

Roj: STS 6797/2012
Id Cendoj: 28079140012012100754
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Social
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 249/2009
Nº de Resolución:
Procedimiento: SOCIAL
Ponente: MARIA LOURDES ARASTEY SAHUN
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a tres de Octubre de dos mil doce.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de Casación interpuesto por el procurador Sr. Villasante García en nombre y representación de la ASOCIACION NACIONAL DE GRANDES EMPRESAS DE DISTRIBUCION (ANGED), contra la sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, dictada el 23 de noviembre de 2009 en los autos 212/2009 , seguidos a instancia de los sindicatos FEDERACIÓN DE ASOCIACIONES SINDICALES (FAGSA), FEDERACION DE TRABAJADORES INDEPENDIENTES DE COMERCIO (FETICO), FEDERACION ESTATAL DE TRABAJADORES DEL COMERCIO, HOSTELERÍA, TURISMO Y JUEGO DE UGT y FEDERACIÓN DEL COMERCIO, HOSTELERÍA Y TURISMO DE CC.OO. contra la ahora recurrente sobre conflicto colectivo.

Han comparecido en concepto de recurridos FETICO; FED CMR. HOSTELERIA TURISMO CCOO, FAGSA, y FED. COM. HOSTELERÍA, TURISMO Y JUEGO DE UGT, representados por los letrados Sr. Pascual García, Sr. Martín Aguado, Sr. Caballero Ramos, y Sr. Jiménez de Eugenio.

Es Ponente la Excmá. Sra. D^a. Maria Lourdes Arastey Sahun,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la representación de las partes sindicales reseñadas se interpuso demanda de conflicto colectivo de la que conoció la Sala de lo Social de La Audiencia Nacional, y en la que tras exponer los hechos y motivos que estimaron de aplicación se terminó por suplicar se dictada sentencia por la que se declarara que a) " *los trabajadores que con anterioridad al inicio de periodo vacacional previamente fijado, comiencen una situación de incapacidad temporal que, con independencia de la causa que los origine, se solape o coincida con todo o parte del periodo de vacaciones fijado, tendrán el derecho al disfrute del periodo frustrado de vacaciones en otro momento, una vez finalice la situación de incapacidad temporal*"; y b) " *el anterior derecho corresponderá aun finalizado el año natural al que se corresponden las vacaciones*". Precisaba la pretensión del sindicato UGT que el derecho a disfrutar del periodo vacacional íntegro lo fuera " *con independencia de que éste coincida en todo o en parte con un proceso de incapacidad temporal y de que esta incapacidad temporal se produzca previamente al disfrute o una vez iniciado el mismo*".

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda se celebró el acto del juicio en el que la parte actora se afirmó en la misma, oponiéndose la demandada según consta en Acta. Recibido el pleito a prueba se practicaron las propuestas por las partes y declaradas pertinentes. Con fecha 23-11- 2009 se dictó sentencia por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en la que consta el siguiente fallo: "Que en el conflicto instado por los Sindicatos de FEDERACIÓN DE ASOCIACIONES SINDICALES FAGSA; FETICO; FED. ESTATAL DE TRABAJADORES, COMERCIO, HOSTELERÍA, TURISMO Y JUEGO DE UGT; FECOHT CC.OO. contra ANGED, que ante esta Sala se siguen en los autos acumulados 212/09, 215/09, 217/09 y 221/09: 1.- Debemos desestimar y desestimamos todas las excepciones opuestas por ANGED. 2.- Debemos estimar y estimamos las demandas planteadas declarando el derecho de los trabajadores incluidos en el ámbito de aplicación del Convenio Colectivo de Grandes Almacenes a disfrutar íntegras sus vacaciones si habiéndose prefijado éstas incidiera un proceso de incapacidad temporal al margen de la contingencia que lo cause y a interrumpir el periodo vacacional para el disfrute del periodo no completo si la incidencia del proceso de incapacidad temporal

aconteciera durante el periodo de su disfrute, manteniéndose tal derecho aun finalizando el año temporal al que corresponden las vacaciones".

TERCERO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: **1º.-** El convenio colectivo de Grandes Almacenes 2009-2012 fue suscrito el 5 de Agosto de 2009 por ANGED y los sindicatos FASGA y FETICO.

