



Universidad de Oviedo  
*Universidá d'Uviéu*  
University of Oviedo

**Facultad de Derecho**

**MÁSTER DE ACCESO A LA ABOGACÍA.**

**TRABAJO FIN DE MÁSTER**

**CONFIGURACIÓN JURÍDICA DEL DERECHO A VACACIONES**

**REALIZADO POR: AZAHARA SIENRA QUIÑONERO**

**TUTOR: IGNACIO GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ**

**CONVOCATORIA: ORDINARIA DE ENERO 2023**

## **RESUMEN**

Entre los derechos reconocidos a los trabajadores en el ámbito laboral, uno de ellos es el derecho a vacaciones, siendo este uno de los más relevantes en la sociedad actual. El derecho a unas vacaciones anuales retribuidas es un principio rector recogido en el artículo 40.2 de nuestra Constitución y regulado de forma poco precisa en el artículo 38 del Estatuto de los Trabajadores. La escasa concreción de este derecho en nuestra normativa interna ha originado, en la práctica, numerosas cuestiones que necesitan para su esclarecimiento de la normativa Internacional y Comunitaria, así como de la doctrina jurisprudencial interna y, especialmente, de la Unión Europea. De esta manera, con las reformas de los años 2007 y 2012 del Estatuto de los trabajadores, se traslada a la Ley la doctrina creada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, relativa a la incidencia que tienen, sobre este derecho, la maternidad, la paternidad y la incapacidad temporal del trabajador.

## **ABSTRACT**

Among the rights recognized to workers in the labor field, one of them is the right to vacation, which is one of the most relevant in today's society. The right to paid annual leave is a guiding principle set forth in Article 40.2 of our Constitution and regulated in a vague manner in Article 38 of the Workers' Statute. The lack of precision of this right in our domestic legislation has given rise, in practice, to numerous questions that require clarification of international and Community legislation, as well as of domestic case law and, especially, of the European Union. In such a way, with the 2007 and 2012 reforms of the Workers' Statute, the doctrine created by the Court of Justice of the European Union, regarding the incidence that maternity, paternity and temporary incapacity of the worker have on this right, is transferred to the Law.

## INDICE

<b>1. INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>5</b>
<b>2. ANTECEDENTES NORMATIVOS.....</b>	<b>6</b>
<b>3. MARCO NORMATIVO.....</b>	<b>9</b>
<b>3.1 NORMATIVA NACIONAL.....</b>	<b>9</b>
<b>3.2 NORMATIVA INTERNACIONAL .....</b>	<b>10</b>
<b>3.3 NORMATIVA COMUNITARIA.....</b>	<b>11</b>
<b>4. DELIMITACION Y OBJETO.....</b>	<b>13</b>
<b>4.1 CONCEPTO DE VACACIONES .....</b>	<b>13</b>
<b>4.2 RETRIBUCION DE LAS VACACIONES.....</b>	<b>14</b>
<b>4.3 DURACION Y PERIODICIDAD.....</b>	<b>18</b>
<b>4.4 PERIODO DE DISFRUTE Y CONCRECION .....</b>	<b>22</b>
<b>5. LA INCIDENCIA DE LA MATERNIDAD Y LA INCAPACIDAD TEMPORAL EN EL DISFRUTE DE LAS VACACIONES .....</b>	<b>29</b>
<b>5.1 VACACIONES Y MATERNIDAD.....</b>	<b>29</b>
<b>5.2 VACACIONES E INCAPACIDAD TEMPORAL.....</b>	<b>34</b>
<b>6. CONCLUSIONES.....</b>	<b>41</b>
<b>7. BIBLIOGRAFIA.....</b>	<b>44</b>

## INDICE DE ABREVIATURAS

- **Art.:** Artículo.
- **CE:** Constitución Española.
- **DOUE:** Diario Oficial de la Unión Europea.
- **ET:** Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.
- **LISOS:** Ley 7/1988, de 7 de abril, sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.
- **LRJS:** Ley 36/2011 de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.
- **OIT:** Organización Internacional del Trabajo.
- **DUDH:** Declaración Universal de los Derechos Humanos.
- **PIDESC:** Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
- **LO:** Ley Orgánica.
- **STC:** Sentencia del Tribunal Constitucional.
- **STJCE:** Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.
- **STJUE:** Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
- **STS:** Sentencia del Tribunal Supremo.
- **STSJ:** Sentencia del Tribunal Superior de Justicia.
- **TC:** Tribunal Constitucional.
- **TS:** Tribunal Supremo.
- **TSJ:** Tribunal Superior de Justicia.
- **TJCE:** Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (hasta 2009).
- **TJUE:** Tribunal de Justicia de la Unión Europea (posteriormente a 2009).
- **IT:** Incapacidad temporal.
- **Dir.:** Director.
- **Coord.:** Coordinador.
- **Vol.:** Volumen.
- **Nº:** Número.
- **FD:** Fundamento de derecho.
- **FJ:** Fundamento jurídico.

## 1. INTRODUCCIÓN

Dentro de los periodos de descanso hay diferentes instrumentos: los descansos durante la jornada, el descanso diario, el semanal y, el que se aborda en este trabajo, las vacaciones anuales retribuidas, todos ellos caracterizados por el hecho de que suponen que el trabajador cese en el desarrollo de la prestación de servicios. En este trabajo fin de máster se recoge una visión global del derecho a las vacaciones anuales retribuidas. Se hace una cronología desde su origen hasta el momento actual del derecho de vacaciones, tratándose cuestiones como sus elementos delimitadores y su regulación, al igual que los problemas que ha suscitado y la respuesta que la jurisprudencia ha ido dando a los mismos a lo largo del tiempo, siguiendo para ello una metodología jurídica y utilizando como principales fuentes de estudio, textos doctrinales, textos normativos y pronunciamientos y sentencias judiciales.

Sin duda, este es un tema tradicional en el campo del derecho laboral, ya que las vacaciones son concebidas como uno de los derechos más relevantes de los trabajadores. De hecho, es una de las instituciones jurídico- laborales más arraigadas en nuestro ordenamiento. Sin embargo, a pesar de su importancia, no ha sido un tema frecuente de estudio en la doctrina laboral. En el marco de un ordenamiento jurídico caracterizado por constantes reformas, las vacaciones es precisamente una de las instituciones que muestra mayor estabilidad. Sin embargo, debido a la incidencia de la jurisprudencia comunitaria en nuestro ordenamiento jurídico interno, se han producido diversos cambios normativos que requieren un detenido examen a través de la doctrina laboral. Por otro lado, puede ser, que la justificación de la estabilidad normativa de las vacaciones puede estar basada en que la normativa laboral en la materia es bastante sucinta. Esto lleva, por un lado, a que se recurra con frecuencia al entorno normativo internacional (de particular relevancia es el Convenio núm. 132 de la OIT), y, por otro lado, hace que la jurisprudencia (tanto nacional como del TJUE o TJCE) juegue un papel absolutamente relevante en este tema.

De esta forma, en el presente trabajo se analizarán aspectos relevantes como la retribución de las vacaciones, la duración, caducidad, prohibición de la compensación en metálico, así como, la incidencia del principio de anualidad. Sin embargo, entre los diversos problemas prácticos en materia de vacaciones, sin duda el más importante es el de concretar los periodos de disfrute, que ha producido diversas interpretaciones e incluso conformado su propio modelo procesal. También, dentro de este ámbito concreto,

debemos señalar que otro aspecto de especial relevancia en los últimos años tiene que ver con la coincidencia de las vacaciones con la incapacidad temporal o la baja por maternidad.

## 2. ANTECEDENTES NORMATIVOS

En España, la primera regulación del derecho a vacaciones anuales retribuidas surge con el **Real Decreto de 7 de septiembre de 1918** que en su artículo 38 dispuso que: *«Todos los funcionarios disfrutarán anualmente de una vacación de quince días consecutivos, excepto cuando las necesidades del servicio lo impidiesen»*. Por lo tanto, la función pública fue la primera en disfrutar de esta prerrogativa. En la década de los veinte, la práctica de las vacaciones retribuidas no era desconocida en nuestra vida jurídico-laboral. Algunos trabajadores que se dedicaban al comercio y a la banca, fueron consiguiendo unos días de descanso remunerados a través de acuerdos corporativos y de la costumbre profesional. Era común que los empresarios adoptaran iniciativas de concesión graciosa de vacaciones para la totalidad o parte de los trabajadores a su servicio, pero todavía no se había asentado como un derecho <sup>1</sup>.

No es hasta la II República cuando se reconoció a todos los asalariados las vacaciones pagadas, cuya consagración legal en nuestro ordenamiento laboral se produce con la **Ley de Contrato de trabajo de 21 de noviembre de 1931**. El art 56 de esta Ley establecía que: *«El trabajador tendrá derecho a un permiso ininterrumpido de siete días, al menos, si su contrato de trabajo ha durado un año. El patrono, de acuerdo con el obrero, determinará la fecha en que este haya de comenzar la vacación. El disfrute de esta no supone descuento alguno del salario que gane el trabajador. La parte del salario en especie será pagada como de ordinario o debidamente compensada<sup>2</sup>»*. Por tanto, los trabajadores que no fuesen funcionarios tuvieron que esperar trece años para que se les reconocieran las vacaciones pagadas, eso sí, de menor duración que las que establecía la legislación del año 1918 para los empleados públicos, los militares y los maestros, siete

---

<sup>1</sup> PÉREZ VAQUERO, C., “El derecho a las vacaciones retribuidas”, 2022, Véase en: <http://archivodeinalbis.blogspot.com/2022/01/el-derecho-las-vacaciones-retribuidas.html>, consultado por última vez 3/10/2022.

<sup>2</sup> CHARRO BAENA, P., *El derecho a vacaciones en el ámbito laboral*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1993, pág. 93.

días por año trabajado para los asalariados frente a los quince días consecutivos de vacaciones que tenían los funcionarios. Esto es una cuarta parte de lo que es hoy en día, pero ya se fijaban normas que se mantienen en la regulación actual<sup>3</sup>.

Tras la Guerra Civil y con la dictadura de Francisco Franco, se derogó la Ley republicana mediante el **Decreto de 26 de enero de 1944** por el que se aprobó el texto refundido del Libro I de la Ley de Contrato de Trabajo, la cual continuaba en la línea de su antecesora, pero adaptándose el texto a los principios ideológicos y económicos del nuevo Estado dictatorial instaurado en España. El art 35 de la citada ley señalaba que: «*El trabajador tendrá derecho a un permiso anual retribuido, al menos de siete días laborables ininterrumpidos o de mayor duración si así lo estableciere en su reglamentación de trabajo, disfrutado en la fecha que fije de común acuerdo con su empresario o en la que ordene el Magistrado de Trabajo, en caso de desacuerdo...*». En ese momento, tanto los acuerdos profesionales reflejados en las reglamentaciones laborales que se crearon para ciertos sectores, como los convenios colectivos, fueron ampliando, para determinadas actividades, los días mínimos de descanso pagado y fueron unificándolo en quince días. Aunque la crisis económica y social en la que se encontraba España tras la guerra hizo que fueran pocas las personas que realmente pudiesen disfrutar de ese periodo de vacaciones retribuido, no fue hasta los años sesenta cuando se empieza a generalizar esta norma<sup>4</sup>.

Los trabajadores que no se aprovechaban de esos acuerdos profesionales o de las reglamentaciones laborales, tuvieron que esperar hasta el año 1976 para disfrutar del aumento de días de vacaciones. De esta forma, la **Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales** implica un cambio en los derechos de esos trabajadores en España. La Ley contempló en su art 27 que:

*«1. Todo trabajador tiene derecho cada año a un período no sustituible por compensación económica de vacaciones retribuidas de veintiún días naturales como mínimo, o a la parte proporcional que corresponde en el caso de no llevar trabajando en la misma Empresa el año necesario para el disfrute pleno de este derecho.»*

---

<sup>3</sup> OLÍAS, L., “Las vacaciones pagadas cumplen 90 años: así han cambiado desde los siete días de la Segunda República”, 2021, [https://www.eldiario.es/economia/vacaciones-pagadas-cumplen-90-anos-han-cambiado-siete-dias-segunda-republica\\_1\\_8223922.html](https://www.eldiario.es/economia/vacaciones-pagadas-cumplen-90-anos-han-cambiado-siete-dias-segunda-republica_1_8223922.html), consultado por última vez 3/10/2022.

<sup>4</sup> MARTÍN VALVERDE, A., “Las líneas de la evolución del derecho a vacaciones”, *Revista de Política social*, Nº 83, 1969, págs. 65- 91.

2. *El periodo y la fecha de su disfrute se fijarán, de común acuerdo, entre el empresario y el trabajador o conforme a las normas que, en su caso, se establezcan para la planificación anual de vacaciones en las Ordenanzas Laborales o Convenios Colectivos Sindicales. Si existiese desacuerdo entre las partes, la Magistratura de Trabajo fijará la fecha que para su disfrute corresponda.*

3. *Las vacaciones anuales del menor de dieciocho años tendrán una duración mínima de treinta días naturales, aplicándose en todo lo demás lo establecido en párrafos anteriores».*

Como novedad, se aumentaron los días de vacaciones a veintiún días, se eliminó la mención a que los días de reposo fueran ininterrumpidos y, a los menores de dieciocho años, se les reconocía un descanso mínimo mayor de treinta días naturales <sup>5</sup>.

