAVARRO, A. V.; CHARRO BAENA, P., *Las vacaciones...*, op. cit., pp. 59 e ss. Pola contra, en defensa da postanualidade, v. BODAS MARTÍN, R., *La jornada...*, op. cit., p. 61; DE VICENTE PACHÉS, F.; MIÑARRO YANINI, M., *Vacaciones anuales...*, op. cit., p. 497, aínda que recoñecen o dereito ao gozo proporcional cando o tempo traballado sexa inferior ao ano.

¹⁴ SsTS do 17 de setembro de 2002, rec. 4255/2001 e do 27 de maio de 2019, rec. 1518/2017, que implicitamente opta pola intranualidade.

4.3.- O feito de que as vacacións se devindiquen por un ano de servizos expón a cuestión de se deben computarse determinadas ausencias do traballador durante o período en que se está xestando o dereito. Respecto diso, o artigo 5.4 do Convenio núm. 132 da OIT tan só alude a que se computen «*as ausencias por motivos independentes da vontade da persoa interesada, como enfermidade, accidente ou maternidade,*» pero «*nas condicións que en cada país se determinen pola autoridade competente ou polo organismo apropiado*».

A) O silencio do texto estatutario neste punto debería conducir a que a negociación colectiva asumise un rol fundamental nesta tarefa; non obstante, habitualmente, os convenios non afrontan este labor e cando o fan, polo xeral, limitanse a concretar a incidencia que teñen a maternidade e a incapacidade temporal neste terreo¹⁵, algo que tratarei máis adiante, aínda que xa anticipo, mesmo sendo “*verdade universalmente recoñecida*”, que tales períodos computan a efectos do pagamento.

B) Polo que respecta a outras situacións, á marxe do tratamento doutrinal¹⁶, algunhas foron obxecto de solución xudicial.

- Así, entendeuse que debe tomarse en consideración como traballo efectivo a efectos do cálculo -é dicir, non descontarse- os días correspondentes á participación en folga legal¹⁷; ou os períodos de tramitación dun despedimento que finalmente deriva nunha readmisión tras

¹⁵ NORES TORRES, L. E., Las vacaciones, EN: GOERLICH PESET, J. M^a (Dir.), *El tiempo de trabajo en la negociación colectiva*, Madrid, Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2008, p. 328.

¹⁶ Así, entre outros, poden consultarse GARCÍA ORTEGA, J., Nacimiento, duración y disfrute ..., *op. cit.*, pp. 10 e ss.; ALFONSO MELLADO, C. L.; PEÑA OBIOL, S., *Vacaciones, fiestas...*, *op. cit.*, pp. 33 e ss.; BODAS MARTÍN, R. (2002), *op. cit.*, pp. 61 e ss.; BEJARANO HERNÁNDEZ, A., *El derecho a vacaciones...*, *op. cit.*, pp. 53 e ss.; SEMPERE NAVARRO, A. V.; CHARRO BAENA, P., *Las vacaciones...*, *op. cit.*, pp. 70 e ss.; DE VICENTE PACHÉS, F.; MIÑARRO YANINI, M., *Vacaciones anuales...*, *op. cit.*, pp. 497-498; BASTERRA, HERNÁNDEZ, M., *Tiempo de trabajo y tiempo de descanso*, Valencia, Tirant o Blanch, 2017, pp. 232 e ss.

¹⁷ SsTS do 1 de outubro de 1991, rec. 368/1991, e do 22 de xaneiro de 1993, rec. 32/1992.

a conciliación¹⁸, polo que todo apuntaba cara a que, seguramente, a mesma solución debería darse cando iso derivase da cualificación xudicial como nulo ou improcedente e se optase pola readmisión. E así se sostivo a xurisprudencia máis recente, tanto a interna como a comunitaria. En efecto, polo que respecta á primeira, o TS sinalou que *“Ese tempo de substanciación do proceso de despedimento e dos recursos interpostos, cando finalmente se opta pola readmisión efectiva do traballador, ha de ser considerado como tempo de actividade laboral, debido a que se nese lapso de tempo non houbo traballo efectivo, non foi precisamente pola vontade do traballador, senón que a inactividade se debe a un acto extintivo da empresa que despois se declara ilícito, e cuxos efectos antixurídicos tratan de restaurarse completamente a través da readmisión, tal e como se desprende dos arts. 278, 282 e 284 para a execución de sentenzas de despedimento con readmisión. Por iso, ese tempo de tramitación equiparable a tempo de traballo tras a readmisión, proxectará os seus efectos sobre os parámetros da relación laboral, entre os que se atopa o dereito ás vacacións non gozadas polo traballador debido a causas que en absoluto lle son imputables”*¹⁹. En canto á segunda, o TXUE efectuou unha interpretación posterior de corte similar ao entender que sería contrario á Directiva que un traballador ilicitamente despedido e posteriormente readmitido non tivese dereito a vacacións –ou a unha compensación económica– polos períodos comprendidos entre o despedimento e a readmisión²⁰. Por certo, a solución alcanzada respecto diso polo TS non deixa de chamar a atención, pois no suposto de feito sometido á súa consideración a retribución das vacacións iría xa incluída nos propios salarios de tramitación correspondentes ao ano 2014. En efecto, a base fáctica da sentenza vén referida a un traballador que ostentaba a condición de representante legal do persoal a quen a

¹⁸ STS do 10 de abril de 1990, ROJ: TS: 3220/1990.

¹⁹ STS 27 de maio de 2019, rec. 1518/2017.

²⁰ STXUE do 25 de xuño de 2020, C-762/18 e C-37/19, asuntos acumulados *Vahoven jasatsionen sad na Republika Bulgaria e Iccrea Banca SPA*, respectivamente.

empresa xubila de maneira forzosa con efectos do 22 de febreiro de 2012; o 4 de febreiro de 2015 dítase a STS en UD que recoñece a improcedencia do despedimento; en marzo de 2015, o traballador insta a readmisión e reclama os salarios de tramitación; finalmente, o 14 de maio de 2015 solicita as vacacións de 2014 e de 2015, pero a empresa só lle recoñece a parte proporcional das de 2015. O TS entende que se lle deben recoñecer na súa integridade as de 2014 e as de 2015. Polo demais, o TS encárgase de subliñar que esta sentenza non contradí a STS do 12 de xuño de 2012, rec. 2484/2011, porque a dita sentenza resolvía un despedimento no que a empresa optara pola extinción indemnizada.

