



Roj: **STS 9051/2007** - ECLI: **ES:TS:2007:9051**

Id Cendoj: **28079140012007101679**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **20/12/2007**

Nº de Recurso: **75/2006**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **LUIS GIL SUAREZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 1609/2006,**  
**STS 9051/2007**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a veinte de Diciembre de dos mil siete.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud de recursos de casación, interpuestos por, el Letrado don Ángel Martín Aguado en nombre y representación de la Federación Estatal de Comercio Hostelería y Turismo de CC.OO. (FECOHT- CC.OO), por el Letrado don Javier Jiménez de Eugenio en nombre y representación de la Federación de Comercio, Hostelería- Turismo y Juego de UGT, y por el Letrado don José Manuel Castaño Holgado en nombre y representación de la Unión Sindical Obrera (USO), contra la sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, dictada el 17 de abril de 2006 en los autos de juicio num. 5/2006, iniciados en virtud de demanda presentada por la Federación Estatal de Comercio Hostelería y Turismo de CC.OO. (FECOHT-CC.OO) contra Leroy Merlin, S.A., sobre conflicto colectivo.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. LUIS GIL SUÁREZ

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- El Letrado, don Ángel Martín Aguado en nombre y representación de la Federación Estatal de Comercio Hostelería y Turismo de CC.OO. (FECOHT-CC.OO), presentó escrito ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, iniciando trámite de conflicto colectivo y promoviendo demanda de conciliación contra Leroy Merlin, S.A., fundada en los siguientes hechos: En el convenio de aplicación para los años 2003 a 2006 de la empresa demandada se establece que los trabajadores disfrutaran anualmente de treinta y un días naturales de vacaciones o su parte proporcional, pero al menos veintiuno ininterrumpidamente entre los meses de junio a septiembre ambos incluidos, quedando confeccionados en el último mes de cada año los turnos de vacaciones para el año siguiente, siendo elegidos los turnos rotativamente. Cuando el trabajador disfrute de los 21 días de vacaciones fuera del período junio-septiembre, la empresa prevé una bolsa vacacional de 100 euros por cada semana disfrutada fuera de tal período. La empresa demandada viene denegando el derecho del disfrute de las vacaciones a todo el trabajador que durante el período de vacaciones previsto cae en situación de incapacidad temporal. Cuando el trabajador ha de disfrutar sus vacaciones por causas ajenas a su voluntad fuera del período vacacional la empresa no le abona la "bolsa de vacaciones". La petición formulada se concreta en que se declare el derecho de los trabajadores de Leroy Merlin al disfrute íntegro de sus vacaciones anuales o de los 21 días cuando el período prefijado coincida en todo o en parte con una situación de IT, al disfrute íntegro de sus vacaciones en otras fechas distintas al período estival, cuando por razones derivadas de estar en situación de IT no pueda disfrutarlas durante dicho período estival, a disfrutar de la bolsa de vacaciones cuando el disfrute de los 21 días de vacaciones deba realizarse fuera del período estival previsto en el convenio.

SEGUNDO.- Recibida la demanda por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, se señaló para la celebración del acto de juicio el día 4 de abril de 2006, que se celebró el día señalado, con la intervención de las partes y



con el resultado que se refleja en el acta que obra unida a estas actuaciones; antes del inicio del juicio se llevó a cabo de nuevo, sin resultado, intento de conciliación.

TERCERO.- La Sala de lo Social de la Audiencia Nacional dictó sentencia el 17 de abril de 2006, cuyo fallo es el siguiente: "Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por FEDERACION ESTATAL DE COMERCIO, HOSTELERIA Y TURISMO DE CCOO (FECOHT-CCOO) a la que se adhirieron USO, UGT y FEDERACION DE TRABAJADORES INDEPENDIENTES DE COMERCIO (FETICO) contra LEROY MERLIN SA debemos declarar y declaramos que la interpretación del artículo 28 del Convenio Colectivo que procede es la siguiente: 1º.- Que el período de incapacidad temporal por accidente (sea o no laboral) o por enfermedad (profesional o común) sobre el que incida el período de vacaciones preestablecido debe ser considerado en todo o en parte como período de disfrute de vacaciones sin que genere derecho a la determinación de un nuevo período vacacional equivalente al tiempo de incapacidad temporal solapado, y en tal sentido desestimamos la demanda y absolvemos a la empresa demandada de la pretensión actora. 2º.- Que el período de baja por descanso por maternidad que se solape con el fijado para el disfrute de vacaciones no permite disminuir el disfrute íntegro de las vacaciones. 3º.- Que procede el abono de la bolsa de vacaciones, en la cuantía correspondiente a su período, cuando el disfrute de los 21 días de vacaciones se fije fuera de los meses de junio a septiembre. Y respecto de los pronunciamientos segundo y tercero condenamos a la empresa a estar y pasar por los mismos."

