

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Social
SALA GENERAL
SENTENCIA

Presidente Excmo. Sr. D.: Aurelio Desdentado Bonete

Fecha Sentencia: 03/10/2007

Recurso Num.: UNIFICACIÓN DOCTRINA 5068/2005

Fallo/Acuerdo: Sentencia Desestimatoria

Votación: 26/09/2007

Procedencia: T.S.J.MADRID SOCIAL

Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Martín Valverde

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. María Dolores Mosqueira Riera

Reproducido por: BAA

SALA GENERAL. DERECHO A VACACIONES.

Recurso Num.: /5068/2005

Ponente Excmo. Sr. D.: Antonio Martín Valverde

Votación: 26/09/2007

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. María Dolores Mosqueira Riera

SENTENCIA NUM.:
TRIBUNAL SUPREMO. SALA DE LO SOCIAL
SALA GENERAL

Excmos. Sres.:

D. Aurelio Desdentado Bonete
D. Antonio Martín Valverde
D. Gonzalo Moliner Tamborero
D. Jesús Gullón Rodríguez
D^a. María Milagros Calvo Ibarlucea
D. Luis Fernando de Castro Fernández
D. Jesús Souto Prieto
D. José Luis Gilolmo López
D. Jordi Agustí Juliá
D. José Manuel López García de la Serrana
D^a. María Luisa Segoviano Astaburuaga
D^a. Rosa María Virolés Piñol

En la Villa de Madrid, a tres de Octubre de dos mil siete. Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el letrado D. Ángel Moisés Sánchez Grande, en nombre y representación de DOÑA E.S.H. y DON A.J.M., frente a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 29 de septiembre de 2005, dictada en el recurso de suplicación número

3220/05, interpuesto por el Corte Inglés, S.A., contra la sentencia del Juzgado de lo Social número 6 de los de Madrid, de fecha 18 de marzo de 2005, dictada en virtud de demanda formulada por D^a E.S.H. y D. A.J.M., frente al Corte Inglés, S.A., en reclamación de derechos.

Ha comparecido ante esta Sala en concepto de recurrido el Corte Inglés, S.A., representado por el Procurador D. Carlos Andreu Socias.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. **ANTONIO MARTÍN VALVERDE**,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 18 de marzo de 2005, el Juzgado de lo Social número 6 de Madrid, dictó sentencia, en la que como hechos probados se declaran los siguientes: "PRIMERO.- Los demandantes, D^a E.S.H., mayor de edad, con DNI n^o NUM000 y D. A.J.M., mayor de edad, con DNI n^o NUM001, vienen prestando servicios para la empresa "El Corte Inglés, SA" desde el 13/12/73 y el 22/06/76 respectivamente, con categoría de GRUPO PROFESIONALES en ambos casos y salario de 1.809,60 euros y 1.926,59 euros mensuales con prorrata de pagas respectivamente.- **SEGUNDO.-** Los actores prestan sus servicios en el centro de trabajo de Preciados-Callao siendo su relación laboral indefinida y a tiempo completo.- **TERCERO.-** La empresa se rige por el Convenio Colectivo de Grandes Almacenes en cuyos arts 36 y 37 se regula el disfrute de las vacaciones anuales.- Se tienen aquí por reproducidos dichos artículos del Convenio, figurando éste incorporado a los ramos de prueba de ambas partes.- **CUARTO.-** D^a E.S.H. permaneció en situación de IT desde el 17/05/04 hasta el 04/11/04.- D. A.J.M. permaneció en situación de IT desde el 17/06/03 hasta el 08/07/04.- **QUINTO.-** En el centro de trabajo de los actores se firmó un Acuerdo de Vacaciones para el año 2004, que figura incorporado a los ramos de prueba de ambas partes y se tiene aquí por reproducido, en el que se establecieron dos turnos para el disfrute de los 31 días de vacaciones anuales, uno de 21 días seguidos y otro de 10 días seguidos.- **SEXTO.-** Los actores tenían fijados sus turnos de vacaciones de 2004 en las siguientes fechas coincidentes con su situación de IT: D^a E.S.H.: Del 04/07/04 al 24/07/04.- y del 13/10/04 al 22/10/04.- D. A.J.M.: Del 29/03/04 al 07/04/04.- **SEPTIMO.-** Al incorporarse de sus bajas médicas los actores solicitaron acceder a cualquiera de los turnos de vacaciones que quedaban por disfrutar, habiéndoseles denegado, aduciendo la empresa que habían perdido sus turnos.- **OCTAVO.-** La papeleta de conciliación se presentó en el SMAC el 28/11/04, habiéndose tenido por intentado dicho acto sin avenencia el 17/01/05".

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: "Que estimando la demanda interpuesta por D^a E.S.H. Y A.J.M. contra EL CORTE INGLÉS, S.A. debo declarar y declaro el derecho de dichos actores a disfrutar de turnos de vacaciones anuales no disfrutados en 2004, concretamente D^a E.S.H. un turno de 10 días y otro de 21 días y D. A.J.M. en turnos de 10 días, condenando a la

demandada a estar y pasar por dicha declaración y por todas las consecuencias de la misma".

SEGUNDO.- Anunciado e interpuesto recurso de suplicación contra dicha sentencia, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dictó sentencia de fecha 29 de septiembre de 2005, en la que como parte dispositiva consta la siguiente: "Que estimamos el recurso de suplicación interpuesto por EL CORTE INGLÉS S.A., contra la sentencia de 18 de marzo de 2005 dictada por el Juzgado de lo Social número 6 de Madrid, autos 49/2005, seguidos a instancia de D^a E.S.H. y D. A.J.M. y en su consecuencia, debemos revocar y revocamos la resolución recurrida y consecuentemente desestimamos la demanda absolviendo al demandado de las pretensiones contenidas en el suplico de la demanda".

TERCERO.- Contra la sentencia dictada en suplicación, se formalizó, por la representación procesal de D^a E.S.H. y D. A.J.M., el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal Supremo, el día 21 de diciembre de 2005, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de fecha 23 de noviembre de 2004 (Rec. nº 1824/2004).

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de 12 de septiembre de 2006, se admitió a trámite el presente recurso, dándose traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de diez días.

QUINTO.- Evacuado el trámite de impugnación por la representación de EL CORTE INGLÉS, S.A., se dio traslado al Ministerio Fiscal para informe, dictaminado en el sentido de considerar el recurso improcedente, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 23 de mayo de 2007.

SEXTO.- Por Providencia de 23 de mayo de 2007 y dada la trascendencia y complejidad del presente recurso, se fijó un nuevo señalamiento para el día 26 de septiembre de 2007, en Sala General, haciéndose cargo de la ponencia el Magistrado Excmo. Sr. D. Antonio Martín Valverde.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La cuestión que plantea el presente recurso de casación para unificación de doctrina consiste en determinar si los trabajadores demandantes, que prestan servicios en el sector de grandes almacenes, tienen derecho a un período de vacaciones distinto del acordado inicialmente, en el supuesto de coincidencia o superposición de dicho período de disfrute ya fijado con días de incapacidad temporal por enfermedad común. La fijación inicial de los períodos de disfrute de vacaciones de los actores se llevó a cabo según las previsiones de un acuerdo colectivo de empresa sobre planificación de vacaciones y determinación de su calendario.