**La Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores** (en adelante ET), en su art 38 del texto legal establecía que:

*«1. El período de vacaciones anuales retribuidas, no sustituible por compensación económica, será el pactado en convenio colectivo o contrato individual. En ningún caso la duración será inferior a veintitrés días naturales».*

Esta Ley incrementó el periodo de vacaciones retribuidas a veintitrés días naturales. Se concedió a los empresarios la capacidad de excluir como período vacacional aquél que coincidiese con la mayor actividad productiva estacional de la empresa y, se daba preferencia, a la hora de escoger los días, a los trabajadores con responsabilidades familiares para que coincidieran con los períodos de vacaciones escolares. De nuevo, se aplicaba un criterio de edad para conceder más descanso a los jóvenes, pero esta vez, también a los mayores<sup>6</sup>.

Por último, **la Ley 4/1983, de 29 de junio**, de fijación de la jornada máxima legal en cuarenta horas y de las vacaciones anuales mínimas en treinta días, modificó el párrafo primero del art 38, quedando redactado de la siguiente manera: *«1. El período de vacaciones anuales retribuidas, no sustituible por compensación económica, será el pactado en convenio colectivo o contrato individual. En ningún caso la duración será inferior a treinta días naturales».* Por lo tanto, este texto legal, estableció la misma

---

<sup>5</sup> *Ibidem*, págs. 65- 91.

<sup>6</sup> PÉREZ VAQUERO, C., “El derecho a las vacaciones retribuidas”, *op. cit.*



duración del periodo de vacaciones retribuidas que tenemos hoy en día, 30 días naturales. También queda derogado el apartado cuarto del art 38 del ET, desapareciendo el criterio diferencial por edad, por lo que las personas jóvenes y mayores tienen el mismo derecho al descanso retribuido<sup>7</sup>.

Actualmente, las vacaciones anuales retribuidas, se regulan en el art 38 del **Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores**.

### 3. MARCO NORMATIVO

#### 3.1 NORMATIVA NACIONAL

El art 40.2 de la **Constitución Española** (en adelante CE), establece que: “... *los poderes públicos garantizarán el descanso necesario, mediante la limitación de la jornada laboral, las vacaciones periódicas retribuidas y la promoción de centros adecuados*”. Estamos ante un principio rector de la política social y económica, por lo tanto, hay que tener en cuenta que el legislador constitucional no ha querido establecer un derecho fundamental a las vacaciones y, por ello, su configuración va a depender del desarrollo normativo de la regulación constitucional. El legislador ha establecido una regulación legal a partir de este precepto constitucional, concretamente, el disfrute de vacaciones se regula a través del art 38 ET y los vacíos legales que existen en el son importantes, manteniéndose hasta el presente una regulación poco detallada de esta cuestión. Conllevando eso a que se utilicen otras fuentes del Derecho para suplir las lagunas existentes<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> CHARRO BAENA, P., *El derecho a vacaciones en el ámbito laboral, op.cit*, pág. 139.

<sup>8</sup> GORELLI HERNANDEZ, J., *El derecho al disfrute efectivo de las vacaciones*, Tecnos, Madrid, 2014, pág. 25.

### 3.2 NORMATIVA INTERNACIONAL

#### *Declaración Universal de los Derechos Humanos (en adelante DUDH)*

El art 24 de la DUDH de 1948, reconoce el derecho de toda persona al «descanso, al disfrute del tiempo libre, a una limitación razonable de la duración del trabajo y a vacaciones periódicas pagadas». La Declaración Universal incorpora varios elementos referidos a las vacaciones que deben tenerse en cuenta, como es que, las vacaciones periódicas retribuidas constituyen un mecanismo compensatorio del previo esfuerzo, por lo que, al margen de situaciones especiales como la incapacidad temporal o la maternidad, sin trabajo no nace el derecho a las vacaciones, que son retribuidas en la medida en que su cuantificación económica depende directamente del tiempo trabajado realizado antes de su disfrute<sup>9</sup>.

#### *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante PIDESC)*

El art 7 (apartado d) del PIDESC de 1966, reconoce el derecho de toda persona al disfrute de unas condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren, en especial, «el descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo y las vacaciones periódicas pagadas, así como la remuneración de los días festivos». Esta norma se refiere, como novedad, a los días festivos que, al igual que las vacaciones, tendrán que ser remunerados<sup>10</sup>.

#### *Convenio de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT) número 132, sobre vacaciones pagadas, firmado el 24 de junio de 1970 y ratificado por España el 30 de junio de 1972.*

---

<sup>9</sup> MARTÍN JIMÉNEZ, R., “Vacaciones”, en VV.AA., (dir. SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., coord. HIERRO HIERRO, F. y KAHALE CARRILLO, D.T.) “Un decenio de jurisprudencia laboral sobre la Ley de Igualdad entre mujeres y hombres”, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2018, págs. 765-771.

<sup>10</sup> *Ibidem*, pág. 770.

Es el instrumento normativo que dedica más atención a la regulación del derecho a las vacaciones, conteniendo una regulación mucho más detallada que la normativa nacional. Es por eso por lo que resulta bastante frecuente la utilización de este Convenio nº 132 OIT para suplir las lagunas normativas de nuestro ordenamiento. La doctrina y la jurisprudencia acuden, en muchas ocasiones, a este Convenio para completar las carencias del art 38 ET. Así, por ejemplo, algunas de las reglas que contempla el Convenio son: el art 4 que regula el principio de proporcionalidad. El art 5.4 que establece la regla por la que los periodos de ausencias al trabajo por causas ajenas a la voluntad del trabajador, como enfermedad, maternidad o accidente, se contarán como parte del período de servicios a los efectos de acceder a las vacaciones. El art. 6.2 que señala que los períodos de incapacidad temporal no pueden ser contados como parte de las vacaciones anuales pagadas. El art. 8 que regula la posibilidad del fraccionamiento de las vacaciones o el art 11 para los supuestos de extinción del contrato como excepción a la prohibición de sustitución del derecho a las vacaciones por salario. A pesar de que es el instrumento más completo en esta materia, las relaciones entre la regulación internacional y el derecho nacional no son fáciles, pues se establecen principios en esta norma que nuestro ordenamiento rechaza. Un ejemplo de esto es el art 5 del Convenio que exige un periodo mínimo para tener derecho a las vacaciones anuales, periodo que no existe en nuestro ordenamiento. Ello ha hecho intervenir con frecuencia a la jurisprudencia para delimitar hasta donde es de aplicación el Convenio nº 132 a la hora de resolver las múltiples lagunas de la norma interna española<sup>11</sup>.

### **3.3    NORMATIVA COMUNITARIA**

#### *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea del año 2000*

El art 31.2, relativo a las condiciones de trabajo justas y equitativas, vincula el tiempo de trabajo y los descansos a bienes jurídicos de máxima importancia, ligados con la seguridad y salud en el trabajo. Así, el apartado 1.º «reconoce a todos los trabajadores

---

<sup>11</sup> NORES TORRES, L.E., “La influencia comunitaria en la configuración interna del derecho a las vacaciones anuales retribuidas”, *Revista Gallega de Derecho Social*, Nº10, 2020, págs. 53-82.

*el derecho a trabajar en condiciones que respeten su salud, su seguridad y su dignidad». Para añadir después que: «todo trabajador tiene derecho a la limitación de la duración máxima del trabajo y a períodos de descanso diarios y semanales, así como a un período de vacaciones anuales retribuidas<sup>12</sup>».*

***Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo (C/2017/ 165/01), publicada en el DOUE de 24 de mayo de 2017***

Junto con la regulación del Convenio de la OIT, ha tenido especial relevancia la **Directiva 2003/88/CE**, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo y el derecho a descansos del trabajador. La regulación que hace la Directiva sobre el derecho a las vacaciones es igual de escueta o más que la regulación española, ya que dedica a las vacaciones su art. 7, a tenor del cual: *«los Estados miembros deben adoptar las medidas necesarias para que los trabajadores dispongan de un período de, al menos, cuatro semanas de vacaciones anuales retribuidas, de conformidad a las condiciones de obtención y concesión establecidas en la regulación nacional»*. Tratándose este periodo de veintiocho días, de un mínimo que puede ser mejorado. En este aspecto, la regulación española supera a la normativa comunitaria en cuanto a la duración de las vacaciones, pues nuestro ordenamiento consagra una duración de treinta días. El art. 7.2 de la misma, regula una excepción a la prohibición de sustitución económica del disfrute de vacaciones para el supuesto de extinción del contrato. Nuestro ordenamiento no regula esto de manera expresa, pero el art. 11 del Convenio nº 132 OIT se refiere a esta excepción, siendo normativa aplicable en nuestro país <sup>13</sup>.

En definitiva, tanto nuestra normativa interna, como las normas internacionales y comunitarias citadas, dejan un amplio margen de actuación a la negociación colectiva respecto a este derecho, pudiendo mejorarlo e incluso concretar aspectos relacionados con su ejercicio.

---

<sup>12</sup> GORELLI HERNANDEZ, J., *El derecho al disfrute efectivo de las vacaciones*, op cit, pág.28.

<sup>13</sup> MARTÍN JIMÉNEZ, R., “Vacaciones”, en VV.AA., (dir. SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., coord. HIERRO HIERRO, F. y KAHALE CARRILLO, D.T.) *“Un decenio de jurisprudencia laboral sobre la Ley de Igualdad entre mujeres y hombres”*, op, cit, pág. 768.

## 4. DELIMITACION Y OBJETO

### 4.1 CONCEPTO DE VACACIONES

El ejercicio del derecho a vacaciones puede definirse como el derecho contractual de todo trabajador, consistente en la interrupción anual de la prestación de trabajo con carácter retribuido durante un tiempo prolongado, cuya duración se fija según el período de trabajo efectivo desarrollado dentro del plazo anual, todo ello con el objetivo tanto de facilitar un período de tiempo de descanso para permitir la recuperación física y psíquica del trabajador, como de que pueda disfrutar <sup>14</sup>. Por tanto, las vacaciones cumplen una doble función, por un lado, recuperadora y, por otro, de dedicación al ocio. En todo caso, el modo en el que el trabajador las aprovecha es una cuestión que decide este libremente, quien podría destinarlas a desarrollar otra actividad retribuida sin que ello determine una transgresión de la buena fe contractual que legitime un despido disciplinario, salvo que incurriera en competencia desleal. Así lo ha manifestado el **Tribunal Constitucional** (en adelante TC) **en su Sentencia nº 192/2003, de 27 de octubre de 2003**<sup>15</sup>.

La normativa nacional sobre este derecho, concretamente el art 38 del ET y la CE en su art 40.2, no se encarga de delimitar conceptualmente el derecho a las vacaciones, tampoco la normativa comunitaria, pues la Directiva 2003/88, en su art 7, se limita a establecer que los Estados miembros deben prever una regulación a tenor de la cual *«todos los trabajadores dispongan de un período de al menos cuatro semanas de vacaciones anuales retribuidas, de conformidad con las condiciones de obtención y concesión establecidas en las legislaciones y/o prácticas nacionales»*. Tampoco el Convenio nº 132 OIT, pese a ser la norma que regula de forma más amplia esta cuestión, establece con claridad una delimitación de lo que debe de entenderse por vacaciones. Por ello, para delimitar conceptualmente las vacaciones debe de tenerse en cuenta que

---

<sup>14</sup> CHARRO BAENA, P., *El derecho a vacaciones en el ámbito laboral*, op. cit, pág.287.

<sup>15</sup> STC de 27 de octubre de 2003, FJ 7º: “La concepción del período anual de vacaciones como tiempo cuyo sentido único o principal es la reposición de energías para la reanudación de la prestación laboral supone reducir la persona del trabajador a un mero factor de producción y negar, en la misma medida, su libertad, durante aquel período, para desplegar la propia personalidad del modo que estime más conveniente”.

estamos ante un derecho de los trabajadores reconocido legalmente, cuya duración va unida al tiempo de trabajo efectivo y al carácter retribuido de las vacaciones<sup>16</sup>.

Además, la jurisprudencia de la Unión Europea (en adelante, UE), ha señalado que el derecho al disfrute de las vacaciones se configura como un principio del Derecho social que tiene una especial trascendencia. En este sentido, la **Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 26 de junio de 2001, asunto BECTU 2001\179**, manifestó que: *«... el derecho de cada trabajador a vacaciones anuales retribuidas debe considerarse un principio del Derecho social comunitario de especial importancia, respecto al cual no pueden establecerse excepciones y cuya aplicación por parte de las autoridades nacionales competentes únicamente puede efectuarse respetando los límites establecidos expresamente por la propia Directiva 93/104»*.

## 4.2 RETRIBUCION DE LAS VACACIONES

El verdadero disfrute de las vacaciones depende tanto del cese de la prestación de trabajo durante un periodo de tiempo, como de su retribución. Se trata de dos elementos que no pueden existir de forma aislada, sino que deben coincidir, ya que unas vacaciones no retribuidas supondrían que el trabajador estuviera ese periodo sin recibir rentas y, seguramente, desistiría de disfrutarlas a cambio de recibir la retribución. Lo que le interesa al trabajador es obtener una remuneración que le permita sustentarse económicamente a él y a su familia, no pudiendo, en muchos casos, permitirse la pérdida del jornal durante ese tiempo de descanso. Por ello, la retribución es un elemento necesario para lograr el verdadero disfrute de las vacaciones. Que estas sean remuneradas permite que sean diferenciadas de otros supuestos de interrupción de la prestación de trabajo en los que no hay retribución, como son los supuestos de suspensión del contrato de trabajo, la excedencia forzosa o la voluntaria. Que sean retribuidas, puede generar confusión con los permisos o licencias del art 37.3 ET, sin embargo, las diferencias son claras, ni las licencias son periódicas, ni están sujetas a un periodo para que se devengue.

---

<sup>16</sup> GORELLI HERNANDEZ, J., “Elementos delimitadores del derecho a vacaciones” *THEMIS: Revista de Derecho*, N°. 65, 2014, págs. 59-80.