2º.- Que el citado Convenio, dentro de su Capítulo Quinto, Sección 3 relativa a Vacaciones Anuales, regula en su artículo 370 los periodos de disfrute de la siguiente manera: 1º Los trabajadores disfrutarán entre los meses de Junio a Septiembre de, al menos, veintidós días naturales interrumpidos de su período vacacional, salvo que ingresen en la Empresa con posterioridad al 1 de Septiembre, o su parte proporcional. Las empresas podrán excluir de los turnos de vacaciones aquellas fechas que coincidan con las de mayor actividad productiva. 2º Fuera del anterior período, y en la medida que la organización del trabajo lo permita, los trabajadores tendrán opción para fijar la fecha de disfrute de su vacación anual. 3º La bolsa vacacional podrá fraccionarse en función de los días efectivamente no disfrutados. Durante la vigencia del presente Convenio, su cuantía se fija en 350 #. Se abonará a aquellos trabajadores que, por necesidad del servicio u organización del trabajo, no sea posible concederles el disfrute indicado de Junio a Septiembre. Si por fecha de ingreso del trabajador le correspondieran menos de 21 días de Junio a Septiembre, de optar las empresas en dicho período por lo previsto en el apartado 3º de este mismo artículo, se abonaría la parte proporcional de esta misma bolsa. El derecho al percibo de la bolsa de vacaciones no está sujeto a la naturaleza temporal o no del contrato, teniendo en consecuencia derecho al mismo tanto los trabajadores fijos como los temporales en los que coincidan las circunstancias a que se refiere este artículo, si bien se considera como condición indispensable para poder tener derecho a disfrutar vacaciones entre los meses de junio a septiembre el que durante esos meses esté el contrato de trabajo vivo y en activo, ya que, en otro caso, carecería de sentido el precepto, excluyéndose del cobro de la bolsa, por razones de pura lógica, exclusivamente a aquellos trabajadores contratados en ese período mediante la modalidad de interinaje, precisamente para poder sustituir a trabajadores que disfruten de los 21 días naturales ininterrumpidos entre los meses de junio a septiembre. 4º Como principio y preferencia única para el derecho de opción de los trabajadores a un determinado turno de vacaciones, se establece que quien optó y tuvo preferencia sobre otro trabajador en la elección de un determinado turno, pierde esa primacía de opción hasta tanto no la ejercite el resto de sus compañeros en una unidad de trabajo. 5º Cuando el período de vacaciones fijado en el calendario de vacaciones coincida en el tiempo con una incapacidad temporal derivada del embarazo, el parto o la lactancia natural o con el periodo de suspensión del contrato previsto en el artículo 48.4 del ET, se tendrá derecho a disfrutar las vacaciones en fecha distinta a la de la incapacidad temporal al finalizar el periodo de suspensión, aunque haya terminado el año natural a que correspondan.

3º.- Que la demanda viene interpretando el citado art. 37 de la norma convencional, en el sentido de que los trabajadores que se encuentren previamente a la iniciación del disfrute del periodo de vacaciones inicialmente fijado, en situación incapacidad temporal, no tienen derecho al disfrute del periodo de vacaciones en un periodo posterior al término de la IT aunque haya terminado el año natural al que corresponda, salvo que se trate de las situaciones expresamente contempladas en el apartado 5º del referido art. 37 del convenio colectivo.

4º.- La parte demandante interpreta el precepto en el sentido de que un periodo vacacional frustrado por la incidencia de una incapacidad temporal surgido antes del periodo vacacional pactado, (y el Sindicato UGT incluso en el supuesto de ya se hayan iniciado las vacaciones) determina la suspensión de estas con independencia de la causa que origine la situación de incapacidad temporal.

5º.- Se han agotado los preceptivos intentos de conciliación ante el SIMA con resultado de falta de acuerdo. Se han cumplido las previsiones legales."

CUARTO.- Contra dicha resolución se interpuso recurso de casación por la representación de ASOCIACION NACIONAL DE GRANDES EMPRESAS DE DISTRIBUCION. Impugnado el recurso por las partes personadas y evacuado el traslado conferido por el Ministerio Fiscal se emitió informe en el sentido de considerar improcedente el recurso, e instruida la Excm. Sra. Magistrada Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 20 de octubre de 2010, acordándose suspender las actuaciones y dar traslado a las partes y al Ministerio Fiscal a los efectos de alegar lo que a su derecho conviniera respecto del planteamiento por la Sala de una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

La Federación del Comercio, Hostelería y Turismo de CC.OO.; la Federación Estatal de Trabajadores del Comercio, Hostelería, Turismo y Juego de UGT, alegaron que no existía obstáculo alguno en relación

con la posibilidad de interrumpir las vacaciones en los supuestos de incapacidad temporal sobrevenida de acuerdo con la doctrina del TJUE y de este Tribunal Supremo. ANGED manifestó que la cuestión a plantear al TJUE debía abarcar también qué entiende la Directiva por periodo de referencia para el disfrute del descanso mínimo y si la excepción a la regla general de la referencia anual sólo ha de aplicarse al caso de pactos a través de la negociación colectiva. El Ministerio Fiscal informó que, la situación de la incapacidad temporal que pueda surgir durante el disfrute de las vacaciones reviste ribetes singulares y justifica las dudas razonables de la Sala sobre la incidencia del art. 7.1 de la Directiva.