En esta sentencia se recogen los siguientes HECHOS PROBADOS: "1º).- La Empresa Leroy Merlin S.A. tiene Convenio Colectivo propio siendo el vigente el de 2003 a 2006 publicado en el BOE de 20-6-03; 2º).- El sindicato demandante ostenta la condición legal de sindicato mas representativo con notoria implantación en la Empresa; 3º).- Como situación fáctica: cuando un trabajador cae en situación de incapacidad temporal, derivada de enfermedad (profesional o común), ANTES de iniciarse su período vacacional fijado en el calendario de vacaciones pierde el derecho al disfrute de tantos días como los coincidentes entre ambas situaciones, según criterio empresarial. El criterio de la demandante es que las vacaciones no deben perderse en todo o en parte por consecuencia de un período de incapacidad temporal previo al período vacacional, como acontece en la empresa en caso de baja por maternidad; 4º).- 1) El artículo 28 del Convenio Colectivo dice: El personal disfrutará anualmente treinta y un días naturales de vacaciones, o su parte proporcional, disfrutándose al menos 21 días ininterrumpidos entre los meses de Junio a Septiembre, ambos inclusive. La empresa confeccionará en el último mes de cada año los correspondientes turnos de vacaciones para el año siguiente, siendo el criterio para la elección de turnos de rotatividad, publicando el referido calendario en el tablón de anuncios y entregando copia del mismo al Comité de Empresa o Delegados de los trabajadores. La empresa fuera de los períodos establecidos en el párrafo primero podrá excluir de los turnos de vacaciones aquellas fechas que coincidan con las de mayor actividad productiva. Con acuerdo de la dirección, los trabajadores podrán permutar sus turnos de vacaciones, siempre que ello no repercuta de forma negativa en el normal desarrollo del proceso productivo. Con acuerdo de la dirección y los trabajadores se podrá prever el disfrute de los 21 días de vacaciones fuera del período comprendido entre los meses de Junio y Septiembre. Para estos casos se prevé una bolsa vacacional de 100 euros por cada semana completa disfrutada fuera de tal período sin que el disfrute de períodos inferiores a siete días de lugar a la percepción de compensación alguna. El importe de la bolsa de vacaciones se abonará en la nómina correspondiente al mes en que se disfruten las vacaciones. En el caso de trabajadores a tiempo parcial la cuantía de la bolsa de vacaciones será proporcional a la jornada pactada en el contrato, incluyendo en su caso las horas complementarias efectivamente realizadas en el año anterior a la fecha de disfrute de las vacaciones. 2) En consecuencia la empresa en el último mes de cada año confecciona el turno de vacaciones para el año siguiente. Este calendario se entrega al Comité de Empresa y Delegados de los trabajadores que, si no es reparado por éstos, predetermina y fija el período vacacional de cada trabajador conforme a lo dispuesto en el precepto antedicho. 3) El Comité de Empresa los Delegados de los trabajadores no han formulado reparo alguno respecto a la cuestión litigiosa en relación con el concreto calendario presentado para este año. 4) El 21-9-05 el Comité Intercentros solicitó conocer el procedimiento empresarial para la devolución de las vacaciones que coinciden con período de IT manifestando ésta que, como desde hace tiempo, no procede recuperación, salvo caso de maternidad. Criterio ratificado en reunión de 13-12-05. 5) En la reunión de 29-9-04 en el seno del comité ya se había apuntado igual cuestión con idéntico resultado; 5º).- En aquellos supuestos en que le corresponde al trabajador disfrutar su período vacacional fuera del período estival y se encuentra en incapacidad temporal previa al inicio del mismo no percibe la " bolsa de vacaciones" correspondiente a la previsión del Convenio Colectivo al efecto; 6º).- Se ha agotado el intento conciliatorio y de mediación ante el SIMA, habiendo fracasado el intento de acuerdo tras la mediación propuesta el 16-11-05 en la reunión del Comité Intercentros de 13-12-05, dando lugar a la presentación de la demanda origen de este conflicto colectivo el 9-1-06."