Las licencias otorgan al trabajador un derecho al cese retribuido en el trabajo, pero dependiendo de que se produzca la circunstancia para su concesión. Por el contrario, las vacaciones son un derecho del trabajador que tiene carácter periódico, es decir, se genera con el paso de los días<sup>17</sup>.

En cuanto a la *naturaleza* de la retribución que recibe el trabajador en vacaciones, el art 26.1 ET establece que: «*Se considerará salario la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie, por la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena, ya retribuyan el trabajo efectivo, cualquiera que sea la forma de remuneración, o los periodos de descanso computables como de trabajo*». De la literalidad del precepto se deduce, que la naturaleza jurídica de la retribución de las vacaciones es salarial, extendiéndose tal carácter salarial a los casos en los que no se puede disfrutar de las vacaciones por extinción del contrato y se procede a su compensación, como precisa la **STS 573/2006, de 1 de febrero de 2006**<sup>18</sup>. El hecho de concederle esa consideración de naturaleza salarial a la retribución de las vacaciones supone la aplicación de las reglas sobre la cotización a la seguridad social, de forma que, las cantidades percibidas durante las vacaciones son cotizables<sup>19</sup>.

Determinar la cuantía y los conceptos retributivos que corresponden en el periodo de vacaciones anuales es una cuestión que se ha debatido en diferentes ocasiones en la jurisdicción social española y ello debido a la escueta referencia de nuestra normativa interna al carácter retribuido y al alcance de esa retribución. Desde la perspectiva nacional, la propia CE en su art 40.2, regula que los poderes públicos deben fomentar con su actuación las vacaciones periódicas retribuidas; y la normativa legal, art 38.1 ET, se refiere al periodo de vacaciones anuales retribuidas. En el mismo sentido la normativa comunitaria, pues la Directiva 2003/88 CE, en su art 7.1, establece que los Estados

---

<sup>17</sup> GORELLI HERNANDEZ, J, “Elementos delimitadores del derecho a vacaciones” *op, cit*, pág. 63.

<sup>18</sup> STS 573/2006, de 1 de febrero de 2006, FD 5º: “*el problema relativo a la naturaleza jurídica de las cantidades dedicadas a la liquidación de las vacaciones, debe abordarse desde las reglas que contiene el artículo 26 del ET , en cuanto considera salario la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie, por la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena, ya retribuyan al trabajador efectivo, cualquiera que sea la forma de remuneración, o los periodos de descanso computables como de trabajo, y puesto que el tiempo destinado a vacaciones tiene la consideración de descanso computable como de trabajo, aunque realmente no se presten servicios mientras duran, la conclusión a la que se llega es que tales periodos de descanso no disfrutados por la extinción anticipada del contrato de trabajo, y que son compensados económicamente, la cantidad destinada a su remuneración es de naturaleza salarial y no indemnizatoria*”.

<sup>19</sup> GORELLI HERNANDEZ, J., *El derecho al disfrute efectivo de las vacaciones*, *op, cit* pág.15.

miembros deben actuar para regular el derecho de los trabajadores a disponer de un periodo de vacaciones anuales retribuidas. Desde la perspectiva internacional, el Convenio nº 132 OIT, es algo más concreto, en su título, señala que se regulan las vacaciones anuales pagadas, en el art 3.1 del mismo, señala que toda persona a la que se aplique el Convenio tendrá derecho a las vacaciones anuales pagadas de una duración mínima determinada y en su art 7, dispone que la remuneración mínima del periodo vacacional será la normal o media, calculada en la forma en la que determine cada país la autoridad competente o el organismo apropiado<sup>20</sup>.

No obstante, como las disposiciones legales citadas no aclaran que debe entenderse por retribución normal o media (sobre todo en el caso de los conceptos salariales irregulares, variables, ocasionales o extraordinarios), el papel de la jurisprudencia nacional y comunitaria es especialmente importante, pues ha ido perfilando dicha retribución normal o media en torno a su carácter ordinario e incluye en la estructura de salario, al salario base y a determinados complementos personales (antigüedad, titulación, idiomas, etc.) y complementos por circunstancias de la actividad empresarial (toxicidad, penosidad, peligrosidad, etc.) que regulan el trabajo “normal”<sup>21</sup>. Por normal ha de entenderse aquella, que, de manera ordinaria, recibe el trabajador por el desarrollo de su prestación habitual de trabajo y, la retribución media, es el promedio de las retribuciones mensuales percibidas por el trabajador con anterioridad a las vacaciones. Por lo tanto, el trabajador tiene derecho a percibir durante las vacaciones una cuantía salarial equivalente a su retribución durante una mensualidad de trabajo ordinario<sup>22</sup>.

En este aspecto, la **Sentencia del Tribunal Supremo 7935/2005, de 16 de diciembre de 2005**, se pronuncia en el sentido de que si bien, « *la norma general para la cuantía del importe de las vacaciones es que estas se satisfacen sobre todas las partidas salariales que recibe el trabajador por jornada ordinaria, quedando excluidos los conceptos que correspondan a las tareas realizadas fuera de dicha jornada, el*

---

<sup>20</sup>GONZALEZ DEL REY RODRIGUEZ, I., “Jornada parcial variable y retribución de las vacaciones. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo 394/2020, de 22 de mayo”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, Nº451, 2020, pág. 216.

<sup>21</sup> *Ibidem*, págs.217 y 219.

<sup>22</sup> GALLEGO MOYA, F.,” El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el derecho a las vacaciones”. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, Nº227,2020, pág.9.



*convenio colectivo puede establecer, siempre que no contravenga el mínimo exigible, la fijación de la retribución por vacaciones». Sin embargo, hay pronunciamientos más recientes del TS, concretamente las **SSTS de 8 de junio de 2016 (Rec.207/2016)**, **8 de junio de 2016 (Rec.112/2015)**, que dan pie a una nueva jurisprudencia interna que, admitiendo una cierta discrecionalidad en la forma de calcular la remuneración vacacional, señalan que: «*la misma no puede distorsionar el concepto de remuneración normal o media hasta hacerlo desaparecer e impidiéndole que los convenios colectivos excluyan elementos salariales de la jornada ordinaria; solo podrán excluirse de su abono en vacaciones, aquellos conceptos extraordinarios, en el sentido de devengados y abonados de forma esporádica*<sup>23</sup>».*

También, la jurisprudencia comunitaria adquiere importancia en este punto y exige su equivalencia con la retribución ordinaria, con la finalidad de que el trabajador no rechace su derecho a vacaciones debido a una baja remuneración (**STJCE de 20 de enero de 2009, asunto SCHULTZ-HOFF**). En este sentido, el TJCE decide incluir en el salario aquellos elementos intrínsecos que forman parte del cálculo de la retribución global, tal como sucede con los complementos salariales variables en el promedio que determine el juez nacional, al tiempo que excluye aquellos destinados a cubrir gastos ocasionales o accesorios. Los elementos de la retribución global del trabajador, que tienen por único objeto cubrir los gastos ocasionales o accesorios que surjan con ocasión de la ejecución de las tareas que incumben al trabajador según su contrato de trabajo, no deben ser tenidos en cuenta para calcular el pago que se ha de abonar durante las vacaciones anuales. De manera que todos los componentes de la retribución global inherentes a la condición personal y profesional del trabajador deben mantenerse durante sus vacaciones anuales retribuidas, entre ellos, los complementos relacionados con su calidad de superior jerárquico, con su antigüedad y con sus cualificaciones profesionales, como ha manifestado el TJUE en su **Sentencia del 1 de julio de 2010, asunto PARVIAINEN**<sup>24</sup>.

---

<sup>23</sup> LAHERA FORTEZA, J., “Salario durante las vacaciones”. *Observatorio de recursos humanos y relaciones laborales*, N°.115, 2016, págs.68 y 69.

<sup>24</sup> *Ibidem*.

En su posterior **Sentencia de 22 de mayo de 2014, asunto LOCK**, analizando la retribución de comisiones en caso de vacaciones, el TJUE consideró que, además del salario fijo, la compensación económica por vacaciones debía incluir la parte variable por estas últimas, al formar parte las comisiones de la retribución global inherente a la condición personal y profesional del trabajador, que debe mantenerse durante las vacaciones. Dicha Sentencia establecía la obligación de las empresas de mantener la retribución ordinaria o normal del trabajador durante dicho periodo de descanso, pues el objetivo de retribuir las vacaciones es colocar al trabajador, durante ese período, en una situación que, desde el punto de vista del salario, sea comparable con los períodos de trabajo. Esto no ocurriría si el trabajador no recibiera su retribución ordinaria, porque podría verse tentado a no tomar sus vacaciones anuales retribuidas<sup>25</sup>.

Respecto a las horas extraordinarias, la **STJUE de 13 de diciembre de 2018, (asunto TORSTEN HEIN y ALBERT HOLZKAMM)**, ha manifestado que : *«en razón a su carácter excepcional, no forman parte de la retribución ordinaria que rige en el abono de vacaciones, si bien, cuando las obligaciones derivadas del contrato exigen la realización habitual de horas extraordinarias, convirtiéndose en un elemento importante de la retribución del trabajador, sí deben incluirse en la retribución ordinaria para que el disfrute de las vacaciones pueda realizarse de manera comparable a las condiciones que rigen durante el trabajo.»* En este mismo sentido, la **STJUE de 13 de enero de 2022, C-514/20**, sobre el complemento por horas extraordinarias en vacaciones ha declarado que *«computan las horas que pudieron haberse trabajado durante su disfrute»*.

#### **4.3 DURACION Y PERIODICIDAD**

El art 38.1 del ET precisa que: *«la duración de las vacaciones anuales retribuidas será la fijada en convenio colectivo o contrato individual, sin que en ningún caso pueda ser inferior a treinta días naturales»*, lo que supone una evidente mejora tanto del

---

<sup>25</sup> GALLEGO MOYA, F., “Complemento por horas extraordinarias en vacaciones: computan las horas que pudieron haberse trabajado durante su disfrute”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, Nº 2, 2022, pág. 7.

Convenio n° 132 de la OIT, que en su art 3.3 establece tres semanas por un año de servicios, como de la Directiva 2003/88, cuyo art 7.1 recoge un período mínimo de cuatro semanas. Esta duración de treinta días naturales, que está prevista en el ET, es el mínimo que fija la norma, pudiendo la autonomía colectiva y la individual mejorar dicha duración, pero no empeorarla. El precepto utiliza el término de *anuales*, sin más concreción; lo mismo ocurre con el art. 31.2 de la Carta de DDFF o el art. 7 de la Directiva 2003/88, siendo algo más preciso, pero no mucho, el art 3.3 del Convenio n° 132 de la OIT, cuando señala que las vacaciones surgen por un año de servicios. Así pues, el carácter anual del derecho a las vacaciones retribuidas es claro; lo que no resulta tan evidente es el significado que se debe atribuir a la mencionada anualidad<sup>26</sup>.

El problema que surge aquí es saber cuándo se perfecciona ese derecho. Sobre esto ha habido diferentes interpretaciones doctrinales: La primera, la de la *postanualidad*: implica la necesidad de realizar previamente una prestación de trabajo, tras la cual se devenga el derecho a las vacaciones, pudiendo disfrutarse estas una vez que el derecho se ha devengado. Por tanto, dado que en nuestro ordenamiento la duración de las vacaciones es de treinta días naturales, es necesario trabajar durante once meses antes de poder disfrutarlas. No sería del todo correcto utilizar este criterio pues, supondría un perjuicio para los trabajadores que se han incorporado hace poco tiempo a la empresa, no habiendo generado todavía el año de servicios y, por tanto, no pudiendo disfrutar de las vacaciones. En segundo lugar, la de la *intraanualidad*: las vacaciones no se devengan tras el desarrollo de una prestación de servicios de un año, sino durante el año, no hay que esperar a que el año finalice para poder disfrutar de las vacaciones. El trabajador podrá disfrutarlas a lo largo del año y, su duración será proporcional al tiempo de trabajo efectivo que se prevea que vaya a realizar durante ese año de calendario<sup>27</sup>. En este sentido, es importante señalar que la duración de las vacaciones ha de ponerse en relación con el *principio de proporcionalidad*, regulado expresamente en el art 4.1 del Convenio n° 132 de la OIT y que reconoce expresamente a todo trabajador, el derecho a disfrutar de las vacaciones pagadas proporcionales a la duración de sus servicios prestados en ese año. Por lo tanto, de este precepto se desprende que el trabajador no necesita realizar una prestación de servicios de un año completo de trabajo para tener derecho a las vacaciones, sino que el derecho a vacaciones surge por el mero hecho de trabajar, generándose

---

<sup>26</sup> GORELLI HERNANDEZ, J., *El derecho al disfrute efectivo de las vacaciones*, op, cit, pág. 102.

<sup>27</sup> *Ibidem*.

proporcionalmente por cada día de trabajo y adquiriéndose día a día una porción del período de vacaciones. No obstante, el art 5 del Convenio n° 132 de la OIT menciona la posibilidad de que la autoridad competente de cada País pueda establecer como requisito para acceder a las vacaciones que se haya prestado un período mínimo de servicios, pero que no podrá exceder de seis meses. El ordenamiento interno español no establece, sin embargo, período mínimo alguno como condición para adquirir el derecho a las vacaciones<sup>28</sup>.