Acordándose en Sala General por Auto de veintiséis de Enero de dos mil once: 1.- Plantear la siguiente cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea : ¿El art. 7.1 de la Directiva 2003/88 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003 , relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, se opone a una interpretación de la normativa nacional que no permita interrumpir el periodo vacacional para el disfrute en un momento posterior, del periodo completo -o que reste-, si la incidencia de un proceso de incapacidad temporal aconteciera de forma sobrevenida durante el periodo de su disfrute? 2.- Suspender las presentes actuaciones mientras se resuelve la cuestión prejudicial.

QUINTO.- Con fecha 21 de junio de 2012 el Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictó sentencia en la que consta la siguiente DECLARACION: *"El art. 7, apartado 1, de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003 , relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, debe interpretarse en el sentido de que se opone a disposiciones nacionales que establezcan que un trabajador que se encuentre en situación de incapacidad laboral sobrevenida durante el período de vacaciones anuales retribuidas no tiene derecho a disfrutar posteriormente de las vacaciones anuales coincidentes con el período de incapacidad laboral."*

SEXTO.- Dándose traslado a las partes de la anterior sentencia y evacuado el traslado conferido, por el Ministerio Fiscal se emitió informe en el sentido de considerar improcedente el recurso, e instruida la Excm. Sra. Magistrada Ponente se declararon concluidos los autos, señalándose para votación y fallo en Sala General el día 26-09-2012, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La asociación empresarial demandada recurre en casación ordinaria la sentencia que estima la demanda de conflicto colectivo y se acoge a los apartados b) y e) del art. 205 de la Ley de Procedimiento Laboral .

Las demandas acumuladas rectoras del proceso, interpuestas por los sindicatos FASGA y FETICO, pretendían que, con apoyo en el art. 37 del Convenio colectivo de Grandes Almacenes, se declarara que: a) "los trabajadores que con anterioridad al inicio de periodo vacacional previamente fijado, comiencen una situación de incapacidad temporal que, con independencia de la causa que los origine, se solape o coincida con todo o parte del periodo de vacaciones fijado, tendrán el derecho al disfrute del periodo frustrado de vacaciones en otro momento, una vez finalice la situación de incapacidad temporal"; y b) "el anterior derecho corresponderá aun finalizado el año natural al que se corresponden las vacaciones".

SEGUNDO.- El primero de los motivos del recurso sirve a la parte recurrente para alegar incompetencia de la jurisdicción social e inadecuación de procedimiento, para lo cual se invoca la STS "de 9 de julio de 2009 (recurso 75/2008)". Se sostiene en el escrito de formalización del recurso que no existe una verdadera y real controversia y que lo que se pretende es una declaración abstracta de futuro.

Sin duda, la parte recurrente está aludiendo a la STS de 14-7-2009 (deliberada y votada el 9 de julio -cuya fecha confunde-, rec. 75/2008). Se trataba en aquel caso de un conflicto colectivo que había planteado la misma asociación patronal ahora recurrente, respecto del cual la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional apreció falta de acción por inexistencia de un conflicto real y actual. Esta Sala IV llegó a idéntica solución por considerar que lo que la demanda pretendía no suponía sino una consulta " *formulada para cuestionar temas ya no litigiosos jurídicamente aunque la parte demandante en abstracto no comparta las conclusiones dadas en resoluciones judiciales firmes, por lo que la Sala "a quo" ninguna interpretación tenía que llevar a cabo respecto de unas normas cuyo contenido ya está delimitado jurisprudencialmente y cuya aplicación no ha originado ningún conflicto real o actual ajeno a la abstracta discrepancia de la parte ahora recurrente, por lo que el objeto de la cuestión planteada escapa del ámbito propio del proceso de conflicto colectivo* ".

