



Los Derechos Individuales del Trabajador: conciliación de la vida familiar y laboral y vacaciones laborales

Pilar Charro Baena¹

INFORMACIÓN DEL ARTÍCULO	RESUMEN
<p>Historia del artículo: Recibido el 10 de mayo de 2012 Aceptado el 15 de junio de 2012</p>	<p>El Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, no es una más de las reformas que nuestra legislación del trabajo ha sufrido en los últimos años, ni es simplemente una continuación de las realizadas en 2010 y 2011, aunque sí sea tributaria de ellas en algunos aspectos. Se trata de una reforma estructural y de envergadura, que altera algunos de los cimientos en los que se asentaba nuestro modelo de relaciones laborales. Con la finalidad de facilitar la creación de empleo, corregir las debilidades del modelo laboral español y, fundamentalmente, contribuir al saneamiento a la mejora de la economía, amén de cumplir exigencias internacionales, se busca atender a las necesidades organizativas de la empresa, fortalecer los mecanismos de adaptación de las condiciones de trabajo a las circunstancias concretas que atraviese la empresa y favorecer la descentralización de la negociación colectiva para propiciar una negociación de las condiciones laborales en un nivel más cercano a la realidad de las empresas y de sus trabajadores.</p>
<p>Palabras claves: Derecho individual Derecho del trabajo Trabajo Conciliación de la vida familiar Conciliación de la vida laboral Vacaciones laborales</p>	<p>The Individual Rights of the Worker: reconciliation of family and work life and work vacations</p>

Introducción

El Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, no es una más de las reformas que nuestra legislación del trabajo ha sufrido en los últimos años, ni es simplemente una continuación de las realizadas en 2010 y 2011, aunque sí sea tributaria de ellas en algunos aspectos. Se trata de una reforma estructural y de envergadura, que altera algunos de los cimientos en los que se asentaba nuestro modelo de relaciones laborales. Con la finalidad de facilitar la creación de empleo, corregir las debilidades del modelo laboral español y, fundamentalmente, contribuir al saneamiento a la mejora de la economía, amén de cumplir exigencias internacionales, se busca atender a las necesidades organizativas de la empresa, fortalecer los mecanismos de adaptación de las condiciones de trabajo a las circunstancias concretas que atraviese la empresa y favorecer la descentralización de la negociación colectiva para propiciar una negociación de las condiciones laborales en un nivel más cercano a la realidad de las

empresas y de sus trabajadores. Las modificaciones que se van a abordar a continuación comentario (conciliación de la vida familiar y laboral y vacaciones laborales), ya se adelanta, que no comparten dichas finalidades, sino que, más bien y fundamentalmente, pretenden adaptar algunas de nuestras normas a la doctrina jurisprudencial vertida por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Declara el legislador en el preámbulo de la norma que “la extraordinaria y urgente necesidad que exige el artículo 86 de la Constitución Española para legislar mediante decreto-ley se justifica por la situación del mercado laboral” (la inmediatez con la que se pretende poner en marcha las modificaciones contempladas se corrobora por el hecho de que prevé su entrada en vigor “al día siguiente de su publicación en el Boletín Oficial del estado”, disposición final 16ª). Sin entrar en mayores detalles, baste señalar que el hecho de que en algunas materias abordadas por el Real Decreto Ley 3/2012 no concurren esas exigencias es una afirmación por muchos compartida, detractores y no tanto de la reforma. Pero en lo que no parece que existe resquicio

¹ Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la SS de la URJC y Directora del Máster Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social a través de la jurisprudencia URJC. Madrid (España). <https://orcid.org/0000-0003-3665-9694>

alguno es en considerar que las dos materias que van a ser objeto de no participan de los motivos que pudieran justificar la extraordinaria y urgente necesidad. En cualquier caso, tampoco debe concluirse como probable una eventual declaración de inconstitucionalidad, ni por el recurso a esta vía formal –decreto ley- ni porque algunos preceptos aislados no sean considerados materia para una norma de urgencia.

1. MODIFICACIONES INCORPORADAS AL PERMISO DE LACTANCIA

Como se sabe, el permiso de lactancia –cuyo reconocimiento data de 1900, con la Ley de 13 de marzo, sobre protección de la mujer y el niño en el trabajo- se encuentra regulado en el párrafo 4 del artículo 37 ET. Tras la reforma operada por el Real Decreto Ley 3/2012, queda redactado de la siguiente manera:

“4. En los supuestos de nacimiento de hijo, adopción o acogimiento de acuerdo con el artículo 45.1. d) de esta Ley, para la lactancia del menor hasta que este cumpla nueve meses, los trabajadores tendrán derecho a una hora de ausencia del trabajo, que podrán dividir en dos fracciones. La duración del permiso se incrementará proporcionalmente en los casos de parto, adopción o acogimiento múltiples.

