



2 2009

ΑΛΕΤΗΙΩ
CUADERNOS CRÍTICOS DEL DERECHO



ISSN 1887-0929



αΛΕΘΕΙΑ
CUADERNOS CRÍTICOS DEL DERECHO

Número 2- 2009

SUMARIO

DOCTRINA

Págs.

1-81 [La imposición indirecta y el tráfico inmobiliario: problemática derivada de la superposición de los impuestos sobre el valor añadido y transmisiones patrimoniales onerosas. Especial referencia a la transmisión y urbanización de terrenos \(segunda parte\).](#)

Gerardo Moreu Serrano

82-101 [O modelo português de justiça constitucional. Exposição, avaliação crítica e possíveis contributos para um modelo europeu de justiça constitucional.](#)

Mariana Canotilho

102-129 [El Derecho Comunitario de aguas y su reciente influencia sobre el Derecho Español](#)

Patricia Domínguez Alonso

JURISPRUDENCIA

José Luis Martín Moreno

Págs.

- 130-141 [Vulneración del derecho a la tutela judicial \(acceso a la justicia\): prescripción de una acción administrativa de responsabilidad extracontractual apreciada sin aceptar su interrupción por una previa demanda presentada ante el orden jurisdiccional civil, cuya incompetencia no era manifiesta \(STC 194/2009, de 28 de septiembre\)](#)
- 142-156 [Permiso parental: cuantía de la indemnización en caso de despido durante dicho permiso \(STJCE de 22 de octubre de 2009\)](#)
- 157-163 Vacaciones anuales: derecho a disfrutarlas en el período posterior al previsto cuando el trabajador sufre una situación de incapacidad laboral antes de su inicio. Rectificación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo (STS de 24 de junio de 2009).

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL DE JUSTICIA



JURISPRUDENCIA

3. Tribunal Supremo

Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de junio de 2009

Vacaciones anuales: derecho a disfrutarlas en el período posterior al previsto cuando el trabajador sufre una situación de incapacidad laboral antes de su inicio. Rectificación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

RESUMEN:

Vacaciones anuales retribuidas: estimación del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por rectificación de la doctrina sentada por la Sala General [SSTS de 3 de octubre de 2007 –rec. 5068/05- y 20 de enero de 2007 –rec. 75/06], como consecuencia de la aplicación de la STJCE 20 de enero de 2009 [asunto shultz-hoff]. Primacía del Derecho Comunitario. Diferencia de tratamiento en dicha situación con el que merece la incapacidad temporal que surge durante el disfrute de la vacación, en tanto que riesgo que, en tal situación, ha de asumir el propio trabajador



Sobre la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de junio de 2009

EL conflicto entre las partes que da lugar a las diversas sentencias cuestionadas y motiva el recurso de casación para la unificación se resume así: de acuerdo con el calendario de vacaciones de la empresa, el demandante solicitó, con fecha 3 de noviembre de 2007, el disfrute de las “vacaciones de invierno” del 18 de diciembre al 24 de diciembre y del 10 de abril al 16 de abril; días que le fueron asignados, de conformidad con dicho calendario. El día 19 de marzo de 2007, el actor causó baja por enfermedad, continuando en incapacidad temporal hasta el 11 de mayo de 2007, en que causó alta. En fecha 8 de junio de 2007, el demandante entregó a la empresa un escrito de 7 de junio de 2007, reclamando el disfrute de los restantes siete días de vacaciones que habían coincidido con su baja por enfermedad, siendo desestimada tal petición por comunicación de 8 de junio de 2007. La demanda formulada por el actor ante el Juzgado de lo Social Núm. 19 de Madrid fue desestimada, como también lo fue el recurso frente a la misma en suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. El actor formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo el 21 de marzo de 2006, y denunciando la infracción de los arts. 40.2 CE, del Convenio 132 de la OIT, y los arts. 38.1 ET y 34 del Convenio Colectivo.

En el segundo fundamento jurídico, señala el Tribunal Supremo que la repercusión que la reciente doctrina comunitaria [STJCE de 20 de enero de 2009 -Asunto Shultz-Hoff-] ha de tener - por vía de aplicación directa o interpretativa- en la jurisprudencia sentada por la STS de 3 de octubre de 2007 [rec. 5068/05], dictada en Sala General y relativa a la incidencia de la IT sobre el periodo de vacaciones previamente fijado. Reconoce la sentencia que la referida STJCE afecta al

cuerpo de doctrina del TS y consiguientemente a todo el colectivo de trabajadores en los que se solapan la ILT y el período anual de vacaciones fijado; afectación cuya generalidad -en razón a la naturaleza de la cuestión y a sus circunstancias- no puede por menos que calificarse de «notoria»; siendo buena prueba de ello no sólo la abundancia continua de pleitos sobre tal extremo, como lo evidencian los repertorios jurisprudenciales, sino el cumplido eco que esa posible repercusión ha tenido y tiene tanto en la doctrina especializada como en los diversos medios de comunicación.