Finalmente, la de la *interanualidad*: similar al anterior. El derecho a las vacaciones se adquiere proporcionalmente por cada día de trabajo dentro del año en curso. Igual que en la *intraanualidad*, la duración del disfrute no depende de lo trabajado hasta el momento en que se disfruta de las vacaciones, si no que depende de la previsión de cuál será el periodo de trabajo efectivo dentro del año. Las diferencias entre *interanualidad* e *intraanualidad* son mínimas y por tanto es frecuente hablar indistintamente de uno u otro<sup>29</sup>. Ambas teorías son las que tradicionalmente han parecido tener una mayor aplicación doctrinal, pero, la falta de regulación sobre cuál de ellas se utiliza, supone dejar un debate abierto en torno a esta cuestión. En este sentido, la **STS 210/2013 de 5 de noviembre de 2014, FD 4º** establece que: *«la expresión "vacaciones anuales" que utiliza el artículo 38.1 ET significa que se tiene derecho a ellas por cada año de trabajo, pero también indica la obligación de disfrutarlas dentro de cada año natural, distinguiéndose entre su devengo (va produciéndose con el transcurso de cada año de servicio) y el disfrute (ha de realizarse dentro del año natural correspondiente)»*, e implícitamente opta por la *intranualidad*.

En este sentido, el hecho de que las vacaciones se devenguen por un año de servicios plantea la cuestión de si deben tenerse en cuenta determinadas ausencias del trabajador durante el período en que se está generando el derecho. Al respecto, el art 5.4 del Convenio n° 132 de la OIT tan sólo alude a que se computen *«las ausencias por motivos independientes de la voluntad de la persona interesada, como enfermedad,*

---

<sup>28</sup> GORELLI HERNANDEZ, J., “Elementos delimitadores del derecho a vacaciones”, *op, cit*, pág. 65.

<sup>29</sup> NORES TORRES, L.E., “La influencia comunitaria en la configuración interna del derecho a las vacaciones anuales retribuidas”, *op, cit*, págs. 59-62.

*accidente o maternidad,» pero «en las condiciones que en cada país se determinen por la autoridad competente o por el organismo apropiado».* El ET no dice nada al respecto, por lo que debería ser la negociación colectiva quien lo concretase; sin embargo, normalmente, los convenios no afrontan esta labor y cuando lo hacen, se limitan a concretar la incidencia que tienen la maternidad y la incapacidad temporal, algo que se tratará en este trabajo más adelante<sup>30</sup>.

Por otro lado, la jurisprudencia ha sostenido que debe tenerse en cuenta como trabajo efectivo a efectos del cálculo, los días de participación en huelga legal o los períodos de tramitación de un despido que finalmente deriva en una readmisión tras la conciliación. En este sentido, la **STS 1518/2017, de 27 de mayo de 2019** ha señalado que el tiempo de tramitación del proceso de despido, cuando finalmente se opta por la readmisión del trabajador, debe considerarse como tiempo de actividad laboral, ya que, si en ese tiempo no hubo trabajo efectivo, no ha sido por causas imputables al trabajador sino por un acto de la empresa que después se declara ilícito. De la misma manera, **el TJUE, en su Sentencia de 25 de junio de 2020 (asunto C-762/18)**, dispone que, cuando el trabajador readmitido sea despedido nuevamente, o cuando, tras la readmisión, su relación laboral se extinga por cualquier motivo, tiene derecho a una compensación por las vacaciones anuales retribuidas no disfrutadas adquiridas durante el período comprendido entre el despido ilegal y la readmisión<sup>31</sup>.

También es importante resaltar que el derecho a las vacaciones no disfrutadas *caduca* si no se ejerce, salvo que se acuerde lo contrario en convenio colectivo o contrato individual, al finalizar el año natural. Dado que el año natural se entiende al mismo tiempo como periodo de devengo y periodo dentro del cual tienen que disfrutarse las vacaciones, no sería posible la acumulación de los periodos de vacaciones de un año natural al siguiente, lo que implicaría la caducidad de las vacaciones si una vez finalizado el año natural no se ha disfrutado. El art 38.3 ET contempla dos excepciones a esta regla general,

---

<sup>30</sup> GORELLI HERNANDEZ, J., “Elementos delimitadores del derecho a vacaciones”, *op, cit*, pág. 73.

<sup>31</sup> MARTÍN, E., “El TJUE se pronuncia sobre el derecho a vacaciones (o su compensación) en caso de despido nulo”, <https://sincrogo.com/blog/tribunales/el-tjue-se-pronuncia-sobre-el-derecho-a-vacaciones-o-su-compensacion-en-caso-de-despido-nulo/> consultado por última vez el 1/09/2022.

, la primera, «cuando el periodo fijado en el calendario coincida en el tiempo con una incapacidad temporal derivada del embarazo, el parto o la lactancia natural o con el periodo de suspensión del contrato previsto en los apartados 4, 5 y 7 del art.48, en cuyo caso se tendrá derecho a disfrutar de vacaciones al finalizar el periodo de suspensión, aunque haya terminado el año natural a que correspondan», y la segunda, «cuando coincida con una incapacidad temporal por contingencia distinta de la anteriores que imposibilite disfrutarla durante el año natural a que corresponda, la persona trabajadora podrá hacerlo una vez finalizada la incapacidad y siempre que no hayan transcurrido más de dieciocho meses a partir del final del año en que se hayan originado<sup>32</sup>». No obstante, una sentencia bastante reciente del **TJUE C-120/21, de 22 de septiembre de 2022** indica que: «las vacaciones anuales retribuidas no disfrutadas pueden reclamarse extemporáneamente, más allá del plazo de prescripción, si el empresario no ha informado e incitado al trabajador a su disfrute». Es decir, el empresario no puede aplicar la prescripción del derecho del trabajador al disfrute de las vacaciones anuales retribuidas si este no le ha dado la posibilidad de ejercerlo de manera efectiva durante el año<sup>33</sup>.

#### **4.4 PERIODO DE DISFRUTE Y CONCRECIÓN**

Como ya se ha comentado con anterioridad, las vacaciones deben disfrutarse dentro del año de devengo, pero concretar cuándo, es una de las cuestiones que más controversias genera en las empresas, ya que pueden existir un conjunto de intereses contrapuestos, ya sea entre la empresa y los trabajadores o entre los propios trabajadores. En nuestro ordenamiento, el art 38.2 del ET establece que: «El período o períodos de disfrute se fijará de común acuerdo entre el empresario y el trabajador, de conformidad

---

<sup>32</sup> LLUCH CORELL, FJ., “¿Prescribe el derecho a las vacaciones negadas por la empresa?”, “LEFEBVRE”, *Noticias jurídicas y actualidad*, <https://elderecho.com/prescribe-derecho-vacaciones-negadas-empresa> , consultado por última vez 1/09/ 2022.

<sup>33</sup> El TJUE ya ha señalado que una normativa nacional puede disponer la pérdida del derecho a las vacaciones anuales retribuidas cuando termine el período de devengo o el período de prórroga siempre que el trabajador haya tenido efectivamente la posibilidad de ejercer el derecho (**TJUE C-619/16, de 6 de noviembre de 2018**). Sin embargo, el **TJUE, C-120/21, de 22 de septiembre de 2022** ha manifestado que: “Admitir que el empresario pueda invocar la prescripción de los derechos del trabajador sin haberle dado la posibilidad de ejercerlos de manera efectiva implicaría validar un comportamiento que daría lugar a un enriquecimiento injusto del empresario. Por ello, el TJUE declara contrario al derecho de la UE una normativa nacional con arreglo a la cual el derecho a vacaciones anuales retribuidas prescribe al término de un plazo cuando el empresario no ha posibilitado ejercer tal derecho de forma efectiva”.

*con lo establecido en su caso en los convenios colectivos sobre planificación anual de las vacaciones*». Por tanto, la norma plasma la necesidad de conseguir un acuerdo individual entre el empresario y el empleado, eso sí, también se desprende del texto literal de la norma que deberá atenderse a lo que el convenio colectivo aplicable hubiese establecido y tanto el empresario como el empleado deberán tenerlo en cuenta a la hora de determinar el periodo de disfrute. En muchos ámbitos los Convenios Colectivos establecen una planificación anual de las vacaciones, sin embargo, también son habituales los acuerdos entre empresa y trabajador para la fijación del periodo de disfrute. Ambos instrumentos pueden ampliar el mínimo contemplado en el ET de treinta días naturales de vacaciones, señalar fechas preferentes para el disfrute de las vacaciones o limitar la facultad que tiene el empresario de excluir las fechas de mayor actividad productiva. La empresa puede elegir dar libertad a los trabajadores para la elección de las vacaciones, pero, si lo hace, no podrá suprimir esa medida sin una negociación colectiva previa con los representantes de los trabajadores, ya que la supresión de tal beneficio supondría una modificación sustancial de las condiciones de trabajo que debe seguir el procedimiento del art 41 ET<sup>34</sup>.

Ha de decirse que lograr un acuerdo no es lo mismo que imponer un acuerdo por parte del empresario sobre las fechas de vacaciones al contratar al trabajador. No pudiendo el empresario decidir por su cuenta en qué fechas deben los trabajadores disfrutar de las vacaciones que tengan pendientes, así lo manifestó el **TS, en su Sentencia 89/2018, de 1 de febrero de 2018**, al establecer que: *«Es nula la decisión de la empresa por la que fija unilateralmente el disfrute de los días de fondo, es decir, días vacacionales pendientes de disfrutar, a partir de una determinada fecha*». Tampoco puede el trabajador disfrutar de sus días de vacaciones cuando quiera, pues ante la ausencia en el puesto de trabajo del empleado que decide disponer unilateralmente de sus vacaciones, el empresario podrá proceder al despido del trabajador, bien por falta de asistencia al trabajo, o bien por desobediencia. El incumplimiento del trabajador no sólo es grave por faltar varios días al trabajo, sino también se tiene en cuenta el hecho de que la concreción de

---

<sup>34</sup> Así lo expuso el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Málaga), en su Sentencia 538/2017, de 22 marzo de 2017. FJ 7º: *“no cabe la supresión o reducción unilateral por la sola voluntad de la empresa y sin seguir los trámites o posibilidades legalmente establecidas de las ventajas de las que disfrutan los trabajadores a sus servicio, y por ello tal beneficio de elección del período vacacional sólo puede ser modificado por acuerdo o por circunstancias suficientes y debidamente probadas que justifiquen y autoricen una modificación sustancial de las condiciones de trabajo del art. 41 ET y siguiendo los trámites y cumpliendo los requisitos en el mismo establecidos”*.

las fechas de vacaciones debe adoptarse por acuerdo entre las partes, por lo que el disfrute unilateral se configura como un supuesto de incumplimiento culpable del trabajador <sup>35</sup>.

Si no se alcanza un acuerdo, el art 38.2 párrafo 2º, señala que será la Jurisdicción Social la que fijará por sentencia la fecha que corresponda para el disfrute. La LRJS contempla en sus arts. 125 y 126 un procedimiento específico de carácter preferente y sumario para la fijación individual o plural de la fecha de disfrute de las vacaciones y cuya sentencia será irrecurrible. Debe tenerse en cuenta que, el procedimiento judicial, tratará únicamente sobre la fecha de disfrute de las vacaciones, y no sobre la duración o extensión del periodo vacacional. Hasta que no se dicte la resolución judicial, el trabajador no podrá tomar la decisión de disfrutar de las vacaciones de forma unilateral ya que si lo hace puede incurrir en una infracción por abandono del puesto de trabajo. Hay que señalar también que esta modalidad procesal está excluida de la conciliación, mediación o, en su caso, de la reclamación previa, así lo recogen los arts. 64.1 y 70.1 LRJS <sup>36</sup>.

El plazo para presentar la demanda va a depender si se ha fijado la fecha para el disfrute de las vacaciones o no. Si se ha fijado por convenio colectivo, acuerdo entre empresario y representantes de los trabajadores o unilateralmente por el empresario, el trabajador dispondrá de un plazo de veinte días, a partir de aquel en que tuviera conocimiento de dicha fecha. En cambio, si no se ha señalado la fecha de disfrute, la demanda deberá presentarse, al menos, con dos meses de antelación a la fecha de disfrute pretendida por el trabajador. Hay que destacar también, que el art 126 LRJS señala que se trata de un procedimiento urgente y que se le dará tramitación preferente. El acto de la vista habrá de señalarse por el secretario judicial dentro de los cinco días siguientes al de la admisión de la demanda y la sentencia contra la que no cabe recurso, tendrá que dictarse en un plazo de tres días.

---

<sup>35</sup> Ante este tipo de situaciones, se ha manifestado el TSJ de Galicia, en su sentencia 5299/2011, de 24 de noviembre de 2011, y considera como causa de despido disciplinario que el trabajador decida disfrutar unilateralmente las vacaciones. *“La Sala considera que el derecho al disfrute de las vacaciones necesita de un acuerdo entre empresa y trabajador, y en caso de no conseguirlo, el trabajador puede ejercitar las acciones legales pertinentes, pero no puede tomar libremente la decisión de dejar de asistir al trabajo. De modo que las ausencias por tal motivo no estarán justificadas y esta conducta entraña una conducta grave y culpable y merecedora del despido”*.

<sup>36</sup> LÓPEZ ÁLVAREZ, M.J., “Tiempo de trabajo y derecho a vacaciones a la luz de la jurisprudencia comunitaria”, *Revista del Ministerio de empleo y Seguridad Social*, N° 127,2017, págs.186-189.