Conviene tener en cuenta una serie de datos fácticos y de procedimiento del presente litigio, que son relevantes para la resolución del mismo con arreglo a derecho: a) atendiendo a lo dispuesto en el convenio y en el acuerdo de empresa aplicables, correspondió a los actores el disfrute de vacaciones del año 2004 en días determinados, que resultaron coincidentes con días de baja en el trabajo por incapacidad temporal por enfermedad común; b) la incapacidad temporal determinante de la baja médica se prolongó cinco meses y medio para uno de los demandantes (D^a E.S.H.) y siete meses para el otro (D. A.J.M.), teniendo lugar en ambos casos el alta médica y la incorporación al trabajo dentro del año natural 2004; c) la reclamación de los trabajadores se ha encauzado no por la vía de la modalidad procesal de impugnación de *“la fecha de disfrute de las vacaciones”* (art. 125 de la Ley de Procedimiento Laboral – LPL –), sino por la vía del proceso ordinario; y d) en coherencia con este planteamiento procesal, la pretensión deducida en la demanda no se dirige contra la concreción de los turnos de vacaciones que correspondieron a los demandantes, ni tampoco contra la regulación del convenio colectivo o del acuerdo de empresa sobre época de disfrute, sino contra la negativa de la empresa a fijar un nuevo y distinto período de vacaciones.

En suma, lo solicitado por los actores, con invocación del art. 40.2 de la Constitución (CE) y del art. 7.1 de la Directiva CE 93/104, tiene un alcance más general que el de la modalidad procesal del art. 125 LPL, pudiendo por tanto canalizarse, sin perjuicio de la respuesta en derecho que haya que dar a la reclamación, por la vía utilizada del proceso ordinario. Se pide, conviene insistir en ello, en un supuesto en que la fijación del tiempo inicial de disfrute se llevó a cabo correctamente en aplicación de una regulación convencional que no se discute, el señalamiento de nuevos días de vacaciones con base en que el trabajador no pudo disponer como hubiera deseado de las vacaciones concedidas, por razón de enfermedad causante de incapacidad temporal.

SEGUNDO.- La sentencia recurrida ha desestimado la demanda de los actores, razonando que el art. 7.1 de la Directiva 93/104 no regula el aspecto normativo en litigio, que tampoco está contemplado en los artículos 5.4 y 6.1 del Convenio OIT 132, ratificado por España. Sí es de aplicación al caso – sigue el razonamiento de la sentencia recurrida – el art. 38.2 ET, que, aun sin contener previsión concreta sobre la incidencia de la incapacidad temporal en un período de vacaciones ya acordado, ordena que la fijación de la época de disfrute se efectúe mediante acuerdo colectivo o acuerdo individual.

La sentencia aportada para el juicio de contradicción, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en fecha 23 de noviembre de 2004, ha resuelto en sentido contrario un supuesto litigioso sustancialmente igual. Entiende la sentencia de contraste que cuando el período fijado para vacaciones coincida con una “suspensión del contrato de trabajo por incapacidad temporal derivada de accidente laboral” el trabajador tiene “derecho a disfrutar sus vacaciones anuales en un período distinto, antes de la terminación del año natural”. Los fundamentos jurídicos de esta sentencia referencial son los que han servido de inspiración al recurso que debemos resolver ahora. En ellos se razona que el reconocimiento del derecho reclamado deriva de una interpretación de la normativa legal en la materia de conformidad con lo dispuesto en los artículos 40.2 CE y 7.1 Directiva 93/104 sobre ordenación del tiempo de trabajo, entendido este último a la luz de una sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 26 de junio de 2001.

Debemos entrar en el fondo del asunto, sin que sea obstáculo para ello que el hecho causante de la incapacidad temporal haya sido en la sentencia recurrida una enfermedad común y en la sentencia de contraste un accidente de trabajo. Ciertamente, a los efectos de la fijación del período de disfrute de vacaciones tiene trascendencia, de acuerdo con jurisprudencia hoy día consolidada (TJCE 18-3-2004, STS 11-7-2006, STC 324/2006 de 20 de noviembre), que el período de vacaciones coincida con una baja maternal, supuesto en el que hay que atender no sólo a la necesidad de descanso tras un período de trabajo de cierta prolongación, sino también a las exigencias de recuperación de la madre y de cuidado del recién nacido. En cambio, en el supuesto próximo pero diferente de incapacidad temporal coincidente con días de vacaciones los hechos causantes que distingue la legislación de Seguridad Social repercuten de forma sustancialmente igual en el período vacacional, y no tienen relevancia para la decisión en un sentido u otro de la concreta cuestión que debemos resolver en este recurso. La solución debe ser por tanto la misma tanto si el hecho causante es accidente o enfermedad, como si el hecho causante es una dolencia común o una lesión derivada de riesgo profesional.

TERCERO.- La regulación del instituto de las vacaciones anuales pagadas está formada por una combinación o mosaico de normas procedentes de distintas fuentes. Interesa analizar los elementos y la configuración de este complejo o combinado normativo, habida cuenta de los términos en que está planteado el presente debate procesal de unificación de doctrina.

Dentro del conjunto de disposiciones sobre vacaciones del trabajador hay que contar en primer lugar el art. 40.2 CE. De acuerdo con el mismo, “*los poderes públicos ... garantizarán el descanso necesario, mediante la limitación de la jornada laboral,[y] las vacaciones periódicas retribuidas*”. Si nos atenemos como parece obligado a la dicción del propio art. 40.2 CE, el instituto de las vacaciones periódicas retribuidas está inspirado en un objetivo de “*seguridad e higiene en el trabajo*”.

El derecho del trabajador a vacaciones periódicas retribuidas ha sido contemplado también por determinadas normas internacionales. Así, el art. 7.1 de

la Directiva 93/104 incluye un precepto imperativo sobre la duración del período mínimo de vacaciones (*“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...”*), reconociendo que corresponde al derecho interno el detalle de su régimen jurídico (*“... de conformidad con las condiciones de obtención y concesión establecidas en las legislaciones y/o prácticas nacionales”*).

Una regulación más extensa contiene el Convenio OIT 132, relativo a las vacaciones anuales pagadas. Este Convenio OIT incluye también una remisión genérica a la “práctica nacional” (art. 1), acompañada esta vez de numerosas remisiones específicas. Pero, a diferencia de la Directiva 93/104, en el Convenio OIT 132 encontramos una ordenación bastante completa, de mínimos en unos preceptos y supletoria de la legislación o “práctica” nacionales en otros, de distintos aspectos normativos de la institución. Para el adecuado enfoque de la cuestión sometida a enjuiciamiento puede ser útil analizar tres preceptos de esta norma internacional (artículos 5.4, 6.2 y 10), aunque como se verá algunos de ellos no se refieren directamente a nuestro tema.