- Pola contra, entendéronse non computables os correspondentes a licenzas retribuídas de longa duración concedidas ao traballador por decisión da empresa²¹. Así mesmo, o TXUE sinalou que a exclusión do tempo durante o cal o traballador permanece gozando dun permiso parental a efectos de calcular o pagamento non vulnera a Directiva²². A razón do diferente tratamento dispensado a estes permisos respecto o outorgado á IT ou á maternidade xustifícase en atención a diversas razóns, segundo recoñece o propio TXUE. En efecto, a diferenza da IT, o permiso parental non é imprevisible nin alleo á vontade do traballador; doutra banda, durante o permiso, o traballador non está suxeito a limitacións físicas ou psíquicas causadas por unha enfermidade. Por outra banda, en contraposición ao que sucede coa maternidade, o obxectivo de ambas as figuras é ben distinto –na maternidade, a protección biolóxica da muller e as relacións nai-fillo tras o parto-. Por estas razóns, o TXUE conclúe que non estamos ante un período de traballo efectivo. En fin, igualmente, esta tamén era a solución que viña sostendo no pasado para as empresas que procederan á suspensión do contrato de

²¹ STS do 30 de abril de 1996, rec. 3084/1995.

²² STXUE do 4 de outubro de 2018, C-12/17, asunto *Dicu*, ao fío dun permiso parental de algo máis de sete meses solicitado para o coidado dun fillo e que se goza tras a suspensión por maternidade.

traballo pola vía do art. 47 ET²³ e a que se propugnou nos últimos tempos para aquelas que, por mor da crise sanitaria, adoptaron un ERTE suspensivo, sexa por forza maior ou por causas económicas, non así nos ERTES de redución de xornada nos que se afirma que o dereito se segue xerando, iso si, en proporción ao tempo traballado²⁴. Todo iso sen prexuízo de que a solución sexa susceptible de mellora vía pacto colectivo ou individual, singularmente, o colectivo que se poida alcanzar no seo do período de consultas previo e dos problemas de axuste á xurisprudencia comunitaria en canto á retribución que a solución propón e aos que logo aludirei.

4. AS GARANTÍAS DE GOZO

5.- O ordenamento xurídico conta cunha serie de medidas que tratan de garantir o gozo efectivo das vacacións. Neste sentido deben destacarse tres notas que acompañan ás vacacións: de entrada, o seu carácter retribuído; en segundo lugar, a prohibición de compensación económica ou minoración por sanción; por último, teoricamente, a caducidade do dereito. E en todas estas vertentes tamén podemos apreciar a influencia do labor desenvolvido desde as institucións da UE.

4.1. O CARÁCTER RETRIBUÍDO: ALCANCE

5.- A primeira das garantías ás que aludín é o carácter retribuído que acompaña ao período vacacional, algo expresamente recoñecido no artigo 38 ET, que non efectúa maiores precisións sobre o particular; o mesmo sucede co art. 7 da Directiva 2003/88/CE. Todo iso pode ocasionar certas dúbidas interpretativas no momento da súa aplicación práctica. Neste sentido, de maneira especial, cabe deterse no alcance da retribución, en concreto, a que contía ten dereito o traballador. Respecto diso, o artigo 7.1 do

²³ Respecto diso, v. BASTERRA HERNÁNDEZ, M., *Tiempo de trabajo...*, op. cit., p. 239 e ss, e bibliografía por el citada.

²⁴ Neste sentido, v. as respostas de LÓPEZ-TAMES IGLESIAS, R., BLANCO PERTEGAZ, T. P., SÁNCHEZ ANDRADA, J., MARTÍNEZ MOYA, J., MORENO GONZÁLEZ-ALLER, I. e RENTERO JOVER, J., no Foro: ERTE, vacaciones y pagas extraordinarias, *Revista de Jurisprudencia. El derecho*, xullo 2020.

Convenio núm. 132 da OIT dispón que «*toda persoa que tome vacacións... percibirá, polo período enteiro desas vacacións, polo menos a súa remuneración normal ou media (incluído o equivalente en efectivo de calquera outra parte desa remuneración que se pague en especie, salvo se se trata de prestacións permanentes de que goza o interesado independentemente das vacacións pagas), calculada na forma que determine en cada país a autoridade competente ou o organismo apropiado*».

5.1.- Así as cousas, e tendo en conta o silencio do texto estatutario neste punto, a negociación colectiva tradicionalmente colocouse nun primeiro plano da escena á hora de resolver a cuestión, pois ten a consideración de «organismo apropiado» a estes efectos, como destacaban con insistencia os tribunais²⁵; de feito, estes chegaron a afirmar que a norma internacional era subsidiaria do convenio colectivo e que aquela se aplicaríase na medida en que este carecese dunha regulación específica²⁶, algo que referenda un importante sector doutrinal²⁷.

A) Iso implicaba que se a negociación colectiva non regulaba a cuestión, recorriase ao criterio da retribución normal ou media, isto é, a retribución que de modo regular e ordinario viñese percibindo o traballador, que funcionaría como regra xeral respecto dos conceptos retributivos computables²⁸ e cuxa aplicación, polo demais, trataba de ser concretada pola xurisprudencia que procedeu a integrar

²⁵ Entre outras, SsTS do 16 de decembro de 2005, rec. 4790/2004, do 29 de decembro de 2005, rec. 764/2005, do 14 de marzo de 2006, rec. 998/2005 ou do 2 de febreiro de 2007, rec. 57/2006.

²⁶ SsTS do 9 de novembro de 1996, rec. 3318/1995, do 7 de xullo de 1999, rec. 4320/1998.

²⁷ Neste sentido, por exemplo, ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., La retribución de las vacaciones, *Tribuna Social*, 38, 1994, p. 38; ALFONSO MELLADO, C. L.; PEÑA OBIOL, S., *Vacaciones, fiestas...*, op. cit., p. 50; en sentido diverso, BEJARANO HERNÁNDEZ, A., *El derecho a vacaciones...*, op. cit., pp. 171 e ss.

²⁸ SsTS do 21 de xaneiro de 1992, rec. 792/1991, do 29 de outubro de 1996, rec. 1030/1996, do 16 de decembro de 2005, rec. 4790/2004, do 29 de decembro de 2005, rec. 764/2005, do 14 de marzo de 2006, rec. 998/2005, do 25 de abril de 2006, rec. 16/2005, do 6 de xuño de 2006, rec. 2733/2005, do 26 de xaneiro de 2007, rec. 4284/2005 ou do 2 de febreiro de 2007, rec. 57/2006.

todos os conceptos salariais e excluír os de tipo excepcional que compensaban actividades extraordinarias²⁹.