La doctrina sentada entonces -que, a su vez, recoge los criterios ya reiterados por esta Sala IV en pronunciamientos anteriores, con cita de los mismos- resulta plenamente aplicable al presente caso si bien para alcanzar resultado contrario al que la parte recurrente propone. A diferencia de lo que ocurría en aquel

supuesto, aquí sí existe un conflicto real que, como señala el Ministerio Fiscal en su informe, tiene un sustrato claramente jurídico. Se trata de dilucidar si la interpretación, que en los supuestos de incapacidad temporal hace la parte empresarial del art. 37 del Convenio Colectivo, resulta ajustada a derecho. Partimos, pues, de una práctica empresarial consistente en tratar tales casos de modo distinto al de la suspensión de contrato por embarazo, parto, lactancia natural o circunstancias del art. 48.4 ET. En consecuencia, existe una discrepancia sobre la forma en que las empresas afectadas están interpretando y aplicando el precepto en cuestión, generando situaciones reales y efectivas a las que el conflicto pretende dar solución distinta. Al respecto, señalábamos en la STS de 7 de abril de 2009 (rec. 56/2008, reiterada en la sentencia invocada por la parte recurrente) que *" el hecho de que un litigio tenga por objeto un interés individualizable, que se concrete o pueda concretarse en un derecho de titularidad individual, no hace inadecuado el procedimiento especial de conflicto colectivo, siempre que el origen de la controversia sea la interpretación o aplicación de una regulación jurídicamente vinculante o de una práctica o decisión de empresa que afecte de manera homogénea e indiferenciada a un grupo de trabajadores "*.

TERCERO.- La misma suerte adversa debe seguir el segundo de los motivos del recurso que, con idéntico apoyo en el art. 205 b) LPL, alega la falta de legitimación activa y pasiva de ambas partes litigantes. Se aduce que lo que las demandas pretenden es una interpretación de los arts. 40.2 CE y 38 del ET y que, al tratarse de normas generales, aquella interpretación excede del ámbito en el que el conflicto colectivo se plantea por ser normas supra sectoriales.

La parte recurrente incurre en confusión cuando examina el ámbito de las normas y lo pone en relación con el del conflicto. Lo decisivo a los efectos de circunscribir los límites de éste es la práctica en que hayan incurrido las empresas representadas a la hora de interpretar y aplicar las normas en cuestión, con independencia del alcance y la generalidad de las mismas. Recordemos que el art. 152.a) LPL, al regular la legitimación activa en la modalidad procesal de conflictos colectivos, dispone que *" Estarán legitimados para promover procesos sobre conflictos colectivos: a) Los sindicatos cuyo ámbito de actuación se corresponda o sea más amplio que el del conflicto "* y, por otra parte, a través de esta modalidad procesal y como objeto de la misma pueden tramitarse *" las demandas que afecten a intereses generales de un grupo genérico de trabajadores y que versen sobre la aplicación e interpretación de una norma estatal, Convenio Colectivo, cualquiera que sea su eficacia, o de una decisión o práctica de empresa "* (art. 151.1 LPL).

En suma, no discutida la legitimación de los sindicatos en cuanto a su representatividad en el seno del marco de afectación de la propia patronal demandada, queda circunscrita claramente la actuación de ambas partes litigantes al mismo ámbito sectorial al que se refiere el convenio colectivo.

CUARTO.- El último de los motivos amparado en el mencionado apartado b) del art. 205 LPL sostiene que la Sala "a quo" no aplicó correctamente el principio de especialidad del proceso previsto en el art. 125 de dicha ley procesal.

La modalidad especial a la que la parte recurrente se refiere tiene por objeto la fijación de la fecha de disfrute de las vacaciones y no así la determinación del derecho a éstas ni tampoco la duración de las mismas. Ciertamente, la determinación de tales fechas constituye una cuestión de naturaleza individual.

Ahora bien, como ya se ha indicado, lo que aquí se dilucida no guarda relación con esa determinación de fechas, sino con el derecho a las mismas en la misma duración inicial, cuando el periodo fijado coincide con la incapacidad temporal, y la eventual ampliación del derecho más allá del año natural. Para ello, además, en nada afectan las circunstancias personales de cada trabajador, pues lo que la demanda busca es una declaración genérica, acorde con el objeto del conflicto colectivo, que permita fijar un parámetro de interpretación homogéneo para los trabajadores afectados por el mismo.

QUINTO.- Finalmente, con apoyo en el apartado e) del art. 205 LPL, el recurso denuncia la aplicación indebida de los arts. 40.2 de la Constitución, 38 del Estatuto de los Trabajadores, 10 del Convenio 132 OIT y 7.1 de la Directiva 2003/88, en relación con los arts. 1 y 3 del Código Civil y la doctrina jurisprudencial de las sentencias de esta Sala de 3 de octubre 2007 (rcud. 5068/2005) y 24 de junio de 2006 (rcud. 1542/2008).