En efecto, en la sentencia también citada de 3 de octubre de 2007, la misma Sala declaró que del art. 38 ET se desprende (implícitamente) que: «La obligación legal del empresario de respetar el derecho a vacaciones del trabajador es una obligación de medio y no de resultado que se ciñe, salvo ampliación convencional o contractual de su contenido, a la libranza de las fechas fijadas en un acuerdo individual de vacaciones o en un acuerdo colectivo de planificación y fijación del calendario de vacaciones. » En este sentido se decía en aquella sentencia que «como sucede en todo ajuste o compromiso, puede haber sacrificios y cesiones de preferencias por una u otra parte. Entre los sacrificios posibles para el empresario figura la imposibilidad de contar con el trabajador durante los días señalados de vacaciones; entre los sacrificios posibles para el trabajador figura la asunción del riesgo de incapacidad temporal una vez que el período de vacaciones ha sido fijado regularmente».

Tales conclusiones se reiteran en la sentencia de 20 de diciembre de 2007, sin embargo se han estimado incompatibles con la que se alcanzan en la STJCE de 20 de enero de 2009, al interpretar el artículo 7.1 de 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. Dicho precepto dispone que “Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que 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”.

Hasta tal extremo es así que el TS reconoce que dicha interpretación del TJCE no solamente se no puede imponer de forma directa, sino que justifica una reconsideración del tema en el ámbito de nuestro Derecho interno.

En efecto, una vez más se evidencia la influencia que la jurisprudencia comunitaria tiene sobre el Derecho nacional, porque como reconoce el Tribunal Supremo. En concreto, los apartados que a continuación se reproducen de la STJCE de 20 de enero de 2009, citados por la STS comentada, no dejan lugar a dudas en cuanto a los supuestos de solapamiento del período de vacaciones prefijado con una situación de incapacidad temporal por enfermedad:

— «... el derecho de todo trabajador a disfrutar de 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/CE del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo» [apartado 22. con cita de las SSTJCE 26/06/01. BECTU, apartado 43; 18/03/04, Merino Gómez, apartado 29; y 16/03/06, Robinson Steele y otros, apartado 48].

— «...la finalidad del derecho a vacaciones anuales retribuidas no es otra que permitir que los trabajadores descansen y dispongan de un período de ocio y esparcimiento. Tal finalidad difiere por esta razón de la finalidad del derecho a licencia por enfermedad., Este último derecho se reconoce a los trabajadores con el fin de que puedan recuperarse de una enfermedad» [apartado 25].

— «...un permiso garantizado por el Derecho Comunitario no puede menoscabar el derecho a disfrutar de otro permiso garantizado por ese mismo Derecho [apdo. 26, con cita de las SSTJCE Merino Gómez, apartados 32 y 33; 14/04/05, Comisión/Luxemburgo, apdo. 33; y 20/09/07, Kiiski, apdo. 56].

— «...corresponde a los Estados miembros establecer, en su normativa interna, los requisitos para el ejercicio y la aplicación del mencionado derecho, precisando las circunstancias concretas en las que los trabajadores pueden hacer uso del mismo, sin poder supeditar, no obstante, a ningún tipo de requisito la propia constitución de derecho, que se deriva directamente de la citada Directiva 93/104» [apdo. 28, con cita de la sentencia BECTU, apdo. 53].

— **El artículo 7.1 de la Directiva 2003/88 no se opone, en principio, a una normativa nacional que establezca modalidades de ejercicio del derecho de a vacaciones anuales retribuidas que atribuye expresamente esta Directiva, aun cuando tal normativa llegue hasta**

el extremo de incluir la pérdida de dicho derecho al término del período de devengo de las vacaciones anuales o del período de prórroga, siempre y cuando el trabajador, cuyo derecho a vacaciones anuales retribuidas se haya perdido, haya tenido efectivamente la posibilidad de ejercitar el derecho que le atribuye la Directiva» [apdo. 43].

— «Admitir que... las disposiciones nacionales ... puedan prever la extinción del derecho a vacaciones anuales retribuidas» sin que el trabajador «haya tenido efectivamente la posibilidad de ejercitar el derecho que le reconoce la citada Directiva, supondría la vulneración por tales disposiciones del Derecho social que el artículo 7 de la citada Directiva atribuye a todo trabajador» [apdo. 45].