Quien ejerza este derecho, por su voluntad, podrá sustituirlo por una reducción de su jornada en media hora con la misma finalidad o acumularlo en jornadas completas en los términos previstos en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario respetando, en su caso, lo establecido en aquella.

Este permiso constituye un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres, pero sólo podrá ser ejercido por uno de los progenitores en caso de que ambos trabajen”.

Al margen de alguna modificación común con las introducidas en materia de reducción de jornada por guarda de un menor de ocho años, mayor discapacitado o familiar que no pueda valerse por sí mismo, que se detallarán posteriormente, las principales innovaciones son las siguientes:

1º.- El nuevo precepto estatutario aclara quien es el sujeto causante: el menor de nueve meses, bien sea hijo biológico, adoptado o acogido, en los términos previstos en el artículo 45.1 d) ET, esto es, tanto preadoptivo como permanente o simple, de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las Comunidades Autónomas que lo regulen, siempre que su duración no sea inferior a un año, aunque sea provisional. Bien es cierto que antes de la reforma la mayoría de las voces defendían que se extendía, en interpretación sistemática y analógica, a menores de nueve meses adoptados y acogidos, pero es bienvenido que se haya clarificado la cuestión y se descarten la interpretación minoritaria que haciendo una interpretación rígida de la norma limitaban el derecho a los supuestos de maternidad (o paternidad) biológica.

2º.- El permiso pierde toda condición de género, siendo titulares “originarios” tanto la trabajadora como el trabajador. Ahora, es un derecho de los trabajadores, ya no de la mujer trabajadora.

Admitido por nuestros tribunales que el permiso para lactancia de un hijo comprendía tanto la lactancia natural

como la artificial, la cuestión de la titularidad –originaria, derivada- del derecho era, sin duda, la cuestión más controvertida en los últimos años. La primigenia redacción estatutaria de 1980 comenzaba declarando que “las trabajadoras, por lactancia de un hijo menor de nueve meses, tendrán derecho...”; las dudas sobre su constitucionalidad (véanse SSTC 128/1987 y 109/1993) se solventaron manteniendo la titularidad originaria de la madre en la reforma introducida por la ley 3/1989, de 3 de marzo, pero añadiendo el inciso de que “este permiso podrá ser disfrutado indistintamente por la madre o el padre en caso de que ambos trabajen”, facilitando ya entonces la corresponsabilidad en el cuidado de los recién nacidos. Pero el padre seguía ostentando una titularidad derivada porque a juicio del Tribunal Constitucional la atribución originaria a la madre “no vulnera el derecho del [padre] a la igualdad en las condiciones de trabajo en relación con la mujer, ni, por tanto, ha de considerarse como discriminatorio por razón del sexo”. La Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, mantuvo idéntica redacción en cuanto a la titularidad del derecho, como también hizo la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, por mucho que introdujera modificaciones significativas en el ejercicio del derecho y en su régimen jurídico.

Así las cosas, la Sentencia del Tribunal de Justicia de Unión Europea de 30 de septiembre de 2010, caso Roca Álvarez/Sesa Star ETT, S.A., conoce de una petición de decisión prejudicial presentada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia formulada el 13 de febrero de 2009 para la interpretación del artículo 2, apartados 1, 3 y 4 y del artículo 5 de la Directiva 76/207/CEE del Consejo de 9 de febrero de 1976. Se trataba de un trabajador, reportero gráfico, que había solicitado disfrutar del permiso de lactancia dado que su esposa, profesional por cuenta propia, no lo iba a utilizar. La empresa se lo deniega. Interpuesta una demanda contra la decisión de su empresario, el Juzgado de lo Social núm. 4 de A Coruña desestima la demanda sobre la base de que este derecho beneficia a la madre que tiene la condición de trabajadora por cuenta ajena, condición que no concurre en la madre del hijo del Sr. Roca Álvarez. Éste interpone recurso de suplicación ante el Tribunal Superior de Justicia de Galicia que entiende que la normativa nacional ha sido interpretada correctamente por el Juzgado de lo Social, si bien considera que puede resultar discriminatoria y contraria al principio de igualdad de trabajo y a la Directiva 76/207. El Tribunal Superior de Justicia de Galicia presenta la cuestión prejudicial acerca de si el artículo 37.4 ET que reconoce la titularidad del derecho a un permiso retribuido de lactancia exclusivamente a las madres que trabajan por cuenta ajena, y hasta que el niño/a cumple la edad de nueve meses, pero que no se concede, por el contrario, dicha titularidad a los padres que trabajan por cuenta ajena, vulnera el principio de igualdad de trabajo que impide toda discriminación por razón de sexo, máxime cuando el referido permiso se ha desvinculado del hecho biológico de la lactancia natural y se considera actualmente como un mero tiempo de cuidado en

favor del hijo y de una medida conciliadora de la vida familiar y laboral.