El convenio colectivo sectorial que rige las relaciones laborales de los trabajadores afectados recoge lo que, tras la modificación operada por la Disp. Ad. 11ª de la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad efectiva de mujeres y hombres, señala el art. 38.3, párrafo segundo del ET, que prevé, exclusivamente, que *" cuando el período de vacaciones fijado en el calendario de vacaciones de la empresa (...) coincida en el tiempo con una incapacidad temporal derivada del embarazo, el parto o la lactancia natural o con el período de suspensión del contrato de trabajo previsto en el artículo 48.4 de esta ley, se tendrá derecho a disfrutar de las vacaciones en fecha distinta a la de la incapacidad temporal o a la del disfrute del permiso que por*

aplicación de dicho precepto le correspondiera, al finalizar el período de suspensión, aunque haya terminado el año natural a que correspondan".

En relación a la coincidencia del periodo de vacaciones con la incapacidad temporal, esta Sala se había pronunciado ya con reiteración respecto del caso en que la incapacidad temporal se inicie después de fijado el periodo vacacional pero antes de comenzar el disfrute del mismo. La propia parte recurrente se refiere a esa última doctrina al citar la STS de 24 de junio de 2009 (rcud. 1542/2008), dictada por el Pleno de esta Sala y reiterada en las STS de 18 de enero (rcud. 314/2009) y 21 de enero (rcud. 546/2009), 4 de febrero (rcud. 2288/2009), 8 de febrero (rcud.1782/2009) y 11 de febrero de 2010 (rcud. 1293/2009).

Como en ellas se señala, *"...la situación de incapacidad temporal, que surge con anterioridad al período vacacional establecido y que impide disfrutar de este último en la fecha señalada, no puede ni debe erigirse en impedimento que neutralice el derecho al disfrute de dicha vacación anual que todo trabajador ostenta por la prestación de servicios en la empresa"*. De este modo esta Sala se hacía eco de la doctrina sentada por el TJCE que, a lo largo de distintos pronunciamientos en materia de vacaciones, ha venido a indicar que, por un lado, las vacaciones tienen por finalidad la protección de la seguridad y la salud del trabajador (STJCE de 26 de junio de 2001, BECTU -C-173/99 - y 16 de marzo de 2006, Robinson-Steele y otros -C-131/04 y 257/04-) y, por otro, que el derecho a las vacaciones constituye un principio del Derecho social comunitario de especial importancia (así se observa en las STJUE de 6 de abril de 2006, Federatie Nederlanse Vakbeweging -C-124/05 - y 18 de marzo de 2004, Merino Gómez -C- 342/01-).

Es cierto que el último de los pronunciamientos del Tribunal de Justicia (TJCE/TJUE) citados, que es el que aborda de lleno la cuestión del solapamiento de periodos, daba respuesta a un conflicto que se entablaba entre las vacaciones y la situación de maternidad (cuya doctrina acogió esta Sala IV a partir de la STS de 10 de noviembre de 2005 -rcud. 4291/2004 -), cuestión definitivamente zanjada con la modificación legal introducida por la LO 3/2007 y resuelta previamente en la STC 324/2006; pero la duda sobre la extensión de ese mismo criterio favorable al mantenimiento del derecho al disfrute de vacaciones quedó resuelta con la STJUE de 20 de enero de 2009, Schultz-Hoff y otros (C-350/06 y C-520/06). En ella se declara que el trabajador tiene derecho a disfrutar de sus vacaciones en otro período que no coincida con su baja por enfermedad, cuando no hubiera podido disfrutarlas durante ésta.

Por último, reforzando la misma línea doctrinal, la STJUE de 10 de septiembre de 2009, Vicente Pereda (C-277/08), admite ese mismo disfrute ulterior en un supuesto en que se planteaba una cuestión prejudicial suscitada por la aplicación del Derecho español.

En la STS 24 de junio de 2009 (rcud. 1542/2008) hicimos propia esa misma evolución doctrinal del TJUE, replanteándonos así el criterio sentado en la STS de 3 de octubre de 2007 -y las que siguieron el mismo-, afirmando que *" resulta obligada una interpretación pro communitate de nuestras normas internas [en la forma antes expresada] y a la fecha presente ya estamos vinculados por el sentido que el TJ ha atribuido recientemente al art. 7.1 de la Directiva 2003/88/CE, condicionando -así- nuestra presente respuesta"*.