B) Pola contra, a existencia de previsións convencionais, levaba á aplicación destas, gozando o convenio colectivo dunha ampla liberdade á hora de concretar os factores de cálculo da retribución correspondente, completando a regra xeral da retribución normal ou media, podéndose apartar dela³⁰ e excluír partidas que habitualmente se percibisen³¹, sempre que se respectasen os mínimos indispoñibles de dereito necesario³². Este era o caso das comisións: se o convenio non as excluía percibíanse, pero podían excluírse por obra do primeiro.

5.2.- Pois ben, nesta materia, asistimos a un importantísimo xiro nos últimos anos que veu, precisamente, da man da xurisprudencia comunitaria.

A) En efecto, á marxe dun primeiro achegamento, no que en relación cuns pilotos de liñas aéreas o TXUE sinalou que o carácter retribuído das vacacións recoñecido polo artigo 7 da Directiva 2003/88/CE implica o dereito a que se manteña non só o salario base, senón tamén os complementos intrinsecamente vinculados á execución das súas tarefas, así como os vinculados ao seu estatuto persoal e

²⁹ STS do 17 de decembro de 1996, rec. 1321/1996; nesta liña, STS do 19 de abril de 2000, rec. 2980/1999, sinala que ante o silencio haberá que tomar os conceptos retributivos que correspondan á xornada normal.

³⁰ SsTS do 21 de xaneiro de 1992, rec. 792/1991, do 29 de outubro de 1996, rec. cas. 1030/1996, do 16 de decembro de 2005, rec. 4790/2004, do 29 de decembro de 2005, rec. 764/2005, do 14 de marzo de 2006, rec. 998/2005, do 25 de abril de 2006, rec. 16/2005, do 6 de xuño de 2006, rec. 2733/2005, do 26 de xaneiro de 2007, rec. 4284/2005 ou do 2 de febreiro de 2007, rec. 57/2006. Respecto diso, v. as críticas a esta postura en BEJARANO HERNÁNDEZ, A., *El derecho a vacaciones...*, op. cit., pp. 171 e ss. e en MONREAL BRINGSVAERD, E., *A xornada de traballo...*, op. cit., pp. 165-167.

³¹ Así, na xurisprudencia, STS do 22 de setembro de 1995, rec. 1348/1994.

³² SsTS do 21 de xaneiro de 1992, rec. 792/1991, do 29 de outubro de 1996, rec. 1030/1996, do 16 de decembro de 2005, rec. 4790/2004, do 29 de decembro de 2005, rec. 764/2005, do 14 de marzo de 2006, rec. 998/2005, do 25 de abril de 2006, rec. 16/2005, do 6 de xuño de 2006, rec. 2733/2005, do 26 de xaneiro de 2007, rec. 4284/2005 ou do 2 de febreiro de 2007, rec. 57/2006.

profesional³³, hai que destacar outro posterior no que se suscita a cuestión relativa ás comisións e a súa incidencia na retribución das vacacións. Refírome ao coñecido asunto Lock³⁴.

Neste pronunciamento, o TXUE senta a doutrina de que resulta contraria á Directiva unhas disposicións nacionais nas que *"un traballador cuxa retribución está composta, por unha banda, por un salario base e, por outra, por unha comisión cuxo importe se fixa en función dos contratos celebrados polo empresario grazas ás vendas obtidas por este traballador só ten dereito, en concepto de vacacións anuais retribuídas, a unha retribución formada exclusivamente polo seu salario base"*. Así mesmo, a sentenza fixa unha serie de claves sobre como calcular a retribución das vacacións –o que denomina a retribución "normal"–, facendo provisión de pronunciamentos anteriores. A primeira idea que destaca respecto diso é a de que os conceptos retributivos ligados aos inconvenientes intrinsecamente vinculados á execución das tarefas que incumben ao traballador segundo o seu contrato de traballo deben ser tidos en conta. A segunda idea sería a de que todos os compoñentes da retribución global inherentes á condición persoal e profesional do traballador tamén deben manterse (cita expresamente os relacionados coa súa calidade de superioridade xerárquica, a antigüidade ou as cualificacións profesionais). Finalmente, como terceira idea e en sentido contrario, estaría a de que os elementos da retribución global do traballador que teñen por obxecto cubrir os gastos ocasionais ou accesorios que xurdan con ocasión da execución das tarefas que incumben ao traballador segundo o seu contrato non se toman en consideración.

Polo demais, como xa indiquei, este pronunciamento resolvía un asunto sobre a transcendencia das comisións que tivo unha gran repercusión tanto nos foros prácticos como nos académicos. Con todo, chama a atención que hai un aspecto desta sentenza que pasou inadvertido: a súa

³³ STXUE do 15 de setembro de 2011, C-155/2010, asunto *Williams e outros*.

³⁴ STXUE do 22 de maio de 2014, C-539/12, asunto *Lock*.

incongruencia. E é que a cuestión exposta, en realidade, non era se durante as vacacións se percibían comisións ou non, pois de feito percibíanse; o problema era que as previsións convencionais relativas ao seu pagamento facían que xurdisen *a posteriori* das vendas, de maneira que en vacacións non se podían xerar comisións para o futuro ou, mellor dito, ao tomarse as vacacións quedaban comprometidas as comisións de meses vindeiros, o cal constituiría un desincentivo para o seu gozo. Pola súa banda, o razoamento e a argumentación desenvolvida pola sentenza aborda ambas as cuestións (a retribución durante as vacacións e a eventual repercusión do gozo do período vacacional en eventuais comisións futuras). Pois ben, a pesar diso, o fallo da sentenza tan só alude ao dereito a percibir as comisións durante as vacacións, algo que en ningún momento se discutía no asunto do que trae causa a cuestión prexudicial.

B) En todo caso, como dicía, esta sentenza foi o motor do cambio na xurisprudencia interna sobre retribución das vacacións e o papel do convenio colectivo respecto diso. En efecto, o Tribunal Supremo, con expreso apoio na xurisprudencia comunitaria mencionada³⁵, modificou a súa postura tradicional sobre o rol asignado á negociación colectiva na materia afirmando o seguinte³⁶:

“...aínda que ata a data mantivemos que o Convenio Colectivo pode validamente limitar os elementos salariais da xornada «ordinaria» que haxan de retribuírse en vacacións, apartándose así da «remuneración normal ou media», sempre -se dicía- que en cómputo anual se respectasen os mínimos indispoñibles de Dereito necesario [FX Sexto], de todos os xeitos tal criterio ha de ser rectificado -e rectifícase por esta sentenza-, atendendo a que tanto a doutrina do TXUE - elemento interpretativo do noso réxime normativo e convencional-, como o art. 7.1 Convenio 132 atenden á «remuneración normal ou media», aínda que -art. 7.1 citado- «calculada na forma» que puidese acordar -entre outras posibilidades- a negociación colectiva.