El art. 5 del Convenio OIT 132 regula el llamado “*período de calificación*” o “*período mínimo de servicios para tener derecho a vacaciones anuales pagadas*”. El apartado 4 de dicho artículo dice lo siguiente: *“En las condiciones que en cada país se determinen por la autoridad competente o por el organismo apropiado, las ausencias del trabajo por motivos independientes de la voluntad de la persona interesada, como enfermedad, accidente o maternidad, serán contadas como parte del período de servicios”*. El aspecto normativo contemplado en el precepto no es, si bien se mira, el de la coincidencia de incapacidad temporal y período de disfrute ya acordado, sino el del modo de cómputo del período mínimo de servicios que permite la maduración del derecho a vacaciones cuando el trabajador ha permanecido un tiempo más o menos largo en tal situación de incapacidad temporal.

Por su parte, el art. 6.2 establece que *“los períodos de incapacidad de trabajo resultantes de enfermedad o accidente no podrán ser contados como parte de las vacaciones pagadas anuales prescritas como mínimo”* en el propio Convenio OIT 132 (art.3.3: *“tres semanas laborables por un año de servicios”*). Tampoco este precepto se refiere al problema de la coincidencia de un período de incapacidad temporal y un período de disfrute de vacaciones ya fijado, sino a una cuestión próxima pero netamente diferenciada, que es la resta o descuento automáticos de las ausencias al trabajo por baja respecto de los días de vacaciones, sustracción que ciertamente la norma internacional prohíbe de manera incondicionada, y que tampoco se permite en Derecho español desde las primeras regulaciones legales en la materia, pero que no es la decisión o práctica de empresa objeto de la presente litis.

En fin, el art. 10 prevé que la *“época en que se tomarán las vacaciones”*, salvo *“práctica nacional”* distinta, *“se determinará por el empleador, previa consulta con la persona empleada interesada o con sus representantes”*, teniendo en cuenta *“las exigencias del trabajo y las oportunidades de descanso y distracción de que pueda disponer la persona empleada”*. Esta disposición del

Convenio OIT 132, que tiene vocación supletoria y que resulta claramente mejorada para los intereses de los trabajadores en nuestro derecho interno, sí se refiere directamente a la cuestión controvertida en el pleito, poniendo de relieve los distintos intereses – “exigencias” de la organización del trabajo, de un lado, y “oportunidades de descanso y distracción” de otro – que deben ser coordinados en el señalamiento de los días de vacaciones.

CUARTO.- Los preceptos del Estatuto de los Trabajadores sobre “*vacaciones anuales*” incluyen los siguientes aspectos normativos: 1) el ya aludido período mínimo legal (“*treinta días naturales*”) (art. 38.1); 2) la fijación de la época o “*período o períodos de su disfrute*” por “*acuerdo entre el empresario y el trabajador, de conformidad con lo establecido en su caso en los convenios colectivos sobre planificación anual de las vacaciones*” (art. 38.2 párrafo 1º); 3) la previsión “*en caso de desacuerdo entre las partes*” de un procedimiento jurisdiccional “*sumario y preferente*” para fijar la fecha de disfrute (art. 38.2 párrafo 2º); y 4) la publicación en cada empresa del “*calendario de vacaciones*”, debiendo el trabajador conocer “*las fechas que le correspondan dos meses antes, al menos, del comienzo del disfrute*” (art. 38.3).

Estos preceptos legales, junto con los reseñados en el fundamento anterior, constituyen las piezas normativas del régimen general o común a todos los trabajadores sobre vacaciones anuales retribuidas. En él se reservan, como se ha podido comprobar, importantes atribuciones a la regulación sectorial de los convenios colectivos y los acuerdos de empresa, tanto en la determinación de la duración del período de vacaciones por encima del mínimo legal como en la especificación de las fechas de disfrute. En el asunto que debemos resolver ahora las disposiciones colectivas de aplicación son los artículos 36 y 37 del convenio colectivo de grandes almacenes (2001) y el acuerdo de calendario de vacaciones para 2004 del centro de trabajo al que están adscritos los trabajadores demandantes. Interesa también llevar a cabo una breve reseña de estas disposiciones.

El convenio colectivo de grandes almacenes (2001) establece un período de vacaciones de treinta y un días naturales al año (art. 36.1), que supera en un día al mínimo legal fijado en el art. 38.1 del Estatuto de los Trabajadores (ET). El propio convenio colectivo concreta las épocas de disfrute, fraccionando dos períodos distintos, uno de 21 días en meses de verano y otro de 10 días en meses de primavera y otoño (art. 37.1). Asimismo, fija como “preferencia” para optar a un determinado turno de vacaciones el de rotación de los distintos trabajadores “en la unidad de trabajo” (art. 37.4). Por su parte, en el establecimiento comercial en el que prestan servicio los actores se pactó entre el comité del centro de trabajo y la dirección del mismo un acuerdo colectivo de planificación y calendario de vacaciones para el año 2004, que, con referencia expresa al citado art. 37.4 del convenio colectivo del sector, se atiene para la concreción del período vacacional de cada trabajador a “los criterios de rotación establecidos por costumbre” en los distintos departamentos del centro comercial.

QUINTO.- Una vez expuesto el mosaico de normas que tienen que ver con la resolución de la cuestión sometida a enjuiciamiento, interesa precisar las funciones respectivas que corresponden a cada una de ellas, según su jerarquía y sus respectivos contenidos. De esta labor previa depende en gran medida, como se verá, la decisión de la presente controversia con arreglo a derecho.

Entre todas las reseñadas, la norma del art. 40.2 CE ostenta como es obvio la posición jerárquica más alta. Lejos de ser una mera disposición programática, esta norma incluye una garantía institucional, que obliga a considerar a las vacaciones periódicas retribuidas como un ingrediente imprescindible del ordenamiento laboral. Pero el escueto contenido y la colocación sistemática del art. 40.2 CE en el Capítulo III del Título I de la Constitución, donde se enuncian los *“principios rectores del orden social y económico”*, determinan que la función normativa del mismo tenga un alcance limitado, en cuanto que dichos principios, sin perjuicio de desempeñar la función de información del ordenamiento que les es propia, han de ser alegados y aplicados por medio de las normas legales de desarrollo. Así lo dice literalmente el art. 53.3 CE (*“El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo III, informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”*).

Es de notar, además, que el encargo genérico al legislador del desarrollo normativo de la garantía de las vacaciones periódicas retribuidas confluye en el propio texto constitucional con el encargo específico de ordenación de las condiciones de empleo y trabajo contenido en el art. 35.2 CE (*“La ley regulará un estatuto de los trabajadores”*). Así lo ha entendido el legislador que, según se ha visto, contempla en el art. 38 ET no todos pero sí los principales aspectos normativos de la institución de las vacaciones retribuidas, entre ellos los procedimientos para fijar el período de disfrute.