CUARTO.- La Federación Estatal de Comercio Hostelería y Turismo de CC.OO. (FECOHT-CC.OO), fundamento su recurso de casación en la infracción del art. 28 del Convenio de empresa de Leroy Merlin S.A., en relación con



los arts. 40 de la Constitución Española, 5.4 del Convenio 132 de la OIT, 71.1 de la Directiva Europea 2000/34 y 38 del Estatuto de los Trabajadores.

La Federación de Comercio, Hostelería-Turismo y Juego de UGT, interpuso el recurso fundado en la infracción del art. 40.2 de la Constitución Española, el art. 38 del ET, el art. 28 del Convenio Colectivo de Leroy Merlin la Directiva 93/104 / CE de 23 de noviembre de 1993.

La Unión Sindical Obrera interpuso recurso de casación contra la anterior sentencia, fundado en la infracción de los arts. 40.2 de la Constitución Española, art. 3 y 38 del Estatuto de los Trabajadores, arts. 5 y 7 del Convenio nº 132 de la OIT, art. 28 del Convenio Colectivo de Leroy Merlin, Directivas 93/104 / CE de 23 de noviembre de 1993 y la 200/34 /CE del Parlamento Europeo y Consejo.

QUINTO.- Se admitió a trámite el recurso y tras formular la parte recurrida, Leroy Merlin, la pertinente impugnación, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de estimar improcedente tales recursos.

SEXTO.- Se señaló para la votación y fallo el día 16 de octubre de 2007, llevándose a cabo tales actos en la fecha señalada. Se han cumplido las normas reguladoras de los trámites procesales, a excepción del plazo para dictar sentencia, por el mucho trabajo que pesa sobre la Sala y la complejidad del asunto.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El 30 de junio del 2003 se publicó en el BOE el Convenio Colectivo de la empresa Leroy Merlin SA 2003-2006. El art. 4 del mismo establece que "el presente Convenio entrará en vigor al día siguiente de su firma, salvo en aquellos aspectos concretos en que se prevea una fecha distinta de entrada en vigor, y extenderá su vigencia por un período de cuatro años, contados entre el 1 de enero de 2003 hasta el 31 de diciembre del 2006.- Las condiciones salariales pactadas en el presente Convenio, salvo aquéllas en que expresamente se determinen otras fechas de entrada en vigor iniciarán su vigencia el 1 de enero de 2003".

Las vacaciones de los trabajadores de esta compañía vienen reguladas en el art. 28 de este convenio colectivo, el cual precepto contiene los siguientes mandatos:

"El personal disfrutará anualmente treinta y un días naturales de vacaciones, o su parte proporcional, disfrutándose al menos 21 días ininterrumpidamente entre los meses de Junio a Septiembre, ambos inclusive".

"La empresa confeccionará en el último mes de cada año los correspondientes turnos de vacaciones para el año siguiente, siendo el criterio para la elección de turnos la rotatividad, publicando el referido calendario en el tablón de anuncios y entregando copia del mismo al Comité de Empresa o Delegados de los trabajadores".

"La empresa fuera de los períodos establecidos en el párrafo primero podrá excluir de los turnos de vacaciones aquellas fechas que coincidan con las de mayor actividad productiva".

"Con acuerdo de la dirección, los trabajadores podrán permutar sus turnos de vacaciones, siempre que ello no repercuta de forma negativa en el normal desarrollo del proceso productivo".