³⁵ STXUE do 22 de maio de 2014, C-539/12, asunto *Lock*, pero tamén STXUE do 12 de xuño de 2014, C-118/13, asunto *Bollacke*.

³⁶ SsTS do 8 de xuño de 2016, recs. 207/2015 e 112/2015.

Pois ben, aclarado iso parécenos razoable entender que aínda que a fixación desa retribución [«normal ou media»] por parte da negociación colectiva admita un comprensible grao de discrecionalidade, pois a iso indubidablemente alude a expresión «calculada na forma...» que o citado art. 7.1 do Convenio 132 utiliza, de todas as maneiras a mesma non pode alcanzar a distorsión do concepto -«normal ou media»- ata o punto de facelo irrecoñecible, debido a que se trata concepto xurídico indeterminado e como tal ofrece:

a).-O que se denominou «núcleo» -zona de certeza-, que parece debe integrarse, na súa faceta «positiva» polos conceptos que integran a retribución «ordinaria» do traballador individualizado, por exemplo, o salario base, os conceptos -complementos- debidos a «condicións persoais» do traballador [antigüidade, titulación, idiomas...] e a circunstancias da «actividade empresarial» [toxicidade; penosidade; perigo...], que sempre son percibidos polos traballadores individualmente considerados; e na súa faceta «negativa», por termos xerais, os conceptos retributivos extraordinarios [con carácter xeral e sen prexuízo da súa excepción en singulares circunstancias, os bonus; determinados incentivos; horas extraordinarias...].

b).- O chamado «halo» -zona de dúbida-, que ben podería estar integrado por complementos atribuíbles a circunstancias relativas ao concreto «traballo realizado» [esporádica nocturnidade; illada turnicidade; as mesmas horas extraordinarias, pero dotadas dunha certa reiteración...], e cuxa cualificación -como retribución ordinaria ou extraordinaria- dependerá das circunstancias concorrentes [particularmente a habitualidade na súa execución], e que é precisamente o punto no que pode operar unha certa discrecionalidade da negociación colectiva”.

Con posterioridade, a mesma orientación apréciase en distintos pronunciamentos que foron configurando un sólido corpo doutrinal na materia³⁷. Así, considerouse que deben

³⁷ SsTS do 9 de xuño de 2016, rec. 235/2015, do 16 de xuño de 2016, rec. 146/2015, do 30 de xuño de 2016, rec. 47/2015, do 15 de setembro de 2016, rec. 258/2015, do 29 de setembro de 2016, rec. 233/2015, do 25 de xaneiro de 2017, rec. 96/2016, do 30 de xaneiro de 2017, rec. 44/2016,

terse en conta, a efectos de proceder ao cálculo da retribución vacacional, os pluses de "cambio de quenda", de "descanso de área de mantemento" e de "destacamento e de retén laborais"³⁸, así como os pluses de "nocturnidade", "dispoñibilidade por días de garda", "flexibilidade; especial matinal" e de "ruptura de franxas"³⁹ ou o "plus de asistencia"⁴⁰. Pola contra, entendeuse que cabe excluír do computo da media o "plus de cambio de horario", o de "cambio de convocatoria", "a compensación por desprazamento" e "o complemento fin de semana e festivo intersemanal" –estes últimos pertencerían á "zona de dúbida", aínda que no suposto se aprecia a súa ocasionalidade⁴¹.

C) En fin, a influencia comunitaria neste terreo non finaliza no sinalado, xa que o TXUE tamén se pronunciou sobre a repercusión que na retribución das vacacións poida ter a realización de horas extraordinarias ou a redución do tempo de traballo a instancia da empresa por causas atinentes a ela, en ambos os casos, durante o período de pagamento⁴². En relación coas horas extraordinarias, o TXUE afirmou que non forman parte da retribución ordinaria á que o traballador ten dereito; agora ben, poderán ter tal consideración se concorresen certas notas, tales como a esixibilidade da súa realización, o seu carácter previsible e habitual ou a relevancia na retribución habitual. E esta idea

do 14 de febreiro de 2017, rec. 45/2016, do 21 de marzo de 2017, rec. 80/2016, do 20 de xullo de 2017, rec. 261/2016, do 28 de febreiro de 2018, rec. 16/2017, do 18 de abril de 2018, rec. 257/2016, do 29 de novembro de 2018, rec. 167/2017 e, máis recentemente, STS do 22 de maio de 2020, rec. 172/2018. En todo caso, a aplicación ao caso concreto non sempre resulta clara. Neste sentido, basta contrastar a solución sostida pola STS do 25 de xaneiro de 2017, rec. 96/2016, sobre convenio que deduce das comisións mensuais unha parte para entregalas en vacacións, coa STS do 15 de febreiro de 2018, rec. 47/2017, na que, á hora de efectuar o cálculo, as partidas obtéñense dividindo entre 330 ou 333 e non entre 365, multiplicando daquela o resultado polo número de días vacacións.

³⁸ STS do 20 de xullo de 2017, rec. 261/2016

³⁹ STS do 28 de febreiro de 2018, rec. 16/2017.

⁴⁰ STS do 29 de novembro de 2018, rec. 167/2017.

⁴¹ STS do 18 de abril de 2018, rec. 257/2016.

⁴² STXUE do 13 de decembro de 2018, asunto C-385/17, asunto *Torsten Hein*.

é a que subxace na solución dada polo TS á retribución das vacacións dos traballadores a tempo parcial que experimentaron unha "ampliación" da súa xornada durante o período de pagamento que xa non está vixente ao tempo do gozo, que terían dereito a que se calcule a súa retribución atendendo á xornada ampliada⁴³.

En canto á segunda parte, o TXUE indicou que non cabe reducir a retribución polo feito de que durante o período de pagamento non houbera traballo efectivo porque a empresa aplicase reducións temporais do tempo de traballo por motivos empresariais. Esta solución, por certo, esquécese cando se aborda a cuestión relativa ás vacacións dos traballadores afectados por un ERTE suspensivo ou de redución de xornada, cando ao meu xuízo debe ser extrapolable.