No existe previsión explícita en el art. 38 ET sobre si la incapacidad temporal que acaece y que persiste en días coincidentes con el período acordado de vacaciones da derecho al señalamiento de un nuevo período de disfrute. Una previsión de esta naturaleza se contempla en algunos convenios colectivos, que mejoran las condiciones mínimas fijadas en la ley. Por supuesto, mediante pacto individual entre el empresario y el trabajador se puede también regular este aspecto de las vacaciones, siempre que se respete el derecho necesario. Además, en la práctica de las empresas, la fijación de un nuevo período de disfrute ha respondido a veces a la incorporación al contrato de trabajo de una *“condición más beneficiosa”*. Así lo ha reconocido esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo en varias sentencias recientes (STS 27-6-2007 y STS 28-6-2007, entre otras). Pero el problema planteado en los supuestos de la sentencia recurrida y de la sentencia de contraste no encaja en ninguno de estos supuestos particulares. Lo que debemos decidir ahora es cuál sea la respuesta en derecho a la cuestión controvertida descrita cuando se ha de aplicar exclusivamente la regulación legal de la misma, y no una regulación de mejora procedente de la autonomía colectiva o de la voluntad de los contratantes.

Para dar respuesta a este problema conviene considerar sucesivamente la finalidad del instituto jurídico-laboral de las vacaciones anuales pagadas y la finalidad del mecanismo legal de fijación de la época o período concreto de disfrute para cada trabajador. A ello vamos a dedicar el siguiente fundamento.

SEXO.- La finalidad de las vacaciones anuales pagadas está estrechamente unida a la defensa de la salud del trabajador. Así lo acreditan el tenor literal del art. 40.2 CE y la inclusión de las mismas en la Directiva comunitaria 93/104. Como dice el preámbulo de esta última, “para garantizar la salud y la seguridad de los trabajadores de la Comunidad, éstos deberán poder disfrutar de períodos mínimos de descanso – diario, semanal y anual – y de períodos de pausa adecuados”.

Precisando un poco más la afirmación anterior, podemos decir que el descanso anual o periódico que garantiza el instituto de las vacaciones tiene por objeto reparar no sólo la fatiga energética, resultante de un esfuerzo físico y mental continuado, sino también la fatiga ambiental, resultante de las diversas constricciones que pueden derivarse del trabajo, del medio de trabajo y del modo de vida que su realización conlleva. Como dice el art. 10 del Convenio OIT 132, con las vacaciones se trata de procurar al trabajador “oportunidades” de “descanso” y también, en lo posible, de “distracción”. El tiempo de vacaciones ha de ser, por tanto, tiempo libre o tiempo de ocio, en la acepción primera del Diccionario de la Real Academia Española (“cesación del trabajo, inacción o total omisión de la actividad”).

Es cierto que determinadas distracciones u ocupaciones del tiempo libre no son compatibles con una situación de incapacidad temporal. Pero no parece dudoso que, a diferencia de lo que sucede con el supuesto singular de la maternidad, una enfermedad o accidente concurrentes o sobrevenidos en el período de vacaciones no alteran el estado de “inacción o total omisión de actividad” que caracterizan a este último, ni desvirtúan normalmente el efecto de reparación de la fatiga producida por el trabajo prolongado que constituye la finalidad de las vacaciones. Por referirnos al caso de la sentencia recurrida, no parece que los demandantes necesiten reparar la fatiga acumulada en el trabajo cuando han estado ausentes del mismo varios meses, aunque sea como lo es por causa plenamente justificada. Es cierto que los proyectos personales de vacaciones del trabajador se pueden torcer por una situación de incapacidad temporal. De ahí que por convenio colectivo o por acuerdo individual se procure a veces compensar el tiempo coincidente de incapacidad temporal, a veces con el requisito de que ésta haya venido acompañada de internamiento hospitalario. Pero los proyectos de vacaciones y en general los proyectos humanos se pueden torcer también por otras muchas causas imprevisibles o inevitables. Así las cosas, se trata de determinar si el deber legal del empresario correlativo al derecho a vacaciones del trabajador alcanza a hacerse cargo de todas o algunas de estas posibles incidencias.

La respuesta en derecho a la pregunta anterior es la negativa. 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. Así lo establece implícitamente el art. 38 ET. Estos acuerdos bilaterales de determinación de la fecha de disfrute de las vacaciones tienen un claro propósito de ajuste o compromiso entre el interés productivo del empresario y el interés del trabajador a desarrollar actividades de tiempo libre en el período de vacaciones. 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.

SEPTIMO.- Las consideraciones anteriores no quedan afectadas por lo dispuesto en el art. 7.1 de la Directiva comunitaria 93/104, tal como ha sido interpretada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea.

Como se ha visto en el fundamento jurídico 3º, el citado art. 7.1 de la Directiva 93/104 regula solamente uno de los múltiples puntos o aspectos normativos del complejo régimen jurídico de las vacaciones anuales pagadas, que es el de la duración de las vacaciones. La determinación de la época de disfrute y de las restantes facetas del instituto corresponde, como reconoce expresamente el precepto, al derecho interno de los países miembros.

La sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 26 de junio de 2001 (asunto *Broadcasting, Entertainment, Cinematographic and Theatre Union, BECTU*) no contiene una tesis contraria a la doctrina unificada que mantenemos en esta resolución, y tampoco trata desde luego el problema aquí enjuiciado de la coincidencia de la época de disfrute acordada con una situación de incapacidad temporal. Lo que en ella se decide es una cuestión atinente al reconocimiento o maduración del derecho a vacaciones establecido en la citada Directiva, que es incompatible según la sentencia *BECTU* con la exigencia de la reglamentación inglesa en la materia de un período de calificación o “período mínimo de trece semanas de empleo ininterrumpido con el mismo empresario”.

En cuanto a la compatibilidad de nuestra doctrina con el art. 40.2 CE, bastaría con lo ya dicho sobre que la cuestión debatida es una cuestión de legalidad y no de constitucionalidad, de acuerdo con los encargos al legislador efectuados en la propia Carta Magna. Sin embargo, no está de más recordar que el Tribunal Constitucional, en un *obiter dictum* de la ya citada sentencia 324/2006, participa de la misma posición aquí elaborada como doctrina unificada. En los términos literales de su fundamento jurídico 5º: “... en principio, el trabajador que por causas no achacables al empleador, especialmente debido a una incapacidad laboral, no puede disfrutar de sus vacaciones en el período determinado ni dentro del plazo máximo, pierde el derecho a ellas”, es decir, no tiene derecho al señalamiento de un período vacacional distinto.

OCTAVO.- La conclusión del razonamiento es, de conformidad con el dictamen del Ministerio Fiscal, que el recurso debe ser desestimado, puesto que la solución adecuada del problema jurídico planteado es la contenida en la sentencia recurrida.