Por otro lado, el art 38.3 del ET establece que: *«El calendario de vacaciones se fijará en cada empresa. El trabajador conocerá las fechas que le correspondan dos meses antes, al menos, del comienzo del disfrute»*. Este calendario debe estar expuesto de forma visible en cada centro de trabajo o la empresa puede ser sancionada por una infracción de carácter leve y obligada a pagar entre 70 y 750 euros, tal y como recogen los arts. 6.1 y 40 del **Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social** (en adelante LISOS), y para su elaboración se debe consultar y tener en cuenta a los representantes de los trabajadores. El precepto señala que la fecha de disfrute deberá conocerse, como mínimo, con dos meses de antelación al comienzo del disfrute, salvo que el convenio colectivo establezca un plazo superior, que será el que habrá que aplicar entonces. También existen otras formas de concreción de fechas para el disfrute de las vacaciones, tales como establecer turnos rotatorios, realizar sorteos entre los trabajadores, solicitar a la empresa unas determinadas fechas o dejar que la empresa señale las fechas. En cualquier caso, se debe alcanzar un acuerdo en condiciones de igualdad y si el trabajador no puede disfrutar de sus vacaciones por causas imputables a la empresa, el **TJUE en su Sentencia de 29 de noviembre de 2017, (C-214/2016)**, establece que: *«El trabajador podrá aplazarlas y acumularlas sin limitación en el tiempo, o si decidiera no disfrutarlas, recibir una compensación económica por ellas»*. Otra situación en la que las empresas tienen que asumir las consecuencias de que los trabajadores no puedan disfrutar de las vacaciones es cuando estas son interrumpidas por necesidades de la empresa una vez concedidas, o incluso iniciadas. Este caso llegó al **TSJ del País Vasco con la sentencia 47/2017, de 10 enero de 2017 (Rec. 2395/2016)**, en la que se consideró que, fue negligencia de la empresa suspender las vacaciones del trabajador para que este realizara una formación obligatoria, por lo que además de hacerse cargo la empresa de los gastos de desplazamiento desde el lugar de vacaciones, también le otorgó el derecho a disfrutar de los días que se le adeudan en el futuro, debiendo además, de ser indemnizarlo por los daños morales ocasionados<sup>37</sup>.

Dentro de las diferentes posibilidades de fijación de las fechas de disfrute, hay que tener presente la posibilidad de fraccionar estas en varios períodos, ya que es una

---

<sup>37</sup> GORELLI HERNANDEZ, J., *El derecho al disfrute efectivo de las vacaciones, op, cit*, págs.135-138.

alternativa utilizada cada vez con más frecuencia. Las vacaciones se caracterizan por ser un período de descanso de amplia duración que permite la recuperación del trabajador; lo que supone agrupar las vacaciones en un solo periodo, por lo que es normal que se desconfíe de la posibilidad de llevar a cabo tal fraccionamiento. Sin embargo, actualmente las vacaciones se proyectan también como un tiempo de ocio, por lo que se facilita el fraccionamiento de las vacaciones para así disfrutar de periodos de menos duración a lo largo del año que permiten romper con la dinámica del trabajo por más tiempo que los descansos semanales. También es verdad, que la normativa ha ido evolucionando hacia un incremento de la duración de las vacaciones, por tanto, se facilita aún más el fraccionamiento sin que el mismo conlleve romper con la finalidad de las mismas. Nuestro ordenamiento no regula de forma expresa el disfrute fraccionado de las vacaciones; sin embargo, se puede deducir de la literalidad del art. 38.2 ET la posibilidad del fraccionamiento de las vacaciones: «*El período o periodos de su disfrute se fijará de común acuerdo entre el empresario y el trabajador*». Pues bien, al aludir el precepto a distintos periodos de disfrute, en plural, se entiende que se admite el fraccionamiento en periodos diferentes. Es la negociación colectiva la que regula los aspectos básicos de la fragmentación de las vacaciones, estando limitado este derecho por el art. 38.2 ET sobre concreción de la fecha de vacaciones, cuando establece la necesidad del acuerdo entre las partes, sin que el empresario pueda imponerlo unilateralmente al trabajador. No obstante, si hay un pacto expreso en el convenio colectivo, el empresario podrá imponer obligatoriamente el fraccionamiento de las vacaciones sin que esa actuación suponga una decisión unilateral del empresario. Puede decirse, por tanto, que el fraccionamiento de las vacaciones es viable siempre y cuando haya acuerdo entre empresario y trabajador, o bien cuando las reglas de planificación anual de las vacaciones contempladas en convenio colectivo hayan establecido el fraccionamiento<sup>38</sup>.

Además, de la regulación que ofrece el art. 38.2 ET, hay que tener en cuenta lo que establece el art. 8 del Convenio nº 132 OIT. Dicho precepto, afirma de un lado que «*El fraccionamiento de las vacaciones anuales pagadas podrá autorizarse en cada país por la autoridad competente o por el organismo apropiado*» y, de otro lado que «*Salvo si está previsto de otro modo en un acuerdo que vincule al empleador y a la persona*

---

<sup>38</sup> *Ibidem*, pág. 158 y ss.

*empleada interesada, y siempre que por la duración de sus servicios la persona interesada tenga derecho a tal periodo, una de las fracciones deberá consistir, por lo menos, en dos semanas laborales ininterrumpidas*». De la norma se desprenden dos reglas, la primera que la posibilidad del fraccionamiento se deja en manos de la regulación de cada país y la segunda que, salvo acuerdo en contrario, se establece que una de las dos fracciones ha de tener una duración mínima de dos semanas ininterrumpidas. Esta última regla es resultado de la necesidad de favorecer la finalidad básica de las vacaciones, que es permitir la recuperación del trabajador, pues si se permitiese un fraccionamiento en porciones más reducidas, estaríamos ante meros descansos puntuales de corta duración y se perdería tal finalidad<sup>39</sup>.

Dada la escueta concreción en la normativa nacional, surge el problema de si resulta de aplicación el límite previsto por el art. 8.2 del Convenio n° 132, siendo necesario respetar que, una de las dos fracciones, ha de durar como mínimo dos semanas ininterrumpidas. La regulación española no establece de forma expresa la posibilidad del fraccionamiento, simplemente da a entender que existe más de un período de vacaciones anuales. Por eso, ante la falta de regulación expresa y, dado que el Convenio n°132 OIT forma parte de nuestro ordenamiento interno, sería lógico entender que ha de aplicarse la limitación prevista en su art. 8.2, de manera que el fraccionamiento es admisible siempre y cuando se respete que una de las fracciones dure al menos dos semanas completas. Esto supondría que cuando el trabajador tuviese derecho a un período de vacaciones inferior a dos semanas por haber trabajado de manera efectiva menos del año durante el período de devengo, no podría fraccionar su derecho a las vacaciones, pues no cumpliría dicha exigencia y, por tanto, sólo se podría fraccionar cuando el trabajador tenga derecho a un período de vacaciones de duración superior a las dos semanas. Sin embargo, el Convenio OIT no impone de manera taxativa que deban disfrutarse dos semanas ininterrumpidas, pues de la literalidad del art. 8.2 solo se desprende que una de las fracciones deberá consistir en dos semanas ininterrumpidas *«Salvo si está previsto de otro modo en un acuerdo que vincule al empleador y a la persona empleada interesada»*. Por lo tanto, no es una regla imperativa, sino dispositiva cuando existe un acuerdo ya sea este colectivo o individual. Es, por lo tanto, cuestionable que dicho Convenio imponga esa limitación. Ahora bien, es incuestionable que permitir un excesivo fraccionamiento de las vacaciones

---

<sup>39</sup> GORELLI HERNANDEZ, J., “Elementos delimitadores del derecho a vacaciones”, *op, cit*, pág. 68 y ss.

implica una desnaturalización de este derecho, pues no cumpliría con uno de sus objetivos<sup>40</sup>.

Es importante mencionar en este punto que, una de las garantías esenciales para el disfrute de las vacaciones es la prohibición de sustituirlas por una compensación económica, algo que aparece expresamente impuesto por el art 38.1 ET: *«El periodo de vacaciones anuales retribuidas, no sustituible por compensación económica, será el pactado en convenio colectivo o contrato individual»*, en relación con lo establecido en el art 12 del Convenio nº 132 de la OIT: *«Los acuerdos por los que se renuncie al derecho a las vacaciones anuales pagadas prescritas como mínimo en el párrafo 3 del artículo 3 del presente Convenio o por los que se renuncie a tales vacaciones a cambio de indemnización o de otro modo serán nulos y sin efectos o prohibidos, según sea apropiado a las condiciones nacionales.»* y en el art 7.2 de la Directiva 2003/88: *«El período mínimo de vacaciones anuales retribuidas no podrá ser sustituido por una compensación financiera, excepto en caso de conclusión de la relación laboral»*.

De esta regulación se desprende que sólo se exceptúan los casos en los que se produce la finalización del contrato, a los que se pueden unir otras situaciones excepcionales que ha señalado la jurisprudencia, como puede ser el fallecimiento del trabajador, en cuyo caso, según ha manifestado el TJUE en su **Sentencia 12 de junio de 2014 (Gülay Bollacke, C-118/13)** *«Cuando la relación laboral finaliza por el fallecimiento del trabajador el derecho a la compensación financiera por las vacaciones anuales no disfrutadas se mantiene y debe abonarse sin necesidad de solicitud previa»*. En la misma línea, la **STJUE del 6 de noviembre de 2018 Bauer y Broßonn C-569/16 y 570/16** ha puesto de manifiesto que: *«...el fallecimiento de un trabajador no extingue su derecho a vacaciones anuales retribuidas. Los herederos pueden reclamar una compensación económica por las vacaciones anuales retribuidas no disfrutadas»*.

En consecuencia, la excepción se ha extendido a todos aquellos casos en los que deviene imposible el disfrute. Como puede ser el fallecimiento del trabajador antes mencionado, o también en los casos en los que el trabajador se encuentra en situación de Incapacidad temporal (**STS 1118/2019, de 14 de marzo de 2019**), siendo, el plazo para

---

<sup>40</sup> GORELLI HERNANDEZ, J., *El derecho al disfrute efectivo de las vacaciones*, op, cit, pág. 160.

reclamar en estos casos, el previsto en el art. 59.2 ET de un año y el *dies a quo* el momento en que se produce el tránsito de una situación a otra<sup>41</sup>.

## **5. LA INCIDENCIA DE LA MATERNIDAD Y LA INCAPACIDAD TEMPORAL EN EL DISFRUTE DE LAS VACACIONES**

La concurrencia entre el disfrute de las vacaciones anuales retribuidas y la incapacidad temporal o la maternidad, es una cuestión que no es nueva pero que ha sufrido un importante desarrollo, pues se planteaba el problema de establecer si el trabajador tenía derecho o no a cambiar las fechas de disfrute de las vacaciones cuando estas coincidían con alguno de los supuestos antes mencionados. Ante la inexistencia de pautas normativas en este tema, nuestros tribunales (**SSTS de 20 de diciembre de 2007, (Rec. 75/2006) y 3 de octubre de 2008 (Rec.5068/2005)**) entendieron que la concesión de vacaciones consistía en una obligación de medios y no de resultados por parte del empresario, cuyas contingencias debían ser asumidas por el trabajador. Por lo que si una vez fijadas las fechas de disfrute de las vacaciones, estas coincidían con el periodo de una baja por maternidad o incapacidad temporal, el trabajador no tendría derecho a solicitar un nuevo señalamiento, salvo que el convenio colectivo contemplara esa posibilidad o estuviese frente a una condición más beneficiosa<sup>42</sup>.

### **5.1 VACACIONES Y MATERNIDAD**

El TJCE cuestionó que el riesgo de la pérdida de las vacaciones tuviese que ser asumido por el trabajador cuando hubiese una coincidencia de las vacaciones con

---

<sup>41</sup> STS 1118/2019, de 14 de marzo de 2019 “..., el trabajador no pudo disfrutar de sus vacaciones por causa de fuerza mayor, que es estar en situación de incapacidad temporal, por lo que ha de reconocerse su derecho a una compensación económica a partir del momento de la extinción de la relación laboral, que tuvo lugar como consecuencia de su declaración en situación de incapacidad permanente total para su profesión habitual en fecha 14 de diciembre de 2012, momento en el que ha de fijarse el *dies a quo* para el ejercicio de la acción, y constando que el acto de conciliación se celebró en fecha 9 de mayo de 2013, es claro que la acción no estaba prescrita al no haber transcurrido el plazo de un año previsto en el art. 59.2 ET”.

<sup>42</sup> LÓPEZ ÁLVAREZ, M.J., “Tiempo de trabajo y derecho a vacaciones a la luz de la jurisprudencia comunitaria”, *op, cit*, pág.188.

circunstancias que impedían el efectivo disfrute de las mismas. Un hito esencial en la resolución de este problema, lo constituye la **STJCE C-342/01, de 18 de marzo de 2004**<sup>43</sup>, dictada para resolver el caso Merino Gómez, y con la que comienza a romperse el criterio que mantenían los tribunales españoles de perder el periodo de vacaciones por solaparse este con el permiso por maternidad en supuestos como el de la señora Merino Gómez en el que las vacaciones anuales se habían acordado de forma colectiva <sup>44</sup>. La respuesta que da el TJCE se constituye sobre una triple base normativa: la primera recae sobre la normativa comunitaria en materia de vacaciones contenida en la **Directiva 93/104**, que afirma el carácter básico del derecho y su finalidad distinta al descanso maternal que impide su solapamiento. La segunda, la normativa sobre el permiso de maternidad contemplada en la **Directiva 92/85**, que exige que las mejoras en la maternidad garanticen el mantenimiento de los derechos inherentes al contrato de trabajo y, por último, la perspectiva de género para la aplicación del principio de igualdad y no discriminación contenida en la **Directiva 76/207**<sup>45</sup>.