4.2. A PROHIBICIÓN DE SUBSTITUCIÓN POR COMPENSACIÓN ECONÓMICA

6.- O carácter retribuído das vacacións non é a única medida prevista para garantir o seu gozo efectivo. En efecto, unha segunda garantía importante para iso é a prohibición de substituílas por unha compensación económica, algo que aparece expresamente imposto polo artigo 38.1 ET, en consonancia co establecido no artigo 12 do Convenio núm. 132 da OIT e no artigo 7.2 da Directiva 2003/88, que tan só permiten exceptuar os casos de finalización do contrato⁴⁴, aos que se poden unir outras situacións excepcionais, como pode ser o falecemento do traballador, nese caso, segundo lembrou o TXUE⁴⁵, a

⁴³ STS do 22 de maio de 2020, rec. 172/2018.

⁴⁴ Así, entre outros, GARCÍA ORTEGA, J., Nacimiento, duración y disfrute..., *op. cit.*, pp. 18-19, que engade os casos en que non se gozan por estarse tramitando un despedimento que despois deriva na readmisión; GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., Las garantías del derecho a vacaciones..., *op. cit.*, pp. 46 e ss.; ALFONSO MELLADO, C. L.; PEÑA OBIOL, S., *Vacaciones, fiestas...*, *op. cit.*, p. 52; FITA ORTEGA, J., *Límites legales...*, *op. cit.*, p. 63; BODAS MARTÍN, R., *La jornada...*, *op. cit.*, p. 62; DE VICENTE PACHÉS, F.; MIÑARRO YANINI, M., *Vacaciones anuales...*, *op. cit.*, p. 503.

⁴⁵ STXUE do 6 de novembro de 2018, C-569/16 e 570/16, asuntos *Maria Elizabeth Bauer e Martina BroBonn*.

compensación pasa aos herdeiros. Precisamente, ao fío da excepción primeiramente indicada, xurdiron certos pronunciamentos xudiciais aos que resulta conveniente facer referencia.

6.1.- Así, de entrada, debe sinalarse que a admisión de substituír as vacacións por compensación económica nos casos de finalización da relación laboral conduce na práctica a que, en ocasións, os traballadores temporais cuxo contrato finaliza durante o ano natural non gocen realmente daquelas, senón que se lles pague na liquidación final. Algún convenio colectivo trata de reaccionar fronte a estas manobras e establece que tales traballadores gozaranas durante a vixencia do contrato⁴⁶.

6.2.- Por outra banda, para os casos en que non se cumpriu coa obrigaón compensatoria, a xurisprudencia sinalou que a súa reclamación en sede xudicial está suxeita ao prazo de prescrición dun ano, sendo o *dies a quo* o momento do cesamento e non o da sentenza que, no seu caso, axuíce o despedimento⁴⁷ ou o da extinción da relación laboral⁴⁸.

6.3.- En fin, na devandita sede tamén se recalcou a natureza salarial destas percepcións –isto é, a compensación por vacacións non gozadas– para os efectos da determinación da responsabilidade solidaria prevista polo artigo 42 ET para as contratadas de propia actividade⁴⁹.

6.4.- Polo demais, a excepción estendeuse a todos aqueles casos nos que devén imposible o gozo. Antes aludía ao falecemento do traballador, pero pensemos tamén nos casos nos que ao traballador se lle recoñece unha incapacidade permanente, como nos ensina a xurisprudencia ao resolver un suposto no que as vacacións correspondentes a un determinado período –en concreto, o correspondente aos anos 2010, 2011 e de 2012–

⁴⁶ Respecto diso, v., NORES TORRES, L. E. (2008), *Las vacaciones...*, op. cit., p. 337.

⁴⁷ STS do 20 de xaneiro de 2006, rec. 3811/2004.

⁴⁸ STS do 28 de maio de 2013, rec. 1914/2012.

⁴⁹ SsTS do 23 de decembro de 2004, rec. 4525/2003, do 9 de marzo 2005, rec. 6537/2003, do 31 de xaneiro de 2006, rec. 4895/2004, do 1 de febreiro de 2006, rec. 3306/2004, do 27 de abril de 2006, rec. 112/2005, do 24 de abril de 2006, rec. 112/2015; máis recente, a STS do 11 de novembro de 2013, rec. 2674/2012.

compénsanse economicamente ao pasar da incapacidade temporal á incapacidade permanente total e extinguirse o contrato⁵⁰. Por certo, o prazo de reclamación segue sendo aquí dun ano e *o dies a quo* o momento en que se produce o tránsito dunha situación a outra.

4.3. A CADUCIDADE DO DEREITO

7.- En fin, unha última cuestión relacionada coa fixación do período vacacional e as garantías da súa gozo é a relativa á caducidade do dereito.

7.1.- Neste punto, os tribunais adoitan defender unha formulación, xa tradicional, de conformidade coa cal o carácter anual das vacacións implica que caduquen co ano natural, polo que se non se gozaron ao finalizar este, en principio, pérdense⁵¹, aínda que iso se matice posteriormente dando entrada a supostos excepcionais nos que se admite o gozo posterior⁵², algúns dos cales contan, na actualidade, cun recoñecemento normativo, como se verá máis adiante.

7.2.- Con todo, esta tese, que inicialmente pretendía funcionar como unha garantía do efectivo gozo das vacacións por parte do traballador, resulta abertamente criticable polos inxustos resultados aos que pode conducir. Por iso, é compartible a opinión do sector doutrinal que achega fundamentos para non seguila ou, polo menos, para flexibilizala⁵³.

⁵⁰ STS do 14 de marzo de 2019, rec.466/2017.

⁵¹ SsTS do 17 de setembro de 2002, rec. 4255/2001, e do 25 de febreiro de 2003, rec. 2155/2002.

⁵² Entre outros, ALFONSO MELLADO, C. L.; PEÑA OBIOL, S., *Vacaciones, fiestas...*, *op. cit.*, p. 55; DE VICENTE PACHÉS, F.; MIÑARRO YANINI, M., *Vacaciones anuales...*, *op. cit.*, p. 505.; BASTERRA HERNÁNDEZ, M., *Tiempo de trabajo...*, *op. cit.*, pp. 254 e ss. Así, por exemplo, GARCÍA ORTEGA, J., *Nacimiento, duración y disfrute...*, *op. cit.*, p. 18 alude entre tales casos excepcionais aos supostos nos que a empresa impediu o exercicio do dereito e este viñese imposto xudicialmente; pola súa banda, BODAS MARTÍN, R., *La jornada...*, *op. cit.*, p. 62 menciona como exemplo os casos que obedezan a unha causa imputable ao empresario ou os supostos en que a suspensión do contrato impediu o seu exercicio.