Se añade a ello la posibilidad de que el ejercicio del derecho al disfrute de las vacaciones que se vieron imposibilitadas por la enfermedad se lleve a cabo fuera del año natural. Así, la citada STJUE 10 septiembre 2009, Pereda -en la línea de la STJUE de 20 de enero de 2009, Schultz-Hoff- entiende que, en tales casos, cabe la asignación de otro período de vacaciones, ya que *"en el supuesto de que tales intereses (de la empresa) se opongan a que se acepte la solicitud del trabajador relativa al nuevo período de vacaciones anuales, el empresario está obligado a asignar al trabajador otro período de vacaciones anuales que éste proponga y que sea compatible con dichos intereses, sin excluir a priori que ese período pueda quedar fuera del período de referencia de las vacaciones anuales en cuestión"*. En el mismo sentido, lo establece ahora expresamente el art. 38.3 ET para los casos allí reseñados con texto análogo al del Convenio Colectivo aplicable a los litigantes y había sido aceptado por la STC 324/2006.

En suma, la situación de baja por enfermedad iniciada antes del momento fijado para las vacaciones -e impositiva, por tanto, del disfrute de éstas- confiere el derecho a su disfrute en fecha distinta, como, con acierto, declara la sentencia recurrida.

SEXTO.- Ahora bien, el pronunciamiento recurrido, estimando íntegramente las demandas, contiene la declaración adicional del derecho de los trabajadores afectados *" a interrumpir el periodo vacacional para el disfrute del periodo no completo si la incidencia del proceso de incapacidad temporal aconteciera durante el periodo de su disfrute"*.

Es ésta una cuestión que no fue resuelta en la STS de 24 de junio de 2009 , aun cuando en ella se hacía alusión a un pronunciamiento efectuado en las SSTS de 10 de noviembre de 2005 -rcud 4291/04 - y 21 de marzo de 2006 -rcud 681/05 -, según el cual: " *es conveniente señalar, al respecto, que tiene que ser distinto el tratamiento que merece la incapacidad temporal que surge durante el disfrute de la vacación, pues es un riesgo que, en tal situación, ha de asumir el propio trabajador, con aquella otra que se produce con anterioridad al período vacacional y que impide el disfrute de éste en la fecha preestablecida en el calendario previsto, a tal efecto, en la empresa. En este último caso....necesariamente, ha de hacerse compatible el derecho a la baja por incapacidad temporal, sea esta por enfermedad común o por maternidad, con el correspondiente al disfrute de la vacación anual* " .

Pero se trataba de una referencia que ha de entenderse hecha *obiter dicta* , por cuanto el caso resuelto entonces coincidía con el de quien había sido objeto de una baja médica antes de iniciar el periodo de disfrute de vacaciones. De ahí que el presente litigio obligue a la Sala a entrar de lleno en la cuestión de la extensión de la doctrina expuesta también a los casos en que la incapacidad temporal surge una vez se ha comenzado el disfrute de las vacaciones.

Como se ha visto, la razón última del mantenimiento del derecho al disfrute de vacaciones se halla en la consideración de éste como mecanismo de garantía de la salud y la seguridad del trabajador. La STC 324/2006, de 20 de noviembre , ya indicó que " *El derecho a vacaciones anuales retribuidas, sin ser absoluto en cuanto a las fechas de su ejercicio, forma parte del núcleo irrenunciable de los derechos propios de un Estado Social... Todo ello no quiere decir que tanto el legislador como la Administración no puedan poner límites al disfrute efectivo de las vacaciones, pero sí que la protección constitucional de las vacaciones sólo permite los límites derivados de su propia naturaleza y finalidad o los que aparezcan impuestos por la necesaria protección de un interés constitucionalmente legítimo, y respetuosos con el principio de proporcionalidad* " .

Para la jurisprudencia constitucional, la finalidad de las vacaciones no queda circunscrita de modo estricto a la mera recuperación física del trabajador. En un supuesto en que se cuestionaba la posibilidad de que el trabajador de vacaciones efectuara otros trabajos ajenos a la empresa, la sentencia del Tribunal Constitucional nº 192/2003 señaló que " *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. Una tal concepción, según la cual el tiempo libre se considera tiempo vinculado y la persona se devalúa a mera fuerza de trabajo, resulta incompatible con los principios constitucionales que enuncia el art. 10.1 CE (dignidad de la persona y libre desarrollo de su personalidad), a cuya luz ha de interpretarse, inexcusablemente, cualquier norma de Derecho y, para lo que importa ahora, la cláusula legal de la buena fe. La resolución judicial que desconoce tales principios constitucionales al interpretar y aplicar esta cláusula no puede entenderse, por tanto, fundada en Derecho* " .