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

F A L L A M O S

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por DOÑA E.S.H. y DON A.J.M., frente a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 29 de septiembre de 2005, dictada en el recurso de suplicación número 3220/05, interpuesto por el Corte Inglés, S.A., contra la sentencia del Juzgado de lo Social número 6 de los de Madrid, de fecha 18 de marzo de 2005, dictada en virtud de demanda formulada por D^a E.S.H. y D. A.J.M., frente al Corte Inglés, S.A., en reclamación de derechos.

Devuélvase las actuaciones al Organismo Jurisdiccional correspondiente, 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.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO EXCMO. SR. D. JORDI AGUSTÍ JULIA, AL QUE SE ADHIERE EL MAGISTRADO EXCMO. SR. D. LUIS FERNANDO DE CASTRO FERNÁNDEZ, Y LAS EXCMAS. SRAS. DOÑA MARIA LUISA SEGOVIANO ASTABURUAGA Y DOÑA ROSA MARIA VIROLES PIÑOL, RESPECTO DE LA SENTENCIA DE FECHA 03-10-2007 (Rec.- 5068/2005) DICTADA EN SALA GENERAL.

De conformidad con lo establecido en el artículo 260.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, formulo voto particular a la sentencia dictada en Sala General en el recurso número 5068/2005 para sostener la posición que mantuve en la deliberación.

El voto particular se funda en las siguientes consideraciones jurídicas :

PRIMERA.- No existe discrepancia en cuanto a los hechos, siendo relevantes a efectos de la cuestión controvertida, los siguientes : 1) En el centro de trabajo donde prestan servicios los dos trabajadores demandantes, se firmo un Acuerdo de Vacaciones para el año 2004, en el que se establecieron dos turnos para el disfrute de vacaciones anuales, uno de 21 días seguidos y otro de 10 días seguidos; 2) Los demandantes tenían fijados sus turnos de vacaciones en las siguientes fechas coincidentes con su situación de Incapacidad Temporal : la primera demandante del 04-07-04 al 24-07-04 y del 13-10-04 al 22-10-04, y el segundo demandante del 13-10-04 al 22-10-04; y, 3) Al incorporarse de sus bajas médicas los demandantes –la primera en fecha 04-11-04 y el segundo en fecha 08-07-04- solicitaron acceder a cualquiera de los turnos de vacaciones que quedaban por disfrutar, habiéndoseles denegado, aduciendo la empresa que habían perdido sus turnos.

A tenor de estos indiscutidos hechos, la cuestión controvertida es estrictamente jurídica, se trata de determinar si un trabajador que tiene ya fijado mediante acuerdo con la empresa un determinado período para el disfrute de las vacaciones anuales, pierde el derecho a las vacaciones por el hecho de coincidir dicho período de disfrute con una situación de Incapacidad Temporal, a pesar de que, tras el alta médica y reincorporación efectiva a la empresa, quede suficiente período de tiempo, dentro del año natural, para poder disfrutar de sus vacaciones anuales. La sentencia recurrida niega el derecho, lo que es confirmado por la sentencia votada mayoritariamente en Sala General, criterio del que, con respeto, discrepo, profundamente, a tenor de todo lo que a continuación expongo.

SEGUNDA.- En mi opinión, el criterio mayoritario no es acorde : a) con una interpretación integradora del “mosaico de normas” -a que se refiere en acertada expresión la sentencia- regulador del derecho a las Vacaciones anuales, y que viene constituido por el artículo 38 del Estatuto de los Trabajadores, el Convenio número 132 de la OIT, el artículo 7 de la Directiva 93/104, relativa a la protección de la seguridad y salud de los trabajadores a través de la regulación de los tiempos de trabajo y del régimen de descansos, modificada por la Directiva 2000/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de junio de 2000, y el artículo 40.2 de nuestra Constitución; b) con la doctrina de esta Sala expuesta en las sentencias que citaré; c) con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea; y, d) con la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional.

Ciertamente, que la sentencia va desgranando meticulosamente dicho “mosaico”, en sus fundamentos jurídicos tercero y cuarto, precisa las funciones que corresponden a cada una de ellas según su jerarquía y sus respectivos contenidos en el fundamento jurídico quinto, razona sobre la finalidad de las vacaciones en el fundamento jurídico sexto y examina –si bien escuetamente- la jurisprudencia comunitaria y de nuestro Tribunal Constitucional-, en el séptimo, omitiendo recientes pronunciamientos de esta Sala al respecto. Ahora bien, todo ello se lleva a cabo –siempre según mi opinión que expreso con el máximo respeto a la postura mayoritaria- de forma un tanto particularizada y sin tener en cuenta la propia naturaleza del derecho que se está protegiendo, el cual, si bien está enmarcado en la relación individual de trabajo, debe contemplarse dentro del contexto socio-jurídico del Estado Social y democrático de derecho que nuestra Constitución –artículo 1º- proclama y garantiza, lo que impone una interpretación integradora –como ya he señalado- de la norma positiva, del derecho constitucional a la protección de la salud en el trabajo, de la normativa de la OIT y comunitaria, para llegar en el presente caso a una solución favorable a los intereses de los recurrentes, solución que se desprende también de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea y de la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional .

TERCERA.- Tras una escueta referencia al artículo 40.2 de nuestra Constitución, conforme al cual *“los poderes públicos.....garantizarán el descanso necesario, mediante la limitación de la jornada laboral, -y- las vacaciones periódicas retribuidas”*, que se dice está inspirado en un objetivo de seguridad e higiene en el trabajo -y que más modernamente cabe interpretar como protección de la salud del trabajador en el trabajo-, en el fundamento jurídico tercero de la sentencia se efectúa también una breve referencia al artículo 7 de la Directiva 93/104, citando únicamente el apartado 1 del precepto. Sin embargo, estimo conviene citar todo el precepto, así como las sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea que lo interpretan. Pues bien, dicho precepto establece que :

“1. 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 de concesión establecidas en las legislaciones y/o prácticas nacionales.

2. El período mínimo de vacaciones anuales retribuidas no podrá ser sustituido por una compensación financiera, excepto en caso de conclusión de la relación laboral”.

y la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 18 de marzo de 2004, en el asunto C-C-342/2001, con cita de su sentencia anterior de fecha 26 de junio de 2001, en el asunto BECTU (C.173/1999), interpreta el precepto en el sentido de que :

“El derecho de cada 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 (sentencia BECTU), antes citada, apartado 43). Resulta significativo a este respecto que dicha Directiva establezca además la regla de que el trabajador deberá normalmente poder disfrutar de un descanso efectivo, en aras de una protección eficaz de su seguridad y de su salud, ya que sólo en caso de que concluya la relación laboral su artículo 7, apartado 2, permite que el derecho a las vacaciones anuales retribuidas sea sustituido por una compensación financiera (sentencia BECTU, antes citada, apartado 44). El artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/104, con arreglo al cual los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias «de conformidad con las condiciones de obtención y concesión establecidas en las legislaciones y/o prácticas nacionales», debe interpretarse en el sentido de que las modalidades de aplicación nacionales deberán en cualquier caso respetar el derecho a un período de al menos cuatro semanas de vacaciones anuales retribuidas.”