⁵³ MATIA PRIM, J., *Vacaciones...*, *op. cit.*, p. 450; GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., *Las garantías del derecho a vacaciones...*, *op. cit.*, p. 47; ALFONSO MELLADO, C. L.; PEÑA OBIOL, S., *Vacaciones, fiestas...*, *op. cit.*,

Neste sentido, de entrada, cabería aludir á ausencia no texto estatutario do devandito prazo. Así as cousas, a falta dun prazo específico, avógase pola aplicación do xeral dun ano recollido no artigo 59.1 ET ou, con maior probabilidade, as previsións do artigo 59.2 ET, onde para as obrigacións de tracto único que non poidan ter lugar unha vez finalizado o contrato, fíxase o prazo dun ano a contar a partir do momento en que a acción puido exercitarse.

Por outra banda, iso podería quedar corroborado polo artigo 9.1 do convenio núm. 132 da OIT, a cuxo teor «*A parte ininterrompida das vacacións pagas anuais mencionada no parágrafo 2 do artigo 8 deberá concederse e gozarse como moi tarde no prazo dun ano, a partir do final do ano en que se orixinou o dereito a esas vacacións, e o resto das vacacións anuais pagas, como moi tarde dentro dos dezaoto meses, contados a partir da dita data*», engadindo o apartado segundo que «*co consentimento da persoa empregada interesada, poderase autorizar que se aprace por un período superior ao indicado no parágrafo 1 do presente artigo, e ata un límite determinado, o gozo de calquera fracción das vacacións anuais que exceda de certo mínimo que se determine para o efecto*».

Finalmente, a xurisprudencia comunitaria ditada nos últimos anos dános pé para modificar este criterio ou, cando menos, matizalo. Neste sentido, ao afrontar a cuestión relativa á perda do dereito por parte do traballador, por non exercitalo en tempo, así como á compensación económica, o TXUE sinala que resulta contrario á directiva unha normativa en virtude da cal «*se o traballador non solicitou exercer o seu dereito de vacacións anuais retribuídas durante o período de referencia de que se trate, ao termo do devandito período perde, automaticamente e sen que se verifique previamente se o empresario lle permitiu efectivamente exercer ese dereito, en particular informándolle de maneira adecuada os días de vacacións anuais retribuídas devindicados polo dito período en virtude desas disposicións e correlativamente o seu dereito a unha compensación económica polas*

p. 55; BEJARANO HERNÁNDEZ, A., *El derecho a vacaciones...*, op. cit., p. 204; SEMPERE NAVARRO, A. V.; CHARRO BAENA, P., *Las vacaciones...*, op. cit., p. 169.

vacacións non gozadas no caso de que se extinga a relación laboral"⁵⁴.

5.- A INCIDENCIA DA INCAPACIDADE TEMPORAL E A MATERNIDADE

8.- Un último foco de interese en materia de vacacións é o relacionado coa incidencia que sobre estas ten a Incapacidade Temporal e a maternidade, tanto a efectos do seu pagamento, como en relación co seu gozo. E novamente, sobre todo no último terreo mencionado, a influencia comunitaria na configuración interna do dereito tivo unha gran relevancia.

5.1.- A INCIDENCIA NO PAGAMENTO

9.- En todo caso, desde a primeira perspectiva, o punto de partida debe ser o artigo 5.4 do Convenio núm. 132 da OIT, de conformidade co cal, *«as ausencias do traballo por motivos independentes da vontade da persoa interesada, como enfermidade, accidente ou maternidade, serán contadas como parte do período de servizos»*.

9.1.- A partir de tal orzamento normativo, a doutrina científica veu entendendo maioritariamente que os períodos de tempo correspondentes a tales situacións se teñen en conta no momento de calcular o nacemento do dereito ás vacacións ou, noutras palabras, que a suspensión do contrato por incapacidade temporal ou por maternidade computan como período de servizos a tales efectos⁵⁵.

9.2.- Así mesmo, tamén o Tribunal Supremo insistiu niso de maneira recente, mesmo en supostos nos que a

⁵⁴ SSTXUE do 6 de novembro de 2018, C-684/16 e C-619/16, asuntos *Shimizu e Kreuziger*, respectivamente.

⁵⁵ Neste sentido, por exemplo, ALFONSO MELLADO, C. L.; PEÑA OBIOL, S., *Vacaciones, fiestas...*, *op. cit.*, p. 36; BEJARANO HERNÁNDEZ, A., *El derecho a vacaciones...*, *op. cit.*, p. 83; BODAS MARTÍN, R., *La jornada...*, *op. cit.*, p. 61; SEMPERE NAVARRO, A. V.; CHARRO BAENA, P., *Las vacaciones...*, *op. cit.*, p. 77; DE VICENTE PACHÉS, F.; MIÑARRO YANINI, M., *Vacaciones anuales...*, *op. cit.*, p. 498; en sentido diverso, GARCÍA ORTEGA, J., *Nacimiento, duración y disfrute...*, *op. cit.*, p. 14, quen entende que a norma internacional neste punto non é *self executing*, polo que a súa aplicación requiriría de previsións legais ou convencionais que a dotasen de contido.

incapacidade temporal presentaba unha longa duración. Neste sentido, algún pronunciamento lembra que o feito de permanecer durante un dilatado período de tempo en situación de incapacidade temporal, en concreto, desde o 3 de marzo de 2010 ata o paso a unha incapacidade permanente total o 14 de decembro de 2012, con breves interrupcións –do 19 de marzo de 2010 ao 30 de agosto de 2010–, non impide que se xere o dereito ás vacacións correspondentes aos anos 2010, 2011 e 2012⁵⁶.

5.2. A INCIDENCIA NO GOZO

10.- Desde a segunda perspectiva, novamente cabe acudir ao Convenio núm. 132 da OIT como punto de partida, en concreto, ao seu artigo 6.2, aínda que o precepto tan só alude a «os períodos de incapacidade de traballo resultantes de enfermidade ou accidente», os cales «*non poderán ser contados como parte das vacacións*», pero nada prevé sobre a maternidade. Iso aconsella ofrecer un tratamento diferenciado de ambas as situacións.

5.2.1.- A incidencia da maternidade

11.- Polo que respecta á maternidade, a pesar do silencio do convenio n^o 132 da OIT respecto diso, a solución preséntase na actualidade bastante sinxela, pois vén dada pola propia normativa vixente.

11.1.- En efecto, a LO 3/2007, do 22 de marzo, para a igualdade efectiva de mulleres e homes, modificou o artigo 38.3 ET, engadindo un novo parágrafo no que se recoñece o dereito a unha nova fixación a gozar con posterioridade á IT vinculada ao embarazo, parto ou lactación ou ao período de suspensión por maternidade, mesmo, máis aló do ano natural.