Asimismo, en la citada STS de 24 de junio de 2009 sosteníamos que el art. 40.2 de la Constitución " *no solamente tiene por finalidad la protección de la salud del trabajador, sino que posibilita también la conciliación de la vida personal con la laboral, el acceso a la cultura de los trabajadores, el esparcimiento y el ocio, las relaciones sociales y el necesario ejercicio físico reparador*". A lo que añadíamos que " *el pleno disfrute del derecho a las vacaciones únicamente puede conseguirse cuando el trabajador se encuentre en condiciones físicas y mentales de hacer uso del mismo, de forma que no cabe entender que un trabajador en situación de IT pueda disfrutar adecuadamente de las finalidades atribuidas a las vacaciones*".

En una línea similar y yendo más allá en la delimitación del objetivo de las vacaciones, la STJUE 10 septiembre 2009, Asunto Pereda , indica que " *es pacífico que la finalidad el derecho a vacaciones anuales retribuidas consiste en permitir que los trabajadores descansen y dispongan de un período de ocio y esparcimiento. Tal finalidad difiere de la correspondiente a causar baja por enfermedad* " .

No obstante, ante la posibilidad de que el matiz del momento de inicio de la IT -antes o después del comienzo del disfrute de las vacaciones- pudiera tener relevancia en el alcance de la supremacía del derecho a las mismas, esta Sala optó por plantear la cuestión prejudicial ante el TJUE mediante Auto dictado por el Pleno el 26 de enero de 2011 , para discernir si el art. 7.1 de la Directiva 2003/88, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003 , relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, se oponía a una interpretación de la normativa nacional que no permitiera interrumpir el periodo vacacional para el disfrute en un momento posterior -bien del periodo completo, bien del que restase-, si la incidencia de un proceso de incapacidad temporal aconteciera de forma sobrevenida durante el periodo de su disfrute.

La remisión prejudicial fue respondida mediante la STJUE de 21 de junio de 2012 (C-78/11) en el sentido de afirmar que, efectivamente, existe tal oposición entre el citado art. 7 de la Directiva y las disposiciones nacionales que establezcan que un trabajador que se encuentre en situación de incapacidad laboral sobrevinida durante el periodo de vacaciones anuales retribuidas no tiene derecho a disfrutar posteriormente de las vacaciones anuales coincidente con tal periodo de incapacidad.

SÉPTIMO.- En consecuencia, habrá de entenderse que tratar de modo distinto las situaciones de concurrencia entre vacaciones e incapacidad temporal, dependiendo del momento de inicio de esta última, sólo hallaría justificación en aquellos supuestos en que la baja no fuera ajustada a derecho y, en suma, aparecieran indicios o sospecha de fraude (por ejemplo, cuando el periodo de vacaciones hubiera sido elegido por el propio trabajador a sabiendas de que en tales fechas iba a situarse en IT por tener programada alguna intervención de sanitaria). Recordemos, al respecto, que la citada STJUE de 20 de enero de 2009 (Asunto Schultz-Hoff), hace referencia a la " *situación de baja por enfermedad debidamente prescrita* ". La solución a alcanzar en esta cuestión debe ser ajena a los problemas que pueda plantear el control de la incapacidad temporal en el terreno prestacional.

Podría añadirse que, mientras que la incapacidad temporal provoca la suspensión del contrato de trabajo y, por ello, de ambas contraprestaciones básicas -pago del salario y prestación de servicios- (art. 45.1 c) ET), el disfrute de las vacaciones mantiene viva la relación, sin suspensión y con el único efecto de la interrupción de una sola de las obligaciones -la prestación de servicios-. De ahí que, tanto si el trabajador está en plena actividad como si está de vacaciones, la concurrencia de la situación de incapacidad temporal provoca, en todo caso, la suspensión del contrato y, por tanto, el efecto sobre éste ha de ser el mismo esté o no en el disfrute de las vacaciones. De otro modo, resultaría que se computan como vacaciones unos días en que el contrato de trabajo estuvo suspendido por la situación de baja médica.

En palabras de la mencionada STJUE de 20 enero de 2009 , Schultz-Hoff, " *un permiso garantizado por el Derecho comunitario no puede menoscabar el derecho a disfrutar de otro permiso garantizado por ese mismo Derecho* ".