El Tribunal europeo considera que el que la madre que tenga la condición de trabajadora por cuenta ajena sea titular del derecho a disfrutar del permiso, en tanto que el padre que tenga la misma condición únicamente puede disfrutar de ese derecho, sin ser titular originario, si la madre también es trabajadora por cuenta ajena, puede contribuir a perpetuar un reparto tradicional de funciones entre el hombre y la mujer al mantener a los hombres en una función subsidiaria de las mujeres respecto al ejercicio de su función parental. La limitación contenida en el precepto estatutario no constituye una medida que tenga como efecto ni limitar o reducir las desigualdades de hecho que pudieran existir para las mujeres ni lograr una igualdad sustancial y no meramente formal y por tanto el trato desigual está proscrito.

Señala el TJUE que la norma comunitaria debe interpretarse en el sentido de que una disposición legal que prevé que las mujeres, madres de un niño y que tengan la condición de trabajadoras por cuenta ajena del permiso de lactancia, mientras que los hombres, padres de un niño y que tengan la condición de trabajadores por cuenta ajena, sólo pueden disfrutar de ese permiso cuando la madre también tenga la condición de trabajadora por cuenta ajena es contraria a la norma debatida.

La reforma laboral de 2012 no hace sino incorporar a nuestro ordenamiento jurídico la doctrina comunitaria vertida en la Sentencia de 30 de septiembre de 2010, de forma que madre y padre trabajadores por cuenta ajena sean titulares originarios del derecho, resultando indiferente a estos efectos que uno de los dos progenitores no trabaje, ahora bien, si sólo uno de los progenitores trabaja habrá de ser él necesariamente el titular del derecho, pues la titularidad viene dada por el hecho de trabajar y no ya por el sexo.

3º.- Sentado lo anterior, y aun tratándose de un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres, se establece una limitación en cuanto a su ejercicio, en el sentido de que sólo podrá ser ejercicio por uno de los progenitores en caso de que ambos trabajen. Y, a salvo de mayor precisión por el legislador, para que opere la limitación ambos progenitores deben ser trabajadores por cuenta ajena, como ha venido interpretando la doctrina judicial respecto a la expresión “que ambos trabajen”, y no ha sido contradicho por el Tribunal europeo.

De alguna manera, esta previsión ya se contenía en la regulación anterior, pues se establecía que “este permiso podrá ser disfrutado indistintamente por la madre o el padre en caso de que ambos trabajen”, pero una era titular originaria y el otro por derivación.

Que el ejercicio simultáneo por parte de los dos titulares está vedado, resulta claro. Sin embargo, la norma guarda silencio acerca de la posibilidad de disfrute sucesión, de forma que durante el período habilitante de ejercicio (hasta que el hijo cumpla nueve meses) pueden alternarse entre padre y madre. Y no debe existir obstáculo en proporcionar una respuesta positiva, siempre y cuando no suponga un abuso de derecho, como instrumento para facilitar la corresponsabilidad entre ambos progenitores.

4º.- El resto de aspectos del régimen jurídico permanece inalterado: la duración del permiso se incrementará en los casos de parto, adopción o acogimiento múltiple; el disfrute puede consistir en una reducción de jornada de media hora, una ausencia del trabajo de una hora que puede ser dividida en dos fracciones, o bien mediante la acumulación del tiempo correspondiente en jornadas completas, en los términos previstos o en el acuerdo que llegue el trabajador con el empresario, respetando, en todo caso, lo establecido en aquélla.

5º.- El legislador ha introducido la exigencia, salvo fuerza mayor, de preavisar al empresario con una antelación de quince días o la que determine el convenio colectivo aplicable, precisando la fecha en que iniciará el permiso de lactancia. Mantiene la obligación de preavisar con el mismo plazo la fecha en que finalizará, como ya venía exigiendo el ET. Se sobreentiende que en dicha comunicación –no se exigen mayores formalidades que el respeto del plazo– también habrá de comunicar la modalidad de disfrute elegido (reducción de jornada en media hora, pausa de una hora o acumulación del mismo en jornadas completas).