11.2.- Así, a reforma veu recoller o criterio que neste punto se forxou na xurisprudencia comunitaria⁵⁷, posteriormente

⁵⁶ STS do 14 de marzo de 2019, rec.466/2017.

⁵⁷ STXUE do 18 de marzo de 2004, C-342/2001, asunto *Merino-Gómez*.

asumida polos tribunais internos⁵⁸ e que moitos convenios colectivos xa recollían⁵⁹.

5.2.2.- A incidencia da Incapacidade Temporal

12.- Polo que respecta á incapacidade temporal, certamente o Convenio núm. 132 da OIT non acaba de resolver o problema, pois a solución apuntada no artigo 6.2 é aplicable «*nas condicións que en cada país se determinen pola autoridade competente ou polo organismo apropiado*».

12.1.- A postura tradicional nesta materia fora a de diferenciar en función de que a incapacidade fose previa ao comezo das vacacións ou sobreviñese durante estas :⁶⁰ no primeiro caso, recoñecíase o dereito a unha nova fixación, mentres no segundo non, pois se entendía que era algo que entraría dentro do risco exclusivo do traballador.

12.2.- Ese entendemento foi abandonado pola xurisprudencia posterior, que negou o dereito a unha nova fixación mesmo no caso da incapacidade previa⁶¹, modificando a postura apuntada en pronunciamentos anteriores, que parecía proclive a estender a estes casos o tratamento ofrecido para a maternidade⁶².

12.3.- En fin, novamente a influencia da xurisprudencia comunitaria fixo que os tribunais internos modifiquen a súa postura neste punto.

En efecto, a doutrina sentada polo TXUE ao resolver certas cuestións prexudiciais presentadas desde o Reino Unido e Alemaña, sobre as relacións entre as vacacións e as baixas por enfermidade⁶³, nas que un traballador que estaba de

⁵⁸ STS do 10 de novembro de 2005, rec. 4291/2004, fronte á postura contraria sostida no pasado polas SsTS do 30 de novembro de 1995, rec. 1511/1994 e do 27 de xuño de 1996, rec. 2241/1994.

⁵⁹ Respecto diso, v. NORES TORRES, L. E. (2008), *Las vacaciones... op. cit.*, p. 339.

⁶⁰ En todo caso, non se trataba dunha postura unánime: respecto diso, v. BEJARANO HERNÁNDEZ, A., *El derecho a vacaciones...*, *op. cit.*, pp. 126 e ss.

⁶¹ SsTS do 11 de xullo de 2006, rec. 87/2005 e do 3 de outubro de 2007, rec. 5068/2005.

⁶² SsTS do 10 de novembro de 2005, rec. 4291/2004 e do 21 de marzo de 2006, rec. 681/2005.

⁶³ STXUE do 20 de xaneiro de 2009, C-350/2006 e C-520/2006, asuntos acumulados *Schultz-Hoff e Stringer*.

baixa pretendía gozar das vacacións durante esta –é dicir, xusto a situación inversa á que habitualmente se expón; iso seguramente se debese á incidencia nunha retribución superior- e na que se afirma “*non se opón á directiva que un traballador de baixa por enfermidade non teña dereito a gozar das vacacións durante aquela*”, levou a que o TS importase dunha forma moi discutible a solución dada polo TXUE e defendese o dereito a gozar das vacacións en momento posterior ao pactado se o traballador iniciaba un período de incapacidade temporal con carácter previo ás datas asignadas⁶⁴.

As dúbidas sobre o acertado ou non da asunción de tal doutrina esvaecía-se nun pronunciamento do TXUE posterior⁶⁵, ao resolver unha cuestión prexudicial, agora exposta desde España, sobre este problema e na que se indica que «*O artigo 7, apartado 1, da Directiva 2003/88/CE do Parlamento Europeo e do Consello, do 4 de novembro de 2003... debe interpretarse no sentido de que se opón a disposicións nacionais ou convenios colectivos que establezan que un traballador que se atope en situación de incapacidade temporal durante o período de vacacións anuais fixado no calendario de vacacións da empresa na que está contratado non ten dereito, unha vez dado de alta médica, a gozar as súas vacacións anuais nun período distinto do fixado inicialmente, no seu caso fóra do período de referencia de que se trate*».

Estes pronunciamentos, en todo caso, non abordaban o problema da incidencia que puidese ter a incapacidade temporal sobrevida durante o gozo das vacacións; pois ben, a solución foi a mesma. Así, recollendo a resposta dada polo TXUE a unha cuestión prexudicial exposta novamente desde España⁶⁶, o TS sinalou que o dereito a unha nova sinalización tense tanto nos casos de IT previa como sobrevida⁶⁷, incluso unha vez finalizado o ano natural⁶⁸.

⁶⁴ STS do 24 de xuño de 2009, rec. 1542/2008.

⁶⁵ STXUE do 10 de setembro de 2009, C-277/2008, asunto *Vicente Pereda*.

⁶⁶ STXUE do 21 de xuño de 2012, asunto C-78/2011.

⁶⁷ SsTS do 3 de outubro de 2012, rec. 249/2009, do 17 de xaneiro de 2013, rec. 1744/2010, e do 19 de marzo de 2013, rec. 528/2012.

Polo demais, algunhas sentenzas posteriores recoñeceron que non se opón ao dereito comunitario o feito de que a normativa interna prevexa a extinción das vacacións se pasou un tempo de aprazamento razoable, entendéndose como non razoable un período de nove meses⁶⁹ a contar desde a finalización do ano en que se xerou o dereito e, diversamente, como razoable outro de quince meses⁷⁰; obviamente, o criterio empregado para a medición da razoabilidade conecta coas previsións antes comentadas no art. 9.1 do Convenio 132 OIT, isto é, a posibilidade de poder gozar da parte ininterrompida das vacacións nun período de doce meses posterior á finalización do ano e o resto ata en dezoito meses.

12.4.- Pois ben, neste contexto, a redacción actual do art. 38.3.III ET asume de forma decidida esta orientación da xurisprudencia comunitaria e permite que, nos casos de incapacidade temporal, as vacacións poidan gozarse con posterioridade á esta, incluso unha vez finalizado o ano natural en que se xeraron co límite de dezoito meses; tales previsións axústanse perfectamente á interpretación emanada do TXUE segundo se acaba de constatar.