El TJCE considera el derecho a las vacaciones anuales retribuidas como un principio del Derecho Social comunitario respecto del que no pueden establecerse excepciones que restrinjan los límites de la Directiva, debiendo las autoridades competentes de respetar el derecho a un período de, al menos, cuatro semanas de vacaciones anuales retribuidas, cuya finalidad es distinta de la del derecho al permiso de maternidad, cuyo objeto es tanto la protección de la condición biológica de la mujer durante su embarazo y después de este, como la protección de las particulares relaciones entre la mujer y su hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto. Por tanto, si coinciden la fecha del permiso de maternidad de la trabajadora y la de vacaciones anuales

---

<sup>43</sup> La Sra. Merino, que trabaja como operaria en una empresa de fabricación de neumáticos, dio a luz en el año 2001, disfrutando de su baja maternal entre el 5 de mayo y el 24 de agosto. Dicha suspensión coincidió en el tiempo con el período fijado por acuerdo colectivo para sus vacaciones de 2001, vacaciones que, en virtud de aquel, habría de disfrutar necesariamente entre el 16 de julio y el 2 de setiembre, dado que el citado acuerdo colectivo le impedía optar por un turno distinto al haber elegido período vacacional el año anterior. La trabajadora entendió que no era razonable perder sus vacaciones por dicha coincidencia con su maternidad, y solicitó a la empresa poder disfrutar de su período vacacional una vez finalizada aquella, ofreciendo dos períodos alternativos (del 25 de agosto al 21 de setiembre, y del 1 de setiembre al 27 de setiembre). Ambos fueron rechazados por la empresa, que no concedió el derecho a vacaciones reclamado. Tras esta denegación, la trabajadora presentó demanda contra la empresa ante los Juzgados de lo social de Madrid, relativa a las vacaciones reclamadas.

<sup>44</sup> NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P., “La compatibilidad de las vacaciones y el descanso por maternidad”, *Temas Laborales*, Nº 77, 2004, pág. 311.

<sup>45</sup> LÓPEZ ÁLVAREZ, M.J., “Tiempo de trabajo y derecho a vacaciones a la luz de la jurisprudencia comunitaria”, *op. cit.*, pág. 189.

de la totalidad de la plantilla, no se cumplirán las exigencias de la **Directiva 92/85** que dispone que deberán garantizarse los derechos inherentes al contrato de trabajo, entre los que se encuentra el derecho a disfrutar de vacaciones anuales retribuidas. Por otra parte, la fijación del período de las vacaciones se rige por lo dispuesto en la **Directiva 76/207**, que tiene por objeto conseguir una igualdad material y no meramente formal, por lo que las disposiciones relativas a la protección de la mujer, como son el embarazo y la maternidad, no pueden dar lugar a un trato desfavorable en lo que respecta a sus condiciones de trabajo, debiendo poder disfrutar aquella de un período de vacaciones distinto del de su permiso de maternidad. Por lo expuesto y partiendo de la obligación que tienen los Estados miembros de no permitir aquellas disposiciones, incluidas las que contemplen los convenios colectivos, contrarias al principio de igualdad, el TJUE considera que los arts. **7, apartado 1, de la Directiva 93/104; 11, apartado 2, letra a), de la Directiva 92/85; y 5, apartado 1, de la Directiva 76/207** *«han de interpretarse en el sentido de que una trabajadora deberá poder disfrutar de sus vacaciones anuales en un período distinto del de su permiso de maternidad, también en caso de coincidencia entre el período de permiso de maternidad y el fijado con carácter general, mediante un acuerdo colectivo, para las vacaciones anuales de la totalidad de la plantilla<sup>46</sup>»*.

La recepción de esta doctrina por parte de nuestra jurisprudencia no fue directa ni inmediata. El TS, con la **sentencia de 10 de noviembre de 2005 (Rec. 4291/2004)**<sup>47</sup> se adhiere a la doctrina marcada por la **STJCE de 18 de marzo de 2004**. Afirma esta sentencia que la finalidad del derecho al disfrute de las vacaciones anuales es distinta a la del derecho al permiso de maternidad, siendo el objeto de este último, la protección de la condición biológica de la mujer y su hijo durante el periodo posterior al embarazo y al parto. Para el TS, la distinta finalidad de ambas situaciones conlleva la necesidad de su disfrute íntegro, añadiendo, además, que negar la compatibilidad supondría establecer una discriminación evidente entre el hombre y la mujer, ya que esta última que, teóricamente, al menos, ha de prestar servicios laborales en igualdad de condiciones que el hombre, se

---

<sup>46</sup> *Ibidem*, pág. 188.

<sup>47</sup> Esta sentencia confirma la resolución de instancia que había reconocido nuevo plazo para disfrute vacacional a una trabajadora que, teniendo adjudicadas sus vacaciones en agosto de 2003, según calendario empresarial (en este caso, no negociado con el Comité, al no existir representación unitaria en la empresa) dio a luz el 23 de julio, iniciando en esa fecha el permiso maternal que se solaparía con sus vacaciones.

vería discriminada al ver suprimido su derecho a vacaciones anuales por causa de la maternidad<sup>48</sup>». También resulta especialmente relevante, la **STC 324/2006 de 20 noviembre de 2006**, que, de igual manera, integra estos argumentos comunitarios. El recurso de amparo planteado por una trabajadora del Ayuntamiento de Marín en Pontevedra, que no pudo disfrutar sus vacaciones anuales, al coincidir incapacidad temporal y maternidad, considerando el TC como discriminación directa por razón de sexo la negativa al disfrute vacacional en un período distinto<sup>49</sup>.

Después de un largo debate judicial, tanto comunitario como interno, las decisiones del Tribunal comunitario han conllevado no solo a la corrección de nuestra jurisprudencia interna, sino también a la modificación del art 38 del ET para regular expresamente el derecho de los trabajadores afectados por una situación de concurrencia entre maternidad y vacaciones. A nivel legislativo, la sentencia Merino supuso la modificación del art. 38 ET, a través de la **Ley Orgánica** (en adelante LO) **3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres**, que en su disposición adicional 11ª modificó el apartado 3 del citado artículo para indicar que, si coinciden las vacaciones fijadas en el calendario con una incapacidad que derive del embarazo, parto o lactancia natural o con el periodo de suspensión del contrato de trabajo por maternidad o paternidad ( arts. 48.4 ET y 48 bis ET), el trabajador/a tendrá derecho al disfrute de las vacaciones, en una fecha diferente al finalizar el periodo de suspensión, incluso una vez acabado el año al que corresponden las vacaciones. Por tanto, el legislador, no solo aumenta los supuestos con respecto a la Sentencia Merino, sino que además rompe con la tradicional idea que implicaba la expiración del año en que habían de disfrutarse las vacaciones<sup>50</sup>.

---

<sup>48</sup> GORELLI HERNANDEZ, J., “De nuevo sobre el derecho a las vacaciones y su disfrute efectivo en los casos de negativa empresarial a su retribución (comentario a la STJUE de 29 de noviembre de 2017, C-214/16, asunto King)”, *IUS Labor*, N° 2, 2018, pág. 265.

<sup>49</sup> LÓPEZ ÁLVAREZ, M.J., “Tiempo de trabajo y derecho a vacaciones a la luz de la jurisprudencia comunitaria”, *op. cit.*, pág. 188.

<sup>50</sup> GALLEGO MOYA, F., “Maternidad y vacaciones en el ámbito europeo. El asunto Merino”, *Revista de Derecho*, N°1, 2020, pág. 119.



Este artículo, señala la coincidencia de las vacaciones con los supuestos de suspensión regulados en el art. 48.4 ET, por lo que la coincidencia puede ser con una suspensión por maternidad biológica, con una suspensión por adopción o por acogimiento. Si bien la doctrina de la STJCE Merino Gómez se refería únicamente al disfrute del permiso por maternidad de una trabajadora motivado por el parto. También se ha reconocido en nuestro ordenamiento, el derecho al cambio de las fechas de vacaciones cuando estas coinciden con una suspensión de las que recoge el art 48 bis ET. Es decir, con la paternidad, derecho que puede ser disfrutado por ambos progenitores. Esta suspensión por paternidad ya se introdujo en nuestro ordenamiento con la LO 3/2007, pero la posibilidad de disfrutar de las vacaciones en unas fechas diferentes, consecuencia de esa suspensión, es algo que se ha incorporado en nuestro ordenamiento a través de la **Ley 3/2012, de 7 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral**. También se puede disfrutar de las vacaciones en fechas diferentes, cuando estas coincidan con una IT derivada del embarazo, el parto o la lactancia natural, eso sí, en esos casos, solo puede ser beneficiaria la madre, no el padre<sup>51</sup>.

El principal problema interpretativo que surge con la nueva regulación es el relativo a cuáles pueden ser las nuevas fechas de dichas vacaciones. Es decir, si estas han de fijarse justo después de la suspensión o cabe la posibilidad de acordar las fechas que quiera el trabajador. Pues bien, de la literalidad del precepto se desprende que: *«se tendrá derecho a disfrutar las vacaciones en fecha distinta a la de incapacidad temporal o a la del disfrute del permiso..., al finalizar el periodo de suspensión, aunque haya terminado el año natural a que correspondan»*. Por lo tanto, el cambio de fechas no supone, que obligatoriamente deban disfrutarse una vez termine el periodo de suspensión; sino que cabe la posibilidad de fijar unas nuevas fechas según los intereses del trabajador, que puede querer enlazar suspensión y vacaciones, pero también los del empresario y sus necesidades de organización del proceso productivo. La literalidad del precepto nos lleva a interpretarlo de esta manera, pues si el legislador hubiese querido establecer que el disfrute debía realizarse obligatoriamente una vez finalizara la suspensión, hubiera bastado con afirmar el derecho al disfrute al finalizar la suspensión; sin embargo, hace referencia al derecho al disfrute en fecha distinta, que, lógicamente, deberá ser posterior

---

<sup>51</sup> GORELLI HERNANDEZ, J., *El derecho al disfrute efectivo de las vacaciones*, op, cit, págs. 177-181.

a la finalización del período de suspensión. De otro lado, el **art. 38.3 ET** en su párrafo segundo establece otra importante regla que debe tenerse en cuenta, el trabajador/a tiene derecho a fijar unas nuevas fechas de vacaciones, «*al finalizar el período de suspensión, aunque haya terminado el año natural a que correspondan*». Con ello lo que se plantea es la ruptura del principio de anualidad y, por tanto, se admite de forma expresa la posibilidad de disfrutar las vacaciones al año siguiente al del devengo del derecho, aunque de manera limitada, pues se refiere a un supuesto concreto como el de la coincidencia en vacaciones y maternidad<sup>52</sup>.

## 5.2 VACACIONES E INCAPACIDAD TEMPORAL

El impacto que han tenido las situaciones de baja por incapacidad temporal en el derecho a vacaciones de los empleados ha sido tradicionalmente un tema polémico en nuestro ordenamiento jurídico, y ello consecuencia del acceso restringido al recurso de suplicación y al de casación para la unificación de la doctrina de las cuestiones relativas a las vacaciones. Se ha resuelto al respecto desde diversas perspectivas y con diversas soluciones jurisdiccionales, no siempre unificadas por el TS e incluso por la doctrina de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas<sup>53</sup>.

En cuanto a la concurrencia de la situación de incapacidad temporal con el periodo de disfrute de las vacaciones, el criterio que tradicionalmente seguía la jurisprudencia española era el mismo que se aplicaba para los supuestos de maternidad, parto o lactancia, es decir, superposición y absorción de ambos supuestos, en el sentido de no reconocerle al trabajador el derecho a disfrutar de sus vacaciones en un momento diferente. Consumiéndose estas mientras se encontraba de baja, independientemente de que la IT surgiese en un momento anterior al fijado para el disfrute de las vacaciones o este cayese en situación de IT durante el periodo de disfrute vacacional<sup>54</sup>. Sin embargo, los avances conseguidos por la jurisprudencia de la UE, relativos a la maternidad y comentados con anterioridad en la **STJCE C-342/01, de 18 de marzo de 2004, asunto Merino Gómez,**

---

<sup>52</sup> *Ibidem* págs. 180-181.

<sup>53</sup> GONZALEZ DEL REY RODRIGUEZ, I., “Incidencia de la incapacidad temporal sobre el derecho a vacaciones viejos problemas, nuevas soluciones”, *Iuris*, Nº136, 2009, pág.17.

<sup>54</sup> *Ibidem*, pág.18.

no tardan en trasladarse a nuestros tribunales, manteniendo los mismos criterios utilizados para la coincidencia de vacaciones y maternidad para la incapacidad temporal<sup>55</sup>.

A partir de este momento, el TS fue contrariando muchos de los argumentos que él mismo había establecido en su doctrina jurisprudencial respecto a esta materia. Se fue formando, de este modo, una doctrina jurisprudencial que estableció el derecho al cambio de fechas de las vacaciones en estos supuestos de concurrencia, siempre y cuando la incapacidad temporal fuese anterior al inicio del periodo vacacional, tal y como estableció la **STS de 24 de junio de 2009, (Rec. 4286/2009)**<sup>56</sup>. Dicha STS distingue dos supuestos, el primero, aquel en el que la IT surge en un momento anterior al inicio del disfrute de las vacaciones y se extienda hasta el periodo vacacional y, el segundo, aquel supuesto en el que, el trabajador, se encuentre ya disfrutando las vacaciones y caiga en situación de IT. Mientras que, en el primer supuesto, el trabajador tiene derecho a cambiar las fechas, en el segundo, la STS considera que, se trata de «*un riesgo que, en tal situación, ha de asumir el propio trabajador*», es decir, que no tiene derecho al cambio de fechas. Tras este pronunciamiento, surge una doctrina jurisprudencial que sigue contradiciendo los planteamientos del TJCE ya que la jurisprudencia comunitaria, no diferencia si la incapacidad temporal es anterior a las vacaciones o dentro del disfrute de las mismas, siendo suficiente para cambiar las fechas, que durante las vacaciones el trabajador se encuentre en situación de IT<sup>57</sup>.