Mas extensión dedica el fundamento jurídico tercero de la sentencia de la que discrepamos al Convenio número 132 de la OIT, del cual analiza los artículos 5.4, 6.2 y 10. El artículo 5, que regula el período mínimo de servicios para tener derecho a vacaciones anuales”, establece, en su apartado 4, que : *“las ausencias al trabajo por motivos independientes de la voluntad de la persona interesada, como enfermedad, accidente o maternidad, serán contadas como parte del período de servicios»*, por tanto, como período computable a efectos determinar la duración y disfrute del derecho a vacaciones. Se razona, por la postura mayoritaria, que el aspecto normativo contemplado no es el de la coincidencia de incapacidad temporal y período de disfrute ya acordado, sino el del modo del cómputo del período

mínimo de servicios que permite la maduración del derecho a vacaciones cuando el trabajador ha permanecido un tiempo más o menos largo en tal situación de incapacidad temporal. Ahora bien de lo que no cabe duda, es lo que se desprende y la solución que impone, en tal supuesto, es que el trabajador conservará el derecho a vacaciones, para su disfrute posterior, una vez se produzca el restablecimiento de su salud.

Relegando el artículo 6.2 del Convenio, por estimar que tampoco se refiere al concreto problema enjuiciado, el fundamento jurídico tercero centra su atención en el artículo 10 del propio Convenio 132, para señalar, que cuando este precepto prevé que *“la época en que se tomarán las vacaciones”*, salvo *“práctica nacional”* distinta, *“se determinará por el empleador, previa consulta con la persona empleada interesada o con sus representantes”*, teniendo en cuenta *“las exigencias del trabajo y las oportunidades de descanso y distracción de que pueda disponer la persona empleada”*, si se refiere a la cuestión controvertida en el pleito poniendo de relieve los intereses –*“exigencias de la organización del trabajo, de un lado, “oportunidades de descanso y distracción” de otro-* que deben ser coordinados en el señalamiento de los días de vacaciones. Pues bien, conviene aquí destacar ya –y sobre ello volveré más adelante- que en ningún momento la empresa demandada ha alegado como fundamento de su decisión de no reconocer el derecho de los trabajadores demandantes al disfrute de las vacaciones, que ello podría suponer algún tipo de perturbación en la organización del trabajo.

CUARTA.- La sentencia, en su fundamento jurídico cuarto, transcribe el artículo 38 del Estatuto de los Trabajadores, que regula las vacaciones anuales, destacando, que en el se reservan importantes atribuciones a la regulación sectorial de los convenios colectivos y los acuerdos de empresa, pasando a reseñar las disposiciones colectivas de aplicación, y en concreto, los artículos 36 y 37 del Convenio Colectivo de grandes almacenes y el acuerdo de calendario de vacaciones para 3004 del centro de trabajo al que están adscritos los trabajadores demandantes. Sin embargo, como se desprende de la propia reseña que se efectúa de estos preceptos, ninguno de ellos da solución a la concreta cuestión aquí controvertida, pues ninguna referencia existe a la problemática “vacaciones-incapacidad temporal”.

QUINTA.- Empieza el fundamento jurídico quinto de la sentencia destacando el ya mencionado artículo 40.2 de nuestra Constitución, enfatizando, que lejos de ser una mera disposición programática, esta norma incluye una garantía institucional, que obliga a considerar a las vacaciones retribuidas como un ingrediente imprescindible del ordenamiento laboral. No obstante, esta consideración –con la que no puedo estar mas de acuerdo-, queda inmediatamente devaluada con el razonamiento de que, el escueto contenido y la colocación sistemática del artículo 40.2 CE en el Capítulo III del Título I de la Constitución, donde se

enuncian “los principios rectores del Orden Social y económico”, obliga a considerar –se dice- que la función normativa del mismo tiene un alcance limitado, en cuanto que dichos principios, sin perjuicio de desempeñar la función de información del ordenamiento que le es propia, han de ser alegados y aplicados por medio de las normas legales de desarrollo, transcribiendo, literalmente el artículo 53.3 de la Constitución. Discrepo de esta razonamiento “devaluador”, que no ha sido desde luego confirmado por la doctrina constitucional. En efecto, ya con la sentencia del Tribunal Constitucional de 31 de marzo de 1981, queda configurada la Constitución como fundamento interpretador de todos los derechos reconocidos constitucionalmente, ya que el texto constitucional va a informar todo el ordenamiento jurídico : *“La Constitución es una norma, pero una norma cualitativamente distinta de las demás, por cuanto incorpora el sistema de valores esenciales que ha de constituir el orden de convivencia política y de informar todo el ordenamiento jurídico. La Constitución es así la norma fundamental y fundamentadora de todo el orden jurídico.”*

Esta sentencia se complementa con la 19/1982, de 5 de mayo, que confiere aplicabilidad a los “principios rectores” –entre los que se encuentra el de garantía de las vacaciones retribuidas del artículo 40.2- como instrumento de interpretación tanto del resto de los preceptos constitucionales como de las leyes en general : *“....según el art. 53.3 de la Constitución, que impide considerar a tales principios como normas sin contenido, y que obliga a tenerlos presentes en la interpretación, tanto de las restantes normas constitucionales como de las leyes”*. Es por ello, que la doctrina científica ha puesto de manifiesto que las normas constitucionales actúan : a) como “normas parámetro”, es decir, como contexto hermenéutico necesario y como orientaciones generales para la interpretación de todas las normas que integran el ordenamiento jurídico; y, b) como “normas de contenido que determinan el significado de las restantes normas del ordenamiento, imponiendo al intérprete optar, ante la eventual pluralidad significativa de los textos normativos, por el sentido más acorde con la Constitución.”

En el mismo fundamento jurídico quinto de la sentencia, la postura mayoritaria reconoce que no existe previsión específica en el artículo 38 del Estatuto de los Trabajadores sobre si la incapacidad temporal sobrevenida o persistente en días coincidentes con el período acordado de vacaciones da derecho al señalamiento de un nuevo período de disfrute, razonando, que una previsión de esta naturaleza se contempla en determinados convenios colectivos como mejora de las condiciones mínimas fijadas en la ley o en pactos individuales entre el empresario y el trabajador, señalando que la fijación de un nuevo período de disfrute responde a veces a la incorporación al contrato de trabajo de una “condición más beneficiosa”, citando al respecto las recientes sentencias de esta Sala de 26 y 27 de junio de 2.007. Sin embargo, reconoce que no es éste el problema plantado en la cuestión controvertida, por lo que para dar respuesta a la problemática

pasa a considerar la finalidad del instituto jurídico-laboral de las vacaciones anuales pagadas y la finalidad del mecanismo legal de fijación de época de disfrute para cada trabajador en el fundamento jurídico sexto.