6º.- De agradecer es que la norma incluya la correcta concordancia con el precepto correspondiente de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social, artículo 139, en relación al procedimiento establecido para resolver las discrepancias surgidas entre empresario y trabajador sobre la concreción horaria y la determinación de los períodos de disfrute.

2. MODIFICACIONES INCORPORADAS A LA REDUCCIÓN DE JORNADA POR GUARDA LEGAL

El fundamento último de este derecho se encuentra en el artículo 39 CE que impone a los poderes públicos la protección social, económica y jurídica de la familia, y a los padres el deber de prestar asistencia de todo orden a los hijos durante su minoría de edad. Se trata del derecho que tienen los trabajadores, mujeres y hombres, a reducir la jornada de trabajo entre un octavo y un medio, con la correlativa reducción de retribución, quienes por razones de guarda legal tengan a su cuidado directo a un menor, a una persona con discapacidad o a un familiar, hasta segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo, y que no desempeñe actividad retribuida.

En apretado resumen, el reconocimiento del derecho a la reducción de jornada por guarda legal tiene su origen en la LRL de 1976, en cuyo artículo 25, párrafo 6, se contemplaba una redacción básicamente igual que la contenida en el ET de 1980 para el cuidado directo de un hijo menor de seis años. La Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, amplía el derecho a la reducción de jornada a los supuestos de cuidado de familiar. Por su parte, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad de mujeres y hombres, introduce dos modificaciones al apartado 5 del artículo 37 ET, la primera amplía la edad del menor que se tiene a su cuidado directo, pasando de seis a ocho años; la segunda ensancha los márgenes dentro de los cuales el

trabajador puede reducir la jornada, pasando el mínimo de un tercio a un octavo.

El Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero, da una nueva redacción al párrafo 5 del artículo 37:

“Quienes por razones de guarda legal tenga a su cuidado directo algún menor de ocho años o una persona con discapacidad física, psíquica o sensorial, que no desempeñe una actividad retribuida, tendrá derecho a una reducción de la jornada de trabajo diaria, con la disminución proporcional del salario entre, al menos, un octavo y un máximo de la mitad de la duración de aquella”.

1º.- La reforma introduce un adjetivo, “diaria”, a la jornada que puede reducirse. Solo una palabra, pero que tiene una repercusión importante. Se trata de una limitación del ejercicio del derecho que, sin duda, lo dificulta. A partir de ahora, la reducción de jornada tendrá que ser diaria, eliminando –al menos con carácter general- reducciones en cómputos superiores (semanal, mensual o anual). Se dice que será así en términos generales, pues la norma no aclara si se trata de una regla de orden público que no admite alteración. Puede defenderse, a pesar del silencio, serán posibles los acuerdos individuales o colectivos que flexibilicen dicho parámetro diario (por ejemplo, admitiendo que la jornada reducida se lleve a cabo de lunes a viernes, dejando libre el sábado, con el fin de mejor conciliar a la vida laboral y familiar).

En cualquier caso, la reducción de jornada comprende el derecho a cambiar el horario o turno de trabajo diario. Eso sí, siempre que conlleve reducción de la jornada laboral, pues como ha declarado el Tribunal Supremo (SSTS 18 junio 2008 y 20 mayo 2009) el precepto vincula necesariamente la elección del horario a la reducción de jornada, sobre la base de que la atribución que lleva a cabo el apartado 6 del artículo 37 ET al trabajador interesado en orden a la determinación de la duración y del período de disfrute del derecho en cuestión no constituye un derecho independiente sino vinculado al de la reducción de jornada.

2º.- Por otra parte, el Real Decreto Ley 3/2012 incorpora otra modificación en relación a la concreción horaria y la determinación del período de disfrute de la reducción de jornada. Señala el párrafo 6 del artículo 37 ET –desde la redacción dada por la Ley 39/1999, de 29 de noviembre- que dicha determinación corresponderá al trabajador, dentro de su jornada ordinaria (diaria, habría que añadir ahora). Ya tempranamente la STS de 16 junio 1995, unificó doctrina atribuyendo esta facultad al trabajador titular del derecho que tiene asignada la guarda legal, y “sólo excepcionalmente cuando ese derecho entre en colisión con el derecho de dirección y organización empresarial, habrá que acudir a las circunstancias concurrentes en cada caso, incluida la buena fe, para atribuir esa facultad a uno y a otro”. Este es sin duda el aspecto más controvertido del régimen jurídico del derecho en cuestión, en particular cuando el trabajador el trabajador interesa una reducción de su jornada que implica una modificación del horario o turno de trabajo. Como en tantas otras ocasiones las soluciones judiciales han pasado por la ponderación de los distintos intereses en juego para justificar el alcance del derecho, declarando, que en principio,