— **La solución se aplica incluso al supuesto de «disposiciones nacionales que establezcan la extinción del mencionado derecho en el supuesto de un trabajador que durante todo el periodo de devengo de las vacaciones anuales y/o a lo largo del período de prórroga se haya encontrado en situación de baja por enfermedad» [apartado 48].**

— Como conclusión, tal y como subraya la STS comentada, el TSJCE afirma con toda rotundidad que **«el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2003/88 debe interpretarse en el sentido de que se opone a disposiciones o prácticas nacionales que prevean que el derecho a vacaciones anuales retribuidas se extingue al finalizar el período de devengo de las vacaciones anuales y/o el período de prórroga fijado por el propio Derecho nacional, incluso cuando el trabajador se haya encontrado en situación de baja por enfermedad durante todo el periodo de devengo y su incapacidad laboral haya perdurado hasta la finalización de su relación laboral, razón por la cual no haya podido ejercitar su derecho a vacaciones anuales retribuidas [apdo. 49; y declaración 2) de la parte dispositiva].**

Siendo así el TS considera obligada la rectificación de su anterior doctrina; partiendo de la prevalencia de la jurisprudencia comunitaria sobre la doctrina de los Tribunales de los países miembros en la interpretación o aplicación de los preceptos y disposiciones del Derecho Comunitario, recordando el significado de aquella para la interpretación uniforme, en todos los Estados miembros, de las disposiciones de Derecho comunitario (STJCE 08/11/90, Asunto Gmurzynska-Bscher, apdo. 21); y asumiendo que los párrafos de la STJCE de 20 de enero de 2009,

aunque no referidos a casos idénticos, ofrecen suficiente claridad como para hacer innecesario dirigir consulta interpretativa a dicho Tribunal.

Por ello, dice el TS, resulta obligada una interpretación *pro communitate* de nuestras normas internas en la forma antes expresada, haciendo notar también que a la fecha presente ya estamos vinculados por el sentido dado por el TJCE al art 7.1 de la Directiva 2003/88/ CE; conclusión, por otra parte, que tiene también apoyo, en algunas afirmaciones de la doctrina constitucional [siquiera expresadas en supuesto diverso] y muy particularmente en pronunciamientos de la propia Sala, cual sucede con la sentencia invocada de contraste.

Con estas premisas, el Tribunal Supremo subraya que ha de tenerse en cuenta que -a excepción de supuestos ajenos al debate planteado, el 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” (FJ Sexto)

En el séptimo fundamento de la sentencia se declara que la conclusión que se impone, con absoluta independencia del obligado acatamiento de la STJCE de 20 de enero de 2009 y utilizando el Derecho Comunitario únicamente como mero canon de interpretación” es precisamente la que ya anteriormente mantuvo la Sala en la sentencia de contraste, extendiendo a la baja por enfermedad común la doctrina sentada para supuesto de maternidad por la STJCE de 18 de marzo de 2004 [Asunto Merino Gómez J, y afirmando al efecto que: «... la situación de incapacidad temporal, que surge con anterioridad al período vacacional establecido, y que impide disfrutar de este último en la fecha señalada, “tampoco 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. Y 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 periodo 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 baja por incapacidad temporal, sea esta por enfermedad común o por maternidad, con el correspondiente al disfrute de la vacación anual+ (SSTS de 10 de noviembre de 2005 –rec. 4291/04-; y 21 de marzo de 2006 –rec. 681/05-).

Dado el extenso análisis de la sentencia comentada y considerando que se han extractado las consideraciones más importantes que justifican la rectificación de la doctrina del Tribunal Supremo en este punto, no resulta necesario reproducir su entera fundamentación jurídica. Sí hay que señalar que en el voto particular que realiza a dicha sentencia el Magistrado don Antonio Martín Valverde no se considera evidente que la doctrina de la sentencia “Schultz” resulte de aplicación al caso, quien considera que las dudas de Derecho Comunitario sobre la incidencia de una incapacidad temporal sobrevenida en el periodo de vacaciones ya elegido por el trabajador son consistentes y distan mucho de haber sido despejadas por la citada sentencia del TJCE. Por ello entiende que dicho Magistrado que no debería ser abandonada la jurisprudencia mantenida por la Sala y que se debería haber acudido al instrumento previsto en el artículo 234 del TCE. Una de las razones que esgrime es que no es nada irrazonable e inconsistente la duda, que hubiera debido a nuestro juicio plantearse al TJCE, sobre la valoración del acuerdo individual o colectivo de fijación del período de vacaciones de la ley española como un acto de "disposición" de tal derecho en el sentido del artículo 7.1 de la Directiva de aplicación.

En mi opinión, la sentencia es correcta y aún pueden plantearse en nuestro Derecho dudas por la doctrina jurisprudencial del “riesgo” de la elección, fijación o programación de las vacaciones, que comprometen la efectividad de este derecho, en contra de su reconocimiento en textos internacionales, constitucionales y legales, que apuntan a la necesidad de garantizar su efectividad cuando no existe verdadero poder de disposición del empleado.