SEXTA.- Efectivamente, en el fundamento jurídico sexto la postura mayoritaria, con cita del artículo 40.2 de nuestra Constitución y la Directiva comunitaria 93/104, así como del artículo 10 del Convenio 132 de la OIT, razona sobre la finalidad de las vacaciones, y a pesar de que inicia el razonamiento diciendo que “el descanso anual o periódico que garantiza el instituto de las vacaciones tiene por objeto reparar no sólo la fatiga energética, resultante de un esfuerzo físico mental y continuado, sino también la fatiga ambiental, resultante de las diversas constricciones que pueden derivarse del trabajo, del medio de trabajo y de modo de vida que su realización conlleva” –lo que comparto plenamente- con diversas afirmaciones posteriores, como la de “no parece probable que los demandantes necesiten reparar fatiga energética o fatiga ambiental acumuladas en el trabajo cuando han estado ausentes del mismo varios meses, aunque sea como lo es por causa justificada” –de la que discrepo profundamente-, llega a la conclusión de que, el deber legal del empresario de respetar el derecho a vacaciones del trabajador, salvo ampliación de su contenido por convenio colectivo o por pacto incorporado al contrato de trabajo, se ciñe a la libranza de las fechas fijadas bien en contrato individual bien en acuerdo colectivo de planificación y fijación del calendario de vacaciones.

Si como ya he señalado anteriormente, por imperativo constitucional – artículo 40.2 CE- el derecho a vacaciones anuales retribuidas se inscribe en el marco de la protección de la salud del trabajador, una de sus finalidades es, desde luego, la que reconoce la postura mayoritaria de la Sala, pero no la única. En efecto, el derecho a las vacaciones posibilita también –como ha señalado la doctrina científica- la conciliación de la vida familiar con la laboral, a través de unos tiempos de mayor y mas relajada dedicación a la familia, el mantenimiento y mejora del acceso a la cultura de los trabajadores, el esparcimiento y el ocio, el desarrollo de los valores y cualidades del deporte, las relaciones sociales, el necesario ejercicio físico reparador de muchas situaciones estresantes, y en fin posibilita la práctica de las mejoras pertinentes en el propio entorno en que se vive. Sin duda, esta es la interpretación que procede efectuar a la luz de la “realidad social” –artículo 3.1 del Código Civil- del derecho a las vacaciones anuales retribuidas en el contexto constitucional.

En esta línea, ya ha tenido ocasión de destacar el propio Tribunal Constitucional en su sentencia número 192/2003, de 27 de octubre 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...”.

Por otra parte, es evidente, que el pleno disfrute del derecho a las vacaciones está lógicamente condicionado a que 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 enfermedad o accidente pueda disfrutar de las vacaciones, de modo que, las finalidades enunciadas no se cumplen, si el trabajador durante el período vacacional está enfermo o accidentado.

Respecto al argumento de la existencia del acuerdo de planificación y fijación del calendario de vacaciones, para negar el derecho de los trabajadores reclamantes, conviene destacar, que, en principio, es claro, que empresa y trabajadores han de atenerse al calendario vacacional fijado por acuerdo bilateral. Ahora bien, si se afirma ello con carácter absoluto, se está olvidando –como asimismo ha puesto de manifiesto la doctrina científica- los efectos del caso fortuito y de la cláusula *rebus sic stantibus*. Si varían sustancialmente las condiciones del pacto, individual o colectivo, tanto que, de haberse considerado, no se habría pactado eso –ni se habría podido pactar-, entonces tiene que concluirse que es imprescindible un trato de excepción para los supuestos de excepción fundada y probada, como lo es la coincidencia del período pactado con una situación de incapacidad temporal.

SÉPTIMA.- Como ya he señalado al inicio del presente voto particular, en el fundamento jurídico sexto de la sentencia, para justificar su decisión, la postura mayoritaria examina, de forma breve, la jurisprudencia comunitaria y de nuestro Tribunal Constitucional. Por otra parte hay que tener en cuenta recientes pronunciamientos de esta propia Sala, como los de las sentencias de 10 de noviembre de 2005 (Rec. 4291/2004) y 21 de marzo de 2006 (Rec. 681/2005), dictadas en la línea que mantengo. En la segunda de estas dos sentencias, con cita de la anterior, la Sala razona que : “no ha de desconocerse *que la situación de incapacidad temporal, que surge con anterioridad al periodo 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, que es, en definitiva, el que se contempla tanto en la sentencia recurrida como en la que se propone como término referencial, 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 anuales.”

Esta doctrina no puede considerarse desvirtuada por la posterior sentencia de la Sala de 11 de julio de 2006 (Rec. Casación 87/2005), cuando ante la controvertida existencia de un derecho adquirido, la Sala razonaba sobre la prevalencia del calendario vacacional, porque dado el contenido de dicha controversia, lo razonado al respecto únicamente tiene la consideración de *obiter dictum*.

En cuanto a la jurisprudencia comunitaria, se mantiene en el fundamento jurídico, con cita de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 26 de junio de 2001 (asunto BECT (C.173/1999), que dicha sentencia no contiene una tesis contraria a la que se expone, no tratando el problema aquí enjuiciado de la coincidencia de la época de disfrute de vacaciones acordada con una situación de incapacidad temporal. Sin embargo, no hace referencia a la sentencia del mismo Tribunal de fecha 18 de marzo de 2004, en el asunto C-C-342/2001, interpretando el artículo 7 de la Directiva 93/104, que si trata expresamente dicha cuestión referida a la maternidad, y cuyos razonamientos ya he transcrito en la consideración tercera. A tenor de dichos razonamientos, si bien las ya citadas sentencias de esta Sala de 10 de noviembre de 2005 y 21 de marzo de 2006, se ajustaban a la doctrina comunitaria, no puede decirse lo mismo de la sentencia de la que vengo discrepando, pues aún resolviendo, como ya se ha dicho, un caso de maternidad, incide, en la relevancia del derecho a las vacaciones como un principio de derecho social comunitario, por lo que sus razonamientos son sin duda extensibles a la situación de incapacidad temporal.

Finalmente, la postura mayoritaria, sostiene la compatibilidad de la doctrina que sienta con el artículo 40.2 de nuestra Constitución sobre la base de que se trata de una cuestión de legalidad y no de constitucionalidad, haciendo referencia además al *obiter dictum* contenido en el fundamento jurídico 5º de la sentencia del Tribunal Constitucional 324/2006, del que –se dice– participa de la posición elaborada como doctrina unificada.