la concreción horaria es un derecho del trabajador que, sólo en supuestos excepcionales ha de decaer, como en el caso de abuso de derecho, inexistencia de buena fe o manifiesto quebranto para la empresa (SSTSJ de Madrid de 15 octubre 1990, Navarra de 21 enero 1994, Castilla-La Mancha de 4 julio 1997 y de 23 de enero de 1998 País Vasco de 18 febrero 2003).

Pues bien, en este contexto, la reforma de 2012 partiendo, como se ha dicho, del reconocimiento al trabajador del derecho a la concreción horaria y a la determinación del período de disfrute, introduce la posibilidad de que los convenios colectivos establezcan criterios para la concreción horaria de la reducción de jornada, en atención a los derechos de conciliación, en atención a los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral del trabajador y las necesidades productivas y organizativas de las empresas. A la espera de comprobar cómo tomarán el testigo los interlocutores sociales, ya se adelanta que serán válidas las cláusulas convencionales que eventualmente permitan, por ejemplo, posponer el ejercicio de este derecho atendido a razones productivas o que limiten el ejercicio simultáneo de un cierto número de trabajadores por razones organizativas. En contra de la opinión mayoritaria, se considera que la posibilidad que ahora se comenta se refiere en exclusiva a la concreción horaria y determinación del período de disfrute de la reducción de jornada, no haciéndose extensiva al permiso de lactancia, como ocurre en el resto prescripciones contenidas en el precepto (derecho del trabajador a determinar dichos aspectos, necesidad de preaviso, o resolución de discrepancias entre empresario y trabajador).

3º.- Lo mismo que se ha señalado respecto al permiso de lactancia, la exigencia de preavisar al empresario con una antelación de quince días, o la que determine el convenio colectivo aplicable, precisando la fecha en que iniciará la reducción de jornada, también es una novedad incorporada por el Real Decreto Ley 3/2012, manteniendo la obligación de preavisar con el mismo plazo la fecha en que finalizará, como ya venía exigiendo el ET. Ello no impide que el trabajador pueda prorrogar la duración inicialmente señalada, siempre que se encuentre en el supuesto o plazo habilitante.

4º.- En fin, al igual que para el permiso de lactancia, el legislador ha aprovechado la ocasión para la correcta concordancia con el precepto correspondiente de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social, artículo 139, en relación al procedimiento establecido para resolver las discrepancias surgidas entre empresario y trabajador sobre la concreción horaria y la determinación de los períodos de disfrute.

3. MODIFICACIONES INCORPORADAS EN RELACIÓN AL DERECHO A VACACIONES

Respecto al derecho a vacaciones anuales retribuidas son dos las cuestiones que el Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero introduce al artículo 38 ET. Ambas modificaciones afectan al período de disfrute efectivo del derecho.

Para entender el alcance de dichas modificaciones es imprescindible hacer una breve introducción general.

Vaya por delante que el derecho a vacaciones se encuentra vinculado a la salud laboral, con reconocimiento

constitucional (constituye un principio rector de la política social y económica, ex artículo 40.2) y de protección en el ámbito comunitario, donde se erige como un principio de Derecho social comunitario “de especial importancia”, que garantiza la protección de la seguridad y salud de los trabajadores, de forma que, si bien los Estados miembros poseen un cierto margen de maniobra para establecer en sus normativas internas los criterios prácticos de su aplicación, no pueden establecer excepciones o limitaciones que, de hecho, impidan el ejercicio del derecho a vacaciones.

La concisión que tradicionalmente ha caracterizado a nuestra legislación interna sobre el derecho a vacaciones ha provocado la aparición de numerosas controversias relativas a la ordenación y gestión del tiempo de trabajo; en particular, las generadas por el silencio que la norma interna guarda sobre la incidencia de la suspensión del contrato de trabajo por incapacidad temporal y por maternidad –también paternidad- en el derecho a vacaciones. El mutismo legal ha requerido la aplicación de los dictados de la normativa internacional, en especial el Convenio núm. 132 OIT, sobre vacaciones pagadas, de 24 junio 1970, al que han acudido, como criterio hermenéutico imprescindible, los Tribunales para colmar los vacíos de la normativa legal interna.