"Con acuerdo de la dirección y los trabajadores se podrá prever el disfrute de los 21 días de vacaciones fuera del período comprendido entre los meses de Junio y Septiembre. Para estos casos se prevé una bolsa vacacional de 100 euros por cada semana completa disfrutada fuera de tal período, sin que el disfrute de períodos inferiores a siete días dé lugar a la percepción de compensación alguna. El importe de la bolsa de vacaciones se abonará en la nómina correspondiente al mes en que se disfruten las vacaciones. En el caso de trabajadores a tiempo parcial la cuantía de la bolsa de vacaciones será proporcional a la jornada pactada en el contrato, incluyendo en su caso las horas complementarias efectivamente realizadas en el año anterior a la fecha de disfrute de las vacaciones."

SEGUNDO.- La empresa mantiene el criterio de que una vez que el calendario de las vacaciones de un año determinado ha sido confeccionado conforme a lo que dispone el citado art. 28 del Convenio, tal calendario no puede ser modificado; y por ello si un trabajador concreto cae enfermo o accidentado antes de que se inicie su período de vacaciones, y pasa a la situación de incapacidad temporal (IT) por tal causa, y permanece en esa situación en la fecha en que tenían que comenzar las vacaciones, los días del período de tales vacaciones en que el empleado siga de baja no dan lugar, según dicho criterio de la empresa, a que puedan ser disfrutados posteriormente cuando haya sido dado de alta médica, aunque en todas esas vacaciones haya continuado en IT. La empresa entiende que si el trabajador estuvo en IT, durante el período de vacaciones fijado previamente a tal situación, no tiene derecho a disfrutar, una vez dado de alta, un número de días equivalente a aquellos que no pudo disfrutar por encontrarse enfermo, pues tal derecho ha decaído. Según la empresa, las vacaciones se cumplen y hacen realidad en el período fijado en el calendario confeccionado conforme prevé el art. 28 del



Convenio , y sólo en ese período; de tal modo que si al comenzar ese período el operario se encuentra en IT, el derecho a las vacaciones se pierde, en aquellos días en que permanezca en esa situación de baja.

En el hecho quinto de la demanda se declara "que en aquellos supuestos en que el trabajador ha de disfrutar sus vacaciones, y por causas ajenas a su voluntad como la IT, fuera del período vacacional, la empresa no le abona la 'bolsa de vacaciones' pactada en el art. 28 del convenio.

Ante esta postura de la empresa, la Federación Estatal de Comercio, Hostelería y Turismo de CCOO (FECOHT-CCOO) interpuso la demanda de conflicto colectivo origen de este proceso. Esta demanda se dirige contra la empresa Leroy Merlin SA; y además se indica en el encabezamiento de tal demanda que deberán ser citadas las siguientes organizaciones: la Federación Estatal de Comercio, Hostelería-Turismo y Juego de UGT, la Unión Sindical Obrera (USO) y la Federación de Trabajadores Independientes de Comercio.

En el suplico de esta demanda solicita que se dicte sentencia "por la que se declare el derecho de los trabajadores de Leroy Merlin:

1º.- Al disfrute íntegro de sus vacaciones anuales, cuando el período prefijado de disfrute coincida, en todo o en parte, con su situación de IT.

2º.- Al disfrute de los 21 días de vacaciones durante el período estival, con independencia de que el período vacacional prefijado en el calendario, coincida en todo o en parte con su situación de IT.

3º.- Al disfrute íntegro de sus vacaciones en otras fechas distintas al período estival fijado en el convenio, cuando por razones derivadas de estar en situación de IT no pueda disfrutarlas durante dicho período estival".

4º.- A la bolsa de vacaciones cuando el disfrute de los 21 días de vacaciones deba realizarse fuera del período estival previsto en el convenio.

En el acto del juicio verbal la UGT, USO y la Federación de Trabajadores Independientes de Comercio se adhirieron a la antedicha demanda presentada por CCOO.

La Sala de lo Social de la Audiencia Nacional dictó sentencia el 17 de abril del 2006 , en cuyo fallo se declaró "que la interpretación del artículo 28 del Convenio Colectivo que procede esa la siguiente:

"1º.- Que el período por incapacidad temporal por accidente (sea o no laboral) o por enfermedad (profesional o común) sobre el que incide el período de vacaciones preestablecido debe ser considerado en todo o en parte como período de disfrute de vacaciones, sin que genere derecho a la determinación de un nuevo período vacacional equivalente al tiempo de incapacidad solapado, y en tal sentido desestimamos la demanda y absolvemos a la empresa demandada de la pretensión actora".