Al respecto, van surgiendo pronunciamientos comunitarios que contradicen la doctrina que en ese momento fijaba la sentencia del TS antes comentada, así, **la STJUE de 21 de junio de 2012, C-78/11, asunto ANGED**, zanja definitivamente la cuestión sobre el diferente tratamiento que nuestros órganos jurisdiccionales venían dando a las vacaciones coincidentes con incapacidad temporal según el momento en el que se iniciara esta última. Desde la perspectiva exclusivamente finalista del derecho a vacaciones que sostiene la jurisprudencia comunitaria (**STJUE de 30 de junio de 2016, C-178/15, caso**

---

<sup>55</sup> GORELLI HERNANDEZ, J., “De nuevo sobre del derecho a las vacaciones ...” *op, cit*, pág. 266.

<sup>56</sup> GORELLI HERNANDEZ, J., *El derecho al disfrute efectivo de las vacaciones*, *op, cit*, pág. 185.

<sup>57</sup> CONEJO PÉREZ, AM., “Vacaciones e incapacidad temporal en la Jurisprudencia” <https://elderecho.com/vacaciones-e-incapacidad-temporal-en-la-jurisprudencia> , consultado por última vez el 3/09/2022).

**Sobczyszyn**<sup>58</sup>), se establece que la finalidad de las vacaciones anuales es permitir a los trabajadores que descansen y tengan un periodo de ocio y esparcimiento, algo que no coincide con el derecho a causar baja laboral por incapacidad temporal, que es permitir al trabajador la recuperación tras una enfermedad, y que según la doctrina comunitaria de la finalidad del derecho a vacaciones, el trabajador tiene derecho a disfrutar sus vacaciones en una fecha distinta a la fijada anteriormente. Además, establece también que no es relevante el momento en el que surge la incapacidad, pudiendo el trabajador disfrutar de sus vacaciones anuales retribuidas coincidentes con un periodo de baja por enfermedad en un periodo posterior, con independencia del momento en que haya sobrevenido esa incapacidad temporal, pues sería contrario a la finalidad del derecho conceder el derecho a vacaciones anuales retribuidas solo cuando el trabajador ya se encuentre en situación de IT cuando se inicie el periodo vacacional <sup>59</sup>.

Por lo tanto, para abordar mejor este tema, es necesario realizar un breve análisis de la jurisprudencia comunitaria que ha incidido de forma directa sobre la jurisprudencia nacional. Al respecto, es importante destacar la **STJCE 2009/7 de 20 de enero de 2009, asuntos acumulados C-350/06 y C-520/06, Schultz-Hoff** en la que se examinan diferentes cuestiones referidas al disfrute de las vacaciones cuando el trabajador está de baja por incapacidad temporal. En esta sentencia se plantean dos cuestiones, la primera cuestión es, si el derecho a las vacaciones se extingue al concluir el año de devengo sin haber sido disfrutadas, en aquellos casos en que el trabajador ha pasado todo o parte del año en situación de incapacidad temporal. Para resolver este asunto, la STJCE utiliza el art 5.4 del Convenio nº 132 de la OIT, que establece que, a efectos de calcular el periodo de devengo de adquisición del derecho a las vacaciones, las ausencias por motivos ajenos a la voluntad propia del trabajador, como la incapacidad temporal, computarán como

---

<sup>58</sup> Considera que un permiso por convalecencia, en la medida en que tiene por objeto mejorar el estado de salud de los trabajadores y seguir el tratamiento prescrito por un médico, no es compatible con el descanso y el disfrute de un período de ocio y esparcimiento perseguido por las vacaciones. En cualquier caso, el período de aplazamiento debe ser de duración sustancialmente mayor que la del período de devengo con el que guarda relación. Pero debe atenderse, igualmente, a los intereses empresariales, considerando el riesgo de una acumulación demasiado prolongada de los períodos de inactividad y de las dificultades que podrían ocasionarse para la organización del trabajo.

<sup>59</sup> LÓPEZ ÁLVAREZ, M.J., “Tiempo de trabajo y derecho a vacaciones a la luz de la jurisprudencia comunitaria”, *op, cit*, pág. 189.

periodos de trabajo<sup>60</sup>. Dado que la Directiva no diferencia entre periodos de baja y de trabajo efectivo y teniendo en cuenta lo que ya ha afirmado la STJCE en el **asunto BECTU**<sup>61</sup>, se llega a la conclusión en el asunto Hoff de que, los trabajadores que no hubieran podido disfrutar de las vacaciones debido a haberse encontrado en situación de incapacidad temporal durante parte del periodo de devengo y hasta su final, no se puede admitir la extinción del derecho a las de las vacaciones anuales retribuidas por agotamiento del periodo de devengo sin que el trabajador las haya disfrutado; La segunda cuestión a la que responde esta sentencia, versa sobre la regulación nacional que establecía que, el empresario no tenía la obligación de pagar una compensación económica por las vacaciones no disfrutadas, en aquellos casos en que coincidiesen con el periodo de incapacidad temporal<sup>62</sup>. La Sentencia del TJCE en este aspecto, señala que, sería contrario a lo establecido en el art 7.1 de la Directiva 2003/88, que se regule en la normativa nacional, que, al finalizar la relación laboral, no se abone compensación económica alguna en concepto de vacaciones anuales retribuidas no disfrutadas, al trabajador que se haya encontrado en situación de baja por enfermedad durante todo o parte del periodo de devengo<sup>63</sup>.

Para favorecer el disfrute al derecho a las vacaciones, el TJCE va más allá y en su **STCE 2009/261, 10 de septiembre de 2009 C-277/08, caso Vicente Pereda**, se cuestiona la compatibilidad del **art 7.1** de la Directiva 2003/88 con la regulación española y su interpretación jurisprudencial. En este caso, el Sr. Vicente Pereda, trabajador al que le correspondían unas fechas de vacaciones ya fijadas de antemano por acuerdo y que, días antes del inicio de su disfrute, sufrió un accidente de trabajo que acarreó una incapacidad temporal que duró hasta el penúltimo día de las vacaciones. Al solicitar el trabajador la modificación de las fechas, su propuesta fue denegada por la empresa.

---

<sup>60</sup> NORES TORRES, L.E., “La influencia comunitaria en la configuración interna del derecho a las vacaciones anuales retribuidas”. *op, cit*, pág. 77.

<sup>61</sup> “Ningún Estado miembro puede supeditar el derecho a vacaciones anuales retribuidas..., al requisito de haber trabajado efectivamente durante el periodo de devengo de las vacaciones anuales”.

<sup>62</sup> STS 220/2019, de 14 de marzo de 1019: En este caso, el trabajador no pudo disfrutar de sus vacaciones por causa de fuerza mayor (encontrarse en situación de incapacidad temporal), por lo que ha de reconocerse su derecho a una compensación económica a partir del momento de la extinción de la relación laboral, como consecuencia de su declaración en situación de incapacidad permanente total para su profesión habitual, momento en el que ha de fijarse el *dies a quo* para el ejercicio de la acción.

<sup>63</sup> CONEJO PÉREZ, A.M., “Vacaciones e incapacidad temporal en la Jurisprudencia” *op, cit*.

Respecto a ese caso, la STJCE analiza la cuestión y resalta que el derecho a las vacaciones es un principio de Derecho social comunitario de especial importancia cuya finalidad es permitir el descanso y disponer de un periodo de ocio y esparcimiento; y recuerda que es conforme a la Directiva que se pierda el derecho a las vacaciones cuando este no se ejerce dentro del periodo de referencia, siempre que el trabajador haya tenido la posibilidad de ejercitarlo, y que en caso contrario ese derecho no se extingue al finalizar el periodo de devengo <sup>64</sup>.

Conforme a estos argumentos el TJCE, resolvió que los trabajadores tienen derecho al cambio de fecha en las vacaciones cuando estas coincidan con una situación de incapacidad temporal que le impida poder disfrutar efectivamente de su periodo de descanso retribuido y aclara cuándo han de disfrutarse las vacaciones estableciendo que, habrá que tener en cuenta lo que establezca el ordenamiento de cada Estado miembro a la hora de fijar una nueva fecha. En nuestro ordenamiento, el nuevo periodo vacacional deberá ser fijado por acuerdo entre el trabajador y la empresa en función de los criterios marcados por la negociación colectiva y nunca de manera unilateral. Esta sentencia también ha manifestado que deberán de tenerse en cuenta los intereses de la empresa, de tal manera que *«el empresario está obligado a asignar al trabajador otro periodo de vacaciones anuales que este proponga y que sea compatible con dichos intereses, sin excluir a priori que este periodo pueda estar fuera del periodo de referencia de las vacaciones anuales en cuestión»*. Es decir, se permite el disfrute de las vacaciones en el año siguiente al de devengo, pero esta vez por necesidades de la empresa, introduciéndose nuevamente otro elemento de ruptura del principio de anualidad<sup>65</sup>.

Por otro lado, una sentencia posterior a la anteriormente mencionada (STJCE ANGED), concretamente **la STJUE de 24 de enero de 2012, C-282/10, asunto Domínguez**, ha afirmado que en los casos en los que concurren las vacaciones con una incapacidad temporal, es indiferente que la incapacidad sea calificada como profesional o como común. También considera esta misma sentencia que *«la Directiva no se opone a que el ordenamiento exija requisitos adicionales para acceder a las vacaciones, cuya duración sea superior a las cuatro semanas garantizadas por la Directiva 2003/88/CE»*,

---

<sup>64</sup> SEPÚLVEDA GÓMEZ, M., “El derecho a vacaciones y la incapacidad temporal sobrevenida durante su disfrute”, *Temas Laborales*, Nº 117, 2012, pág. 195.

<sup>65</sup> VELASCO PORTERO, M.T., “Vacaciones e incapacidad temporal: problemas de coincidencia temporal de ambas situaciones. Comentario a la STSJ de Galicia 6231/2008”, *Derecho: Revista Jurídica de la Universidad de Santiago de Compostela*, Nº1, 2011, pág. 229.

es decir que, cuando un Estado miembro mejore con su regulación la duración mínima de la Directiva, podrá establecer requisitos no recogidos en el art 7 para acceder al exceso sobre las 4 semanas. Estas afirmaciones del TJUE dejaron claro que la jurisprudencia española, a la hora de interpretar el art 38 del ET, no era conforme a lo establecido en el art 7.1 de la Directiva 2003/88 y que era necesaria una corrección de la misma para asegurar que los trabajadores que sufrieran una incapacidad temporal durante el disfrute de sus vacaciones, pudiesen llegar a disfrutar, efectivamente, de su descanso retribuido en una fecha diferente, una vez terminada la suspensión contractual por incapacidad temporal<sup>66</sup>.

La creación de toda esta doctrina jurisprudencial, conllevó a que el legislador a través de la Ley 3/2012 modificase la redacción del **art 38.3 ET** para regular la concurrencia entre las vacaciones retribuidas y la incapacidad temporal, quedando la nueva regulación de la siguiente manera: *«En el supuesto de que el periodo de vacaciones coincida con una incapacidad temporal por contingencias distintas a las señaladas en el párrafo anterior que imposibilite al trabajador disfrutarlas, total o parcialmente, durante el año natural a que corresponden, el trabajador podrá hacerlo una vez finalice su incapacidad y siempre que no hayan transcurrido más de dieciocho meses a partir del final del año en que se hayan originado»*. De esta nueva redacción del art 38 ET se desprende que este derecho al cambio de la fecha fijada para el disfrute del periodo vacacional es extensible independientemente de que la IT surja antes de la fecha de las vacaciones, o durante el disfrute de estas. Además, el art 38.3 ET establece una diferencia entre la imposibilidad de disfrutar las vacaciones de manera total o parcial, teniendo en cuenta que la IT puede surgir una vez ha comenzado el disfrute de las vacaciones o antes de haberse iniciado ese periodo. En esos casos, el trabajador solamente tendría derecho a fijar una nueva fecha de disfrute para aquella parte de las vacaciones que no hubiese podido disfrutar a causa de la IT, entendiéndose como disfrutado el periodo comprendido entre el inicio de las vacaciones y la fecha del hecho causante de dicha incapacidad temporal<sup>67</sup>.

Además, también se desprende de la literalidad del precepto, que, cuando la IT sea por contingencias diferentes a las derivadas de maternidad, parto o lactancia, y el

---

<sup>66</sup> GORELLI HERNANDEZ, J., *El derecho al disfrute efectivo de las vacaciones*, op, cit, pág. 188.

<sup>67</sup> *Ibidem*, págs. 190-194.

trabajador no pueda disfrutar de su derecho a vacaciones durante el año natural de devengo, podrá disfrutarlas una vez que termine la IT, siempre que no hayan transcurrido más de dieciocho meses a partir del final del año en que se ha devengado el derecho a vacaciones. Se establece, tal como se acaba de decir, un límite máximo a la posibilidad de disfrute de nuevas vacaciones. Dicho esto, debe tenerse en cuenta que el derecho mantiene su finalidad, siempre y cuando el aplazamiento no supere cierto límite temporal, pues más allá de ese límite, como reconoce el TJUE, las vacaciones carecen de efecto positivo para el trabajador en lo que se refiere a tiempo de descanso. Por ello, un trabajador que esté en situación de IT durante varios años no puede acumular ilimitadamente derechos a vacaciones adquiridos durante ese periodo. Tendrá entonces que reconocerse un periodo de aplazamiento razonable que tenga en cuenta las circunstancias concretas de cada trabajador <sup>68</sup>. A la hora de fijar dicho período, el TJUE, **STJUE de 22 de noviembre de 2011, C-214/10, asunto KHS y STJUE de 3 de mayo de 2012, C-337/10, asunto Neidel**<sup>69</sup>, estima que las previsiones del Convenio 132 OIT constituyen una referencia de interés, y en particular entiende aplicable el art. 9.1 de dicho Convenio, que establece como plazo máximo para el disfrute de vacaciones aplazadas dieciocho meses contados a partir de la finalización del año en el que se haya originado el derecho a esas vacaciones<sup>70</sup>. Esta referencia será también utilizada por nuestro legislador, que al modificar de nuevo el **art. 38 ET** para regular la coincidencia de las vacaciones con situaciones de IT, recoge como período máximo de aplazamiento del disfrute de las vacaciones el previsto en el art. 9.1 Convenio 132 OIT<sup>71</sup>.