El término anual que acompaña a las vacaciones laborales tiene un doble significado: que se trata de un derecho de devengo anual y de un derecho que ha disfrutarse anualmente, de ahí que se venga predicando la caducidad anual de su ejercicio.

En relación al primer significado, esto es, a su devengo anual, de todos es conocido -razones de tiempo impiden detenerse en su fundamentación jurídica y sus problemas aplicativos- que en el cómputo de servicios prestados a los efectos del devengo del derecho de vacaciones, los períodos de suspensión del contrato por incapacidad temporal o maternidad se reputará como de servicios efectivos, por lo que no implicará reducción del período vacacional que por contrato, convenio o ley corresponda (artículo 6.2 del Convenio núm. 132 de la OIT). La doctrina judicial y científica no vacilan a la hora de declarar que la estricta proporcionalidad que el ordenamiento español predica del ejercicio del derecho a vacaciones respecto de los servicios prestados, encuentra una excepción, porque así lo quiere el artículo 5.4 del Convenio núm. 132 de la OIT, en unas particulares ausencias al trabajo independientes de la voluntad del trabajador, como son el accidente, la enfermedad o la maternidad en sentido amplio (supuestos de suspensión del contrato de trabajo derivados del riesgo durante el embarazo de la mujer trabajadora, riesgo durante la lactancia, así como los de adopción, acogimiento preadoptivo y permanente de menores de ocho años, o mayores discapacitados o familiares que no puedan valerse por sí mismos). El principal argumento manejado para proclamar la inocuidad de esos períodos gira en torno a la finalidad reparadora que las vacaciones persiguen y que responden a las exigencias de mejora de la protección de la seguridad y salud laboral

Referente al segundo significado, el disfrute anual del derecho, la parquedad estatutaria también es evidente. Del

análisis de artículo 38 ET se extraen las siguientes consideraciones: que la determinación del período o períodos de disfrute de las vacaciones se determinará de común acuerdo entre empresario y trabajador, de conformidad con lo que establezcan, en su caso, los convenios colectivos sobre la planificación anual de las vacaciones, y que el trabajador debe conocer las fechas en que disfrutará sus vacaciones con una antelación mínima de dos meses. Nada señala respecto a la coincidencia de las vacaciones con la incapacidad temporal y maternidad o paternidad. El Convenio núm. 132 de la OIT contiene algunos preceptos que afectan a la cuestión debatida, aunque no la solucionan. Así, se establece que la época de vacaciones se determinará por el empleador, previa consulta con el trabajador o con sus representantes (artículo 109, que en las condiciones que en cada país se establezca, los períodos de incapacidad de trabajo resultantes de enfermedad o accidente no podrán ser contados como parte de las vacaciones anuales (artículo 6.4) y que una parte de las vacaciones podrá disfrutarse a más tardar dentro de los dieciocho meses contados a partir del final del año en que se originó el derecho a vacaciones (artículo 9.1).

Si a ello se une que una regla fundamental en la configuración jurídica del derecho vacacional es que una vez concertado el período de vacaciones y atribuida al trabajador una fecha para su disfrute, no es posible ni su modificación ni su interrupción, durante años, la doctrina judicial mayoritaria venía negando en términos generales la posibilidad de interrumpir las vacaciones cuando en éstas concurre cualquier situación de incapacidad temporal o maternidad o de fijar nuevas fechas de disfrute cuando llegado el momento de iniciar las vacaciones el trabajador se encontraba de baja por incapacidad temporal o maternidad. Nuestros Tribunales se basaban fundamentalmente en tres motivos: la doctrina del caso fortuito (la enfermedad, accidente o maternidad sobrevenida no son más que manifestaciones del caso fortuito, de forma todo el que sufra perjuicio por tal causa, normalmente había de soportar él sólo las consecuencias dañosas que este evento haya producido); exorbitante obligación empresarial (al reconocer el derecho a vacaciones se establece una obligación de medios y no de resultado a cargo del empleador, no pudiendo éste responder del buen fin de las vacaciones); el respecto al pacto colectivo en que se han establecido las fechas de vacaciones. Y tal conclusión se alcanzaba para el supuesto de coincidencia de vacaciones con enfermedad o maternidad, otorgando idéntica respuesta a ambas situaciones (no en vano, no es hasta la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y de orden social cuando se lleva a cabo la separación entre ambas contingencias).