Con respecto a la primera afirmación, ya he razonado mi total discrepancia en la consideración quinta del presente voto particular, y con referencia a la sentencia de nuestro Tribunal Constitucional número 324/2006, de 20 de noviembre, que fue objeto de análisis en la deliberación, en la sentencia

mayoritaria se efectúa una transcripción literal únicamente del penúltimo párrafo del fundamento de derecho quinto de la misma, omitiendo los párrafos anteriores del propio fundamento, a tenor de los cuales, y en aplicación de la doctrina constitucional al caso aquí enjuiciado, la solución es, precisamente y en mi opinión, la contraria a la mantenida por la postura mayoritaria.

Con carácter previo, conviene señalar, que aún referido a un supuesto de coincidencia del período vacacional establecido con una situación de maternidad, la relevancia de la doctrina que con carácter general y referida al derecho a las vacaciones anuales, sienta dicha sentencia, es incontestable, aún cuando esté contenida en un *obiter dictum*. En efecto, si bien en cualesquiera sentencia que pone fin a un pleito entre las partes lo esencial es el fallo y no los razonamientos jurídicos en virtud de los cuales se llega a él –y de ahí que ya de antiguo se haya afirmado reiteradamente por la jurisprudencia que los recursos de casación se dan contra el fallo y no contra los *considerandos* de las sentencias, salvo en la medida en que éstos son soporte imprescindible de aquél- como ha destacado la doctrina científica, en las sentencias del Tribunal Constitucional ocurre casi exactamente lo contrario, esto es, son los razonamientos los que básicamente han de ser objeto de consideración, puesto que en ellos se contiene la interpretación de la Constitución que se mantiene. Pues bien, en el ya citado fundamento jurídico quinto de su sentencia 324/2006, con respecto al derecho a las vacaciones, el Tribunal Constitucional razona así :

“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. En la actualidad aparece como un principio rector en el art. 40.2 CE, que se refiere a «las vacaciones periódicas retribuidas», y se recoge, en cuanto derecho del trabajador, tanto en el art. 38.1 del Estatuto de los Trabajadores como en los tratados internacionales sobre la materia firmados por España, notablemente el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo núm. 132 y en diversas normas europeas, en especial la Directiva 93/104/CE . 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.

En cuanto a su naturaleza, no cabe duda de que las vacaciones cumplen una función íntimamente ligada a la permanencia en el puesto de trabajo. Tanto es así, que el número de días de vacación aparece de manera general vinculado siempre a los de días de duración de la relación laboral. La finalidad originaria del derecho a las vacaciones es la de posibilitar a los

trabajadores el período de ocio que se reputa necesario para compatibilizar su vida laboral con el descanso, si bien este Tribunal ha declarado que la vinculación entre vacaciones y descanso no es única ni exigible, de modo que el período vacacional legalmente previsto es un tiempo caracterizado por la libertad del trabajador para la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida (STC 192/2003, de 27 de octubre, F. 7).

Así pues, la vinculación entre descanso y trabajo no sirve como justificación principal de las limitaciones temporales en cuanto al período de disfrute de las vacaciones anuales, sino que éstas traen causa principal en las necesidades de organización de cualquier actividad laboral y de los servicios públicos. Con carácter general las normas estatales y convencionales que regulan la materia suelen incluir dos limitaciones temporales: la fijación de un período concreto para las vacaciones, y el establecimiento del final del año natural como tope máximo para su disfrute. El juego conjunto de ambos opera de tal manera que los trabajadores vienen obligados a disfrutar sus vacaciones durante unos días concretos del año, salvo fuerza mayor; en tal caso podrán disfrutarlas en otras fechas, dentro del mismo año o del período que se especifique. Se trata de una restricción que responde esencialmente a intereses organizativos y cuya proporcionalidad, con carácter general, no ha sido puesta en duda en el presente recurso. Estas limitaciones basadas en el funcionamiento normal de empresas y servicios, permiten caracterizar las vacaciones anuales retribuidas como un derecho sometido a plazos de ejercicio y caducidad. De ese modo, en principio, el trabajador que por causas no achacables al empleador, especialmente debido a una incapacidad temporal, no pueda disfrutar de sus vacaciones en el período determinado ni dentro del plazo máximo, pierde el derecho a ellas.”

De estos razonamientos, la sentencia, como ya se ha dicho, se limita únicamente a transcribir el último párrafo “.....en principio, el trabajador que por causas no achacables al empleador, especialmente debido a una incapacidad temporal, no pueda disfrutar de sus vacaciones en el período determinado ni dentro del plazo máximo, pierde el derecho a ellas.” La omisión de los párrafos anteriores obedece al hecho –que palmariamente se advierte con la lectura completa de los razonamientos- de que la conclusión final no es la que se pretende. En efecto, dicha lectura pone de manifiesto que, para el Tribunal Constitucional, las limitaciones temporales en cuanto al período de disfrute de las vacaciones anuales traen causa principal en las necesidades de organización de cualquier actividad laboral y de los servicios públicos, restricción que para ser constitucionalmente legítima debe guardar la debida proporcionalidad con el derecho de todo trabajador a disfrutar de unas vacaciones anuales retribuidas, derecho que, como recuerda la misma doctrina del propio Tribunal Constitucional, sin ser absoluto en cuanto a las fechas de su ejercicio, forma parte del núcleo irrenunciable de los derechos propios de un Estado Social.

Razonar, como hace la postura mayoritaria, que los demandantes pierden el derecho al disfrute de sus vacaciones anuales, por no haber podido disfrutarlas en el período establecido como consecuencia de una Incapacidad Temporal iniciada antes de dicho período, cuando existe todavía tiempo suficiente para disfrutarlas dentro del año natural, y la empresa no ha alegado otra razón que la pérdida de su turno vacacional, no es conforme con la doctrina constitucional y del Tribunal de la Unión Europea expuesta, e implicaría dar un significado omnicomprensivo de sujeción del trabajador al interés empresarial que, conforme a la propia doctrina constitucional –Sentencia del Tribunal Constitucional 192/2003, de 27 de octubre, con cita de otras sentencias- no resulta acorde con nuestro sistema constitucional de relaciones laborales.

OCTAVA.- En mérito a todo lo expuesto, en la línea mantenida por la sentencia de contraste, y teniendo en cuenta que los hoy trabajadores recurrentes, concluida la situación de Incapacidad Temporal, y al incorporarse a su puesto de trabajo, solicitaron de la demandada acceder a cualquiera de los turnos de vacaciones que quedaban por disfrutar, lo que fue denegado por la empresa, aduciendo, únicamente, “que habían perdido sus turnos” por lo que hubieron de plantear, dentro del mismo año, la reclamación judicial pertinente, es por lo que procedería la estimación del recurso, con reconocimiento del derecho de los demandantes al disfrute de sus vacaciones anuales retribuidas.

Madrid, 3 de octubre de 2007.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Antonio Martín Valverde así como el voto particular formulado por el Excmo. Sr. Magistrado D. Jordi Agustí Julià, al que se adhiere el Excmo. Sr. Magistrado D. Luis Fernando de Castro Fernández

y las Excmas. Sras. Dña. María Luisa Segoviano Astaburuaga y Dña. Rosa María Virolés Piñol, hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.