---

<sup>68</sup> LÓPEZ ÁLVAREZ, M.J., “Tiempo de trabajo y derecho a vacaciones a la luz de la jurisprudencia comunitaria”, *op. cit.*, pág. 189.

<sup>69</sup> Véase también, la **STJUE 22 de septiembre 2022**, (C-518/20 y C-727/20), *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide; St. Vincenz-Krankenhaus GmbH*, que, en el marco del derecho alemán, concluye lo siguiente: “*El Art. 7 Directiva 2003/88/CE y art. 31.2 CDFUE se oponen a una normativa nacional en virtud de la cual el derecho de un trabajador a vacaciones anuales retribuidas adquirido respecto de un período de referencia durante el cual ese trabajador ha trabajado efectivamente antes de encontrarse en una situación de incapacidad laboral absoluta o de incapacidad laboral por enfermedad y que persiste desde entonces puede extinguirse, al término de un período de aplazamiento autorizado por el Derecho nacional o en un momento posterior, aunque el empresario no haya ofrecido al trabajador, en el momento oportuno, la posibilidad de ejercer ese derecho*”.

<sup>70</sup> ARGÜELLES BLANCO, AR., “La ordenación sostenible del tiempo de trabajo: luces y sombras de las últimas reformas laborales”, *Revista Internacional de Organizaciones*, N° 8, 2012, pág. 27.

<sup>71</sup> GORELLI HERNANDEZ, J., *El derecho al disfrute efectivo de las vacaciones*, *op. cit.*, pág. 195.



Por tanto, las situaciones de incapacidad laboral, no se pueden comparar con las de maternidad, ni en lo que respecta a su duración, ni en su funcionalidad, ni en sus beneficiarios, en relación con la prohibición de discriminación por razón del sexo, y no se opone al Derecho comunitario el disfrute o la retribución de las vacaciones durante la situación de baja<sup>72</sup>.

## 6. CONCLUSIONES

Finalmente, una vez analizado el derecho a unas vacaciones anuales retribuidas, puede decirse que, las últimas reformas realizadas en el art 38 del ET a través de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres y, posteriormente por la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral y referentes al derecho a vacaciones, han supuesto un gran avance para la protección de los derechos de los trabajadores, demostrando como se han de adaptar las normas a las exigencias sociales. Sin embargo, aunque no es poco lo que se ha conseguido hasta ahora, siguen surgiendo dudas y aspectos que solucionar. Es por ello por lo que a continuación se enumeran las principales conclusiones obtenidas, así como algunas propuestas de mejora.

PRIMERA. - El derecho a las vacaciones anuales retribuidas es parte fundamental e irrenunciable de los derechos de cualquier Estado social. En España, el concepto constitucional ha declarado este derecho, como un principio rector de la política socioeconómica (art 40.2 CE) que va acompañado de una breve regulación legal en el art 38 del ET. Esta falta de precisión en la normativa interna, plantea numerosas cuestiones de cierta trascendencia práctica, cuya solución requiere la utilización de normas y jurisprudencia comunitarias, y de entre las que destacan dos ideas principales: en primer lugar, que el derecho a vacaciones retribuidas debe ser considerado un principio del Derecho Social comunitario, respecto al que no se pueden plantear excepciones, y cuya aplicación por las autoridades nacionales sólo puede ser posible dentro de las limitaciones de la propia Directiva de Vacaciones; y en segundo lugar, que se reconoce un derecho

---

<sup>72</sup> GONZALEZ DEL REY RODRIGUEZ, I., “Incidencia de la incapacidad temporal sobre el derecho a vacaciones viejos problemas, nuevas soluciones”, *op, cit*, pág. 20.

que permite el ejercicio efectivo del mismo, eliminando interpretaciones restrictivas que menoscaban los derechos de los trabajadores.

SEGUNDA. - Nuestros Tribunales se han visto “obligados” a considerar cuidadosamente una nueva perspectiva sobre las vacaciones anuales retribuidas que pretendiese desplazar ideas obsoletas que habían sido adoptadas en numerosas sentencias y ello debido a la importancia de la doctrina comunitaria en nuestro ordenamiento jurídico. Por lo tanto, ha sido necesario un cambio en la materia que introdujese una nueva perspectiva sobre las vacaciones por cuestiones como la caducidad de las mismas, su devengo económico, la posibilidad de trasladar su disfrute a años posteriores a aquél en que se devengaron, o la concurrencia de vacaciones e incapacidad temporal.

TERCERA. – En este sentido, dos de los elementos que más problemas y disputas de aplicación han causado y siguen causando, son el periodo de devengo del derecho a las vacaciones anuales y la caducidad interanual de las mismas. Pues dado que las vacaciones son anuales, es doctrina jurisprudencial, que los derechos a las vacaciones que no se hayan utilizado en el año correspondiente inevitablemente deben extinguirse. Por ello, la referencia del art 38 del ET a las vacaciones anuales, quiere decir que, no sólo son exigibles por cada año de servicio, sino que además deben agotarse dentro de ese año de calendario. Esto generó el dilema de qué hacer con las vacaciones de los empleados que solo habían prestado servicios durante una parte del año. Cuestión que parece ser resuelta a través de la aplicación del principio jurisprudencial de proporcionalidad, que encuentra su origen en el art 4 del Convenio nº132 y establece que el empleado que preste servicios por un tiempo inferior a un año, genera vacaciones proporcionalmente por cada día de trabajo.

CUARTA. - La retribución de las vacaciones anuales, ha sido otra cuestión que ha generado y sigue planteando problemas prácticos. Como las disposiciones legales no aclaran qué debe entenderse por retribución “normal o media”, especialmente en el caso de conceptos salariales de carácter ocasional, variable o extraordinario, el papel de la jurisprudencia nacional y comunitaria es especialmente importante porque ha ido concretando esa retribución “normal o media” en torno a su carácter ordinario e incluye en la estructura salarial, el salario base y determinados complementos personales y por

circunstancias de la actividad empresarial. A este respecto, considero que se cerraría el debate sobre el alcance de la retribución, si se estableciese un cálculo general para que esta retribución "normal o media" fuese la misma en todos los casos y concretamente, si se utilizara un prorrateo o media de la retribución global en vez de centrarse el cálculo sobre una retribución normal.

QUINTA. – Tradicionalmente, también suponía un problema, la concurrencia de las vacaciones anuales con la suspensión por IT o maternidad, sin embargo, se ha avanzado mucho en este tema y tras una incapacidad temporal, ahora, todos los trabajadores pueden disfrutar de sus vacaciones gracias a la evolución de la doctrina a lo largo del tiempo. El TJUE ha determinado que la finalidad de las vacaciones, que es permitir al trabajador descansar durante un periodo de ocio y esparcimiento, es distinta de la de los periodos de incapacidad temporal, cuya finalidad es recuperarse de una enfermedad. En consecuencia, si el trabajador se encuentra de baja médica cuando comienza el período vacacional previamente fijado o si la mencionada incapacidad temporal surge una vez iniciado el período vacacional, el trabajador sigue teniendo derecho al disfrute efectivo de todo el periodo en el primer caso y por el resto en el segundo, en una fecha distinta a la de la baja por enfermedad. Se puede decir que ahora el empresario está obligado a realizar adaptaciones no solo para el disfrute efectivo de las vacaciones, sino también para su cambio de fechas en los casos de coincidencia total o parcial con una baja de incapacidad temporal, tanto si la incapacidad temporal ha comenzado antes de las vacaciones como si sobreviniera durante su disfrute. Por ello, para garantizar el derecho del trabajador a un verdadero descanso y permitirle disfrutar efectivamente de su derecho a vacaciones, el empleador deberá asignar al trabajador otro período de vacaciones anuales. Sin embargo, este período puede no estar comprendido dentro del período de referencia de las vacaciones anuales de que se trate generándose una excepción al criterio de la anualidad.

Cada una de estas respuestas comunitarias ha mejorado la concepción material del derecho y corregido la doctrina jurisprudencial interna, llegando incluso a modificar el legislador la normativa relativa a la materia. No obstante, todavía hay problemas que necesitan ser resueltos. Problemas adicionales resultarán de la propia evolución social, y el legislador interno se ocupará de cada uno de ellos, eso sí, siempre dentro de los límites del ordenamiento comunitario.

## 7. BIBLIOGRAFIA

1. ARGÜELLES BLANCO, AR., “La ordenación sostenible del tiempo de trabajo: luces y sombras de las últimas reformas laborales”, *Revista Internacional de Organizaciones*, Nº 8, 2012.
2. CHARRO BAENA, P., *El derecho a vacaciones en el ámbito laboral*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1993.
3. CONEJO PÉREZ, AM., “Vacaciones e incapacidad temporal en la Jurisprudencia” <https://elderecho.com/vacaciones-e-incapacidad-temporal-en-la-jurisprudencia> , consultado por última vez el 3/09/2022).
4. GALLEGO MOYA, F., “Complemento por horas extraordinarias en vacaciones: computan las horas que pudieron haberse trabajado durante su disfrute”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, Nº 2, 2022.
5. GALLEGO MOYA, F., “El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el derecho a las vacaciones”. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, Nº227, 2020.
6. GALLEGO MOYA, F., “Maternidad y vacaciones en el ámbito europeo. El asunto Merino”, *Revista de Derecho*, Nº1, 2020.
7. GONZALEZ DEL REY RODRIGUEZ, I., “Incidencia de la incapacidad temporal sobre el derecho a vacaciones viejos problemas, nuevas soluciones”, *Iuris*, Nº136, 2009.
8. GONZALEZ DEL REY RODRIGUEZ, I., “Jornada parcial variable y retribución de las vacaciones. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo 394/2020, de 22 de mayo”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, Nº451, 2020.
9. GORELLI HERNANDEZ, J., “De nuevo sobre el derecho a las vacaciones y su disfrute efectivo en los casos de negativa empresarial a su retribución (comentario a la STJUE de 29 de noviembre de 2017, C-214/16, asunto King)”, *IUS Labor*, Nº 2, 2018.
10. GORELLI HERNANDEZ, J., *El derecho al disfrute efectivo de las vacaciones*, Tecnos, Madrid, 2014.
11. GORELLI HERNANDEZ, J., “Elementos delimitadores del derecho a vacaciones” *THEMIS: Revista de Derecho*, Nº65, 2014.
12. LAHERA FORTEZA, J., “Salario durante las vacaciones”. *Observatorio de recursos humanos y relaciones laborales*, Nº115, 2016.
13. LÓPEZ ÁLVAREZ, M.J., “Tiempo de trabajo y derecho a vacaciones a la luz de la jurisprudencia comunitaria”, *Revista del Ministerio de empleo y Seguridad Social*, Nº 127, 2017.
14. LLUCH CORELL, FJ., “¿Prescribe el derecho a las vacaciones negadas por la empresa?”, “*LEFEBVRE*”, *Noticias jurídicas y actualidad*, <https://elderecho.com/prescribe-derecho-vacaciones-negadas-empresa> , consultado por última vez 1/09/ 2022.
15. MARTÍN, E., “El TJUE se pronuncia sobre el derecho a vacaciones (o su compensación) en caso de despido nulo”, <https://sincrogo.com/blog/tribunales/el-tjue-se-pronuncia-sobre-el-derecho-a-vacaciones-o-su-compensacion-en-caso-de-despido-nulo/> consultado por última vez el 1/09/2022.
16. MARTÍN JIMÉNEZ, R., “Vacaciones”, en VV.AA., (dir. SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., coord. HIERRO HIERRO, F. y KAHALE CARRILLO, D.T.)

- “Un decenio de jurisprudencia laboral sobre la Ley de Igualdad entre mujeres y hombres”, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2018.
17. MARTÍN VALVERDE, A., “Las líneas de la evolución del derecho a vacaciones”, *Revista de Política social*, Nº 83, 1969.
  18. NORES TORRES, L.E., “La influencia comunitaria en la configuración interna del derecho a las vacaciones anuales retribuidas”, *Revista Gallega de Derecho Social*, Nº10, 2020.
  19. NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P., “La compatibilidad de las vacaciones y el descanso por maternidad”, *Temas Laborales*, Nº 77, 2004.
  20. OLÍAS, L., “Las vacaciones pagadas cumplen 90 años: así han cambiado desde los siete días de la Segunda República”, 2021, [https://www.eldiario.es/economia/vacaciones-pagadas-cumplen-90-anos-han-cambiado-siete-dias-segunda-republica\\_1\\_8223922.html](https://www.eldiario.es/economia/vacaciones-pagadas-cumplen-90-anos-han-cambiado-siete-dias-segunda-republica_1_8223922.html), consultado por última vez 3/10/2022.
  21. PÉREZ VAQUERO, C., “El derecho a las vacaciones retribuidas”, 2022, <http://archivodeinalbis.blogspot.com/2022/01/el-derecho-las-vacaciones-retribuidas.html>, consultado por última vez 3/10/2022.
  22. SEPÚLVEDA GÓMEZ, M., “El derecho a vacaciones y la incapacidad temporal sobrevenida durante su disfrute”, *Temas Laborales*, Nº 117, 2012.
  23. VELASCO PORTERO, M.T., “Vacaciones e incapacidad temporal: problemas de coincidencia temporal de ambas situaciones. Comentario a la STSJ de Galicia 6231/2008”, *Derecho: Revista Jurídica de la Universidad de Santiago de Compostela*, Nº1, 2011.