A finales de la década de los 90, los Tribunales comenzaron a matizar la respuesta a esta cuestión, diferenciando los supuestos en los que el disfrute de las vacaciones era colectivo de cuando existían turnos de vacaciones; el hecho de que la incapacidad temporal o la suspensión del contrato por maternidad hubiese o no acaecido con anterioridad al inicio de las vacaciones; distinguiendo, en fin, el tratamiento otorgado a la maternidad y a la incapacidad temporal. En suma, trataban de buscar soluciones particularizadas

atendiendo a las circunstancias concurrentes y, en todo caso, más flexibles en orden a compatibilizarlas.

La STJUE de 18 marzo 2004, asunto C-342/2001, Merino Gómez/Continental Industrias del Caucho, vino a alterar sustancialmente el panorama descrito, otorgando a la maternidad y su coincidencia con el período vacacional un régimen peculiar. La respuesta ofrecida por el Tribunal es contundente: 1) El derecho a vacaciones es un principio de Derecho social comunitario de especial importancia, respecto del que no pueden establecerse excepciones; 2) La finalidad de las vacaciones es distinta a la perseguida con el reconocimiento del descanso maternal; 3) El solapamiento de ambas situaciones –período vacacional y permiso por maternidad- desconoce la garantía del mantenimiento de los derechos inherentes al contrato de trabajo para las trabajadoras que se encuentran en las situaciones de embarazo, parto, puerperio y lactancia.

Esta doctrina, como no podía ser de otro modo, es asumida por nuestros Tribunales, así STS de 10 de noviembre de 2005, y aparece reflejada en la modificación operada por la LO 3/2007, sobre igualdad efectiva entre mujeres y hombres, que da una nueva redacción al inciso segundo del artículo 38.3 ET, de forma que:

“cuando el período de vacaciones fijado en el calendario de vacaciones de la empresa [...] coincida con una incapacidad temporal derivada del embarazo, parto o la lactancia natural o con el período de suspensión del contrato de trabajo previsto en el artículo 48.4 de esta Ley, tendrá derecho a disfrutar las vacaciones en fecha distinta a la de la incapacidad temporal o 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”.

Ha de advertirse que respecto a este último inciso que permite su disfrute en el año posterior a su devengo, y que de hecho supone una importantísima excepción de la caducidad anual del derecho, había sido autorizado por el Tribunal europeo en la STJUE de 6 abril 2006, asunto FNV-Staat der Nederlanden, en el entendimiento de que aunque el efecto positivo que las vacaciones tienen para la seguridad y salud del trabajador se despliega plenamente cuando se disfrutan en el año en curso, dicho efecto positivo no se pierde si el descanso efectivo se lleva a cabo en un período posterior.

Como se comprobará, para el legislador nacional de 2007 la incompatibilidad de las vacaciones con períodos de suspensión del contrato de trabajo se aplica no sólo con el período de suspensión por maternidad sino también de suspensión por incapacidad temporal derivada de embarazo, parto o lactancia natural. Sin embargo, no contemplaba la coincidencia del disfrute del permiso de paternidad y las vacaciones, que es lo que precisamente incorpora la Disposición final primera del Real Decreto-Ley 3/2012. La anterior omisión se justificaba considerando que se trataba de una norma de tutela antidiscriminatoria, y, en consecuencia, aludía a aquellas situaciones que afectasen en exclusiva a la mujer, así como en una razón práctica evidente, que no es otra que la libertad que el padre goza para

determinar el momento de disfrute de este permiso (durante el período comprendido desde la finalización del permiso por nacimiento de hijo hasta que finalice la suspensión del contrato de trabajo por maternidad, a su elección), lo evita la simultaneidad de su disfrute con el período vacacional, consideraciones que hoy todavía se podían considerar vigentes y coherentes, lo que no ha impedido modificar la norma e incluir también de este régimen peculiar el disfrute del permiso de paternidad.

Quedaba pendiente resolver el problema cuando se tratase de coincidencia entre vacaciones y baja por incapacidad temporal motivada por causas no vinculadas a la maternidad y/o paternidad. Y ello es lo que acomete el nuevo inciso del artículo 38.3 ET, tras la aprobación del Real Decreto-Ley 3/2012. De nuevo se trata de precepto inspirado en la doctrina del TJUE de nuestra legislación a la doctrina jurisprudencial europea. Así, la STJUE de 20 de enero de 2009, caso Schultz-Hoff. En este caso, la conclusión del Tribunal de Luxemburgo es del todo relativista: el Derecho Comunitario no se opone a disposiciones o prácticas nacionales según las cuales un trabajador en situación de baja por enfermedad no tiene derecho a disfrutar las vacaciones anuales retribuidas durante un período que coincida con su baja por enfermedad. Dicho abiertamente: el tema queda en manos de los ordenamientos nacionales. Sin embargo, advierte que las vacaciones y la baja laboral por incapacidad temporal tienen distintas finalidades y que en caso de coincidencia deben buscarse alternativas a su disfrute efectivo en período distinto.