13.- Con todo, está asunción da doutrina comunitaria na materia ás veces forza a decisións que parecen ir máis aló de toda lóxica. En efecto, algunha sentenza do TS aplicou esta doutrina á pretensión de gozar os días de “vacacións adicionais para nadal e semana santa” previstos no convenio colectivo de ensino exposto por unha camareira limpadora que estivera de baixa desde o mes de novembro ata o 4 de xaneiro, permitíndolle gozar esas “vacacións de nadal” en datas ulteriores⁷¹.

13.1.- Ao meu xuízo, ademais de sorprendente, esta solución móvese en dirección contraria á seguida polo TXUE cando tivo que resolver unha cuestión análoga que se lle expuxo sobre o gozo dos días adicionais de vacacións recoñecidos en normativa interna pero non comunitaria; e é

⁶⁸ SsTS do 29 de outubro de 2012, rec. 4425/2011 e 4 de febreiro de 2015, rec. 2085/2013.

⁶⁹ STXUE do 3 de maio de 2012, C-337/2010, asunto *ANGED*.

⁷⁰ STXUE do 22 de novembro de 2011, C-214/2010, asunto *KHS*.

⁷¹ STS do 4 de xullo de 2018, rec. 1619/2018.

que, sobre o devandito particular, o TXUE sostivo que o feito de que eses días adicionais non gocen do aprazamento non vulnera a normativa comunitaria⁷².

13.2.- Polo demais, talvez a solución dada polo Tribunal Supremo se atope moi mediatizada polos propios termos do convenio colectivo; neste sentido, seguramente se se recollesen outros diversos –por exemplo, permisos retribuídos en lugar de vacacións–, a solución fose distinta. É que, de feito, existe un pronunciamento previo de feito, no que se abordaba un asunto similar, pero sobre días que compensan os festivos: a dicción convencional conduciu a que non se considerasen festivos e, en consecuencia, non se aplicase esa doutrina de gozo ulterior cando media incapacidade temporal ou maternidade⁷³.

5.2.3. A (non) translación da doutrina de aprazamento a outras situacións

14. Esta doutrina do aprazamento non se aplica aos permisos retribuídos, de maneira que se os sucesos determinantes da súa concesión (matrimonio, nacemento de fillo, enfermidade de parentes etc.) teñen lugar durante o período vacacional, non se ten dereito ao seu gozo ulterior, salvo, obviamente, previsión expresa en contrario. Así o entendeu o TXUE: *“Os artigos 5 e 7 da Directiva 2003/88/CE do Parlamento Europeo e do Consello, do 4 de novembro de 2003, relativa a determinados aspectos da ordenación do tempo de traballo, deben interpretarse no sentido de que non se aplican a unha normativa nacional que non permite aos traballadores reclamar o gozo dos permisos retribuídos que contempla esta normativa en días nos que estes traballadores deben traballar cando as necesidades e obrigacións para as que están previstos estes permisos retribuídos se produzan durante os períodos de*

⁷² STXUE 19 de novembro de 2019, C-609/2017 e 610/2017, asuntos TSN e AKT. A doutrina sentada por esta sentenza, polo demais, pode ter tamén unha repercusión adicional noutra materia: o alcance das subrogacións convencionais. Respecto diso, v. NORES TORRES, L. E., Novedades jurisprudenciales en materia de transmisión de empresa: la labor del TJUE y del TS en los últimos dos años, *Revista Labos*, vol. 1, nº 1, 2020, p. 101.

⁷³ STS do 2 de marzo de 2017, rec. 107/2016.

descanso semanal ou de vacacións anuais retribuídas contemplados nestes artigos"⁷⁴.

6. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALFONSO MELLADO, C. L.; PEÑA OBIOL, S., *Vacaciones, fiestas y descanso semanal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996.
- ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., La retribución de las vacaciones, *Tribuna Social*, 38, 1994, pp. 36-40.
- BASTERRA HERNÁNDEZ, M., *Tiempo de trabajo y tiempo de descanso*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.
- BEJARANO HERNÁNDEZ, A. (2002), *El derecho a vacaciones anuales retribuidas*, Granada, Comares.
- BODAS MARTÍN, R., *La jornada laboral*, Madrid, Dykinson, 2002.
- GARCÍA ORTEGA, J. (1994), Nacimiento, duración y disfrute del derecho a vacaciones, *Tribuna Social*, 38, pp. 7-20.
- DE VICENTE PACHÉS, F.; MIÑARRO YANINI, M., Vacaciones anuales (art. 38 ET), EN: GARCÍA NINET, J. I. (Dir.), *Salario y tiempo de trabajo en el Estatuto de los Trabajadores (de 1980 a 2005)*, Madrid, CEF, 2005, p. 493-519.
- FITA ORTEGA, F., *Límites legales a la jornada de trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.
- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., Las garantías del derecho a vacaciones (disfrute efectivo, indisponibilidad, prohibición de compensación en metálico, no acumulación y otras), *Tribuna Social*, 38, 1994, pp. 41-50.
- LÓPEZ-TAMES IGLESIAS, R., BLANCO PERTEGAZ, T. P., SÁNCHEZ ANDRADA, J., MARTÍNEZ MOYA, J., MORENO GONZÁLEZ-ALLER, I.; RENTERO JOVER, J., Foro: ERTE, vacaciones y pagas extraordinarias, *Revista de Jurisprudencia. El derecho*, julio 2020 (en prensa).

⁷⁴ STXUE do 4 de xuño de 2020, C-588/18, asunto DIA, S.A. e Twins Alimentación, S.A:

- MATIA PRIM, J. (1982), Vacaciones anuales, EN: BORRAJO DACRUZ, E. (Dir.), *Comentarios a las leyes laborales: el Estatuto de los Trabajadores, Tomo VII*, Madrid, EDERSA, p. 583.
- NORES TORRES, L. E., Las vacaciones, EN: GOERLICH PESET, J. M^a (Dir.), *El tiempo de trabajo en la negociación colectiva*, Madrid, Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2008, pp. 324-367.
- NORES TORRES, L. E., Novedades jurisprudenciales en materia de transmisión de empresa: la labor del TXUE y del TS en los últimos dos años, *Revista Labos*, vol 1, nº 1, 2020, pp. 91-108.
- SALA FRANCO, T. *et alii*, *Los límites legales al contenido de la negociación colectiva. El alcance imperativo o dispositivo de las normas del Estatuto de los Trabajadores*, Madrid, MTAS, 2001.
- MONREAL BRINGSVAERD, E. (2005), *La jornada de trabajo: ley y convenio colectivo*, Madrid, CES.
- SEMPERE NAVARRO, A. V.; CHARRO BAENA, P. (2003), *Las vacaciones laborales*, Cizur Menor, Aranzadi.