A criterio del Tribunal de Luxemburgo, en cumplimiento del art. 7.1 de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003 , relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, las disposiciones nacionales pueden establecer las condiciones de disfrute del derecho a vacaciones, pero no pueden enervar aquel derecho. En nuestro caso, la legislación nacional nada establece sobre el modo en que habrá de resolverse el conflicto entre IT y vacaciones. De lo que no hay duda es que, con independencia de la intervención que la normativa nacional -legal o pactada- pueda tener en este terreno, la colisión de derechos habrá de resolverse sin menoscabo para ninguno de ellos. Como ha vuelto a indicar el TJUE en la sentencia de 22 de abril de 2010, Asunto Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols (C-486/08), "...debe recordarse, en primer lugar, que según reiterada jurisprudencia, el derecho de todo trabajador a disfrutar de vacaciones anuales retribuidas debe considerarse un principio del Derecho social de la Unión 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/CE del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo (DO L 307, p. 18) (véanse las sentencias de 26 de junio de 2001 , BECTU, C-173/99, Rec. p. I-4881, apartado 43; de 18 de marzo de 2004 , Merino Gómez, C-342/01, Rec. p. I- 2605, apartado 29 , y de 16 de marzo de 2006, Robinson-Steele y otros, C-131/04 y C-257/04, Rec. p. I-2531, apartado 48, así como, respecto a la Directiva 2003/88, véanse las sentencias de 20 de enero de 2009, Schultz-Hoff y otros, C-350/06 y C-520/06, Rec. I- 179, apartado 22 , y de 10 de septiembre de 2009 , Vicente Pereda, C-277/08 , Rec. p. I-0000, apartado 18) ".

Por otra parte, el art. 6.2 del Convenio 132 OIT estipula que " *En las condiciones en que en cada país se determinen por la autoridad competente o por el organismo apropiado, los períodos de incapacidad de trabajo resultantes de enfermedad o de accidente no podrán ser contados como parte de las vacaciones pagadas anuales prescritas como mínimo en el párrafo 3 del artículo 3 del presente Convenio* ". Dicho precepto ha venido siendo objeto de distintos Comentarios por parte de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) precisamente en relación a España (en 1988 - Publicación: 75ª reunión CIT (1988)-, 1991- Publicación: 78ª reunión CIT (1991)-, 1995 -Publicación 82ª reunión CIT (1995)-, 2002 -Publicación 91ª reunión CIT (2003)-, 2004 -Publicación 93ª reunión CIT (2005)-, y 2008 -Publicación 98ª reunión CIT (2009)-). En todos ellos se ha reiterado que, aunque el art. 6.2 del Convenio deja a la discreción de la autoridad competente o del órgano apropiado el hecho de determinar las condiciones en las cuales los períodos de incapacidad resultantes de enfermedad o de accidente no pueden ser contados como parte de las

vacaciones anuales mínimas, estas condiciones deben ser enunciadas con un máximo de claridad. Y en todos ellos la Comisión ruega al Gobierno de España que indique " *las medidas tomadas o previstas para establecer con claridad las condiciones en las que los períodos de incapacidad de trabajo no son contabilizados en las vacaciones pagadas anuales mínimas en vigor en el sector privado*".

La interpretación que la norma del Convenio 132 OIT viene haciendo la CEACR no ofrece dudas sobre la exclusión de las licencias por enfermedad en el cómputo del periodo de vacaciones pagadas. Así se aprecia con claridad en sus Observaciones y Comentarios respecto de las legislaciones de otros Estados Miembros de la OIT [2009, en relación a Brasil -Publicación: 99ª reunión CIT (2010)-, y 2011, respecto de Kenya - Publicación: 101ª reunión CIT (2012)-].

Por todo lo expuesto, la solución al conflicto ha de pasar por precisar que, en estos supuestos en que la incapacidad temporal se inicia estando ya de vacaciones el trabajador, el alcance del derecho al efectivo disfrute de las vacaciones no puede ser distinto que el expresamente reconocido en los casos resueltos por la doctrina de esta Sala. En consecuencia, como informa el Ministerio Fiscal, la sentencia recurrida debe ser confirmada con desestimación del recurso.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de Casación interpuesto por la representación de la ASOCIACION NACIONAL DE GRANDES EMPRESAS DE DISTRIBUCION (ANGED), frente a la sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, dictada el 23 de noviembre de 2009 en los autos 212/2009 , seguidos a instancia de los sindicatos FEDERACIÓN DE ASOCIACIONES SINDICALES (FAGSA), FEDERACION DE TRABAJADORES INDEPENDIENTES DE COMERCIO (FETICO), FEDERACION ESTATAL DE TRABAJADORES DEL COMERCIO, HOSTELERÍA, TURISMO Y JUEGO DE UGT y FEDERACIÓN DEL COMERCIO, HOSTELERÍA Y TURISMO DE CC.OO. Con imposición de costas, y pérdida de los depósitos efectuados para recurrir.

Devuélvanse las actuaciones al Organismo Jurisdiccional de procedencia ,con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. María Lourdes Arastey Sahun hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.