Más adelante, en la STJUE, de 10 de septiembre de 2009, caso Vicente Pereda, afirmó el Tribunal que el Derecho Comunitario se opone a disposiciones nacionales o convenios colectivos que establezcan que un trabajador que se encuentre en situación de incapacidad temporal durante el período de vacaciones anuales fijado en el calendario de la empresa que está contratado no tiene derecho, una vez dado de alta médica, a disfrutar sus vacaciones anuales en un período distinto del fijado inicialmente, en su caso fuera del período de referencia de que se trate.

El nuevo inciso del artículo 38.3 ET prescribe que:

“En el supuesto de que el período de vacaciones coincida con una incapacidad temporal por contingencias distintas a las señaladas en el párrafo anterior 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 de año en que se hayan originado”.

En suma, si el trabajador está de baja durante el período vacacional, en todo o en parte, tiene derecho a disfrutar de vacaciones en un momento posterior, dando carta de naturaleza al posible disfrute de las vacaciones fuera del año natural en todos los casos en que aquella termine con alta sin declaración de incapacidad permanente. El plazo de dieciocho meses parece coherente con la duración de la incapacidad temporal y su posible prórroga en nuestro ordenamiento jurídico (365 días prorrogables por otros 180 días cuando se presuma que, durante ellos, el trabajador

pueda ser dado de alta médica por curación), como se han apresurado a declarar voces relevantes en nuestra doctrina. Pero quizá se deba a una copia de lo prescrito en el artículo 9 del Convenio núm. 132 de la OIT, en el sentido de que “una parte de las vacaciones podrá disfrutarse a más tardar dentro de los dieciocho meses contados a partir del final del año en que se originó el derecho a vacaciones” A una ¿mala? copia. El Convenio núm. 132 parte de que las vacaciones se disfrutarán finalizado el año en que se devengaron. Así su artículo 9.1 dispone que “La parte ininterrumpida de las vacaciones pagadas anuales mencionada en el párrafo 2 del artículo 8 deberá concederse y disfrutarse a más tardar en el plazo de un año, a partir del final del año en que se haya originado el derecho a esas vacaciones, y el resto de las vacaciones anuales pagadas, a más tardar dentro de los dieciocho meses, contados a partir de dicha fecha”. Pero en nuestro ordenamiento jurídico se sigue la teoría de la intraanulidad de las vacaciones, esto es, que se devengan y disfruten en la anualidad de referencia, recuérdese que antes se aludía al doble significado del término anual. Si a ello se une que el tiempo en que el trabajador se encuentra en incapacidad temporal se asimila a trabajo efectivo a los efectos de devengo vacacional, con la nueva regulación podrá darse el caso de que un trabajador se halle en dicha situación durante dieciocho meses y, una vez dado de alta, solicite el disfrute de dos anualidades vacacionales (la que no pudo disfrutar por encontrarse en incapacidad temporal y la que generó durante dicha situación).

En fin, tanto en los supuestos de coincidencia de suspensiones del contrato de trabajo por motivos referidos a la conciliación de la vida familiar y laboral como con la derivada de incapacidad temporal, cualquiera que sea su causa, si atendemos a la doctrina jurisprudencial europea se estarían refiriendo al hecho de que la suspensión del contrato de trabajo se iniciase antes de las fechas asignadas para el disfrute vacacional, pero no, en puridad, a cuando la vacación ya ha comenzado y sobreviene la causa suspensiva. No obstante lo anterior, la expresión utilizada por el legislador nacional que el período de vacaciones coincida... bien podría dar lugar a una interpretación más amplia y flexible que abarcara también este supuesto. Lo cierto es que el Tribunal Supremo se ha pronunciado al respecto, claro está, con anterioridad a la reforma laboral, en sentido contrario al sugerido, pues en la Sentencia de 24 de junio de 2009, afirmaba 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”. También se manifestaba en este sentido la mencionada STJUE de 10 de septiembre de 2009, caso Vicente Pereda, al apuntar que en dichas circunstancias, esto es, iniciado el disfrute vacacional, el “trabajador ya tuvo posibilidad de ejercer su derecho”. Es aventurado predecir, y lo más prudente sea esperar a un nuevo pronunciamiento de nuestro alto tribunal.