"2º.- Que el período de baja por descanso por maternidad que se solape con el fijado para el disfrute de vacaciones no permite disminuir el disfrute íntegro de las vacaciones."

"3º.- Que procede el abono de la bolsa de vacaciones, en la cuantía correspondiente a su período, cuando el disfrute de los 21 días de vacaciones se fije fuera de los meses de junio a septiembre. "

"Y respecto de los pronunciamientos segundo y tercero condenamos a la empresa a estar y pasar por los mismos."

TERCERO.- Contra esta sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional interpusieron recursos de casación la Federación Estatal de Comercio, Hostelería y Turismo de CCOO, la Federación de Comercio, Hostelería-Turismo y Juego de UGT y la Unión Sindical Obrera (USO).

Estos tres recursos se articulan en un solo motivo cada uno de ellos, siendo prácticamente las mismas las infracciones legales que se denuncian en tales recursos, las cuales son, fundamentalmente, las del art. 28 del Convenio Colectivo de autos, art. 40-2 de la Constitución, arts. 3, 4, 5 y 7 del Convenio núm. 132 de la OIT, art. 7-1 de la Directiva CEE 2000/34 , y Directiva 93/104/CEE, y arts. 3 y 38 del ET .

La cuestión que constituye el objeto del debate en el presente recurso ha sido abordada y resuelta por la reciente sentencia de esta Sala de 3 de octubre del 2007 (recurso 5068/2005 ), dictada por el Pleno de la misma, en la cual se ha dado respuesta específica a la problemática de autos, eliminando las dudas y vacilaciones que pudieran existir en relación con anteriores resoluciones. Es obvio, por tanto, que procede aplicar en el presente caso los criterios y decisiones establecidas por esta reciente sentencia de Sala General.

En el supuesto examinado en esa sentencia de Sala General se trató de un supuesto relativo a la aplicación de los arts. 36 y 37 del Convenio colectivo de Grandes Almacenes que regulan el disfrute de las vacaciones anuales, cuyo contenido presenta un indudable paralelismo con el art. 28 del convenio aplicable en estos autos. En aquel supuesto a los dos trabajadores demandantes se les asignó el disfrute de las vacaciones del



año 2004 en unos días determinados, "atendiendo a lo dispuesto en el convenio y en el acuerdo de empresa aplicables", los cuales días "resultaron coincidentes con días de baja en el trabajo por incapacidad temporal por enfermedad común"; los dos demandantes fueron dados de alta médica por curación dentro del citado año 2004, y solicitaron a la empresa que se les fijase un nuevo y distinto período de vacaciones, pues, como se acaba de indicar, durante el que se les había asignado en principio, habían estado de baja por enfermedad; la empresa denegó tal solicitud. Como la sentencia comentada expresa en el último párrafo de su fundamento de derecho primero, se trata de 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", en el que los trabajadores solicitaron "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". Como se ve, en esa sentencia se suscitó el mismo problema jurídico que se plantea en el actual recurso. Esta sentencia de Sala General sostiene que los trabajadores no tienen derecho a que se les asigne un nuevo período de vacaciones, y por ello desestimó tales demandas. Y es claro que en este caso tenemos que mantener esos mismos criterios.

TERCERO.- En los fundamentos de derecho tercero y cuarto de la sentencia de la Sala a que nos venimos refiriendo se reseñan los preceptos que son de aplicación al caso (art. 40-2 de la Constitución española, art. 7-1 de la Directiva 93/104, arts. 5-4, 6-2 y 10 del Convenio OIT 132, y el art. 38 del ET ), recogiendo en los siguientes fundamentos de derecho la argumentación que esgrime tal sentencia, que aquí reproducimos en los párrafos que siguen:

1).- En el fundamento de derecho quinto de dicha sentencia se manifiesta:

"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 desarrolle')."

"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."

2).- El fundamento de derecho sexto de tal sentencia recoge las siguientes consideraciones:

"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."

3).- Y en el razonamiento jurídico séptimo se explica:

"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."

CUARTO.- Procede, por consiguiente, en armonía con el dictamen del Ministerio Fiscal, desestimar los recursos de casación interpuestos por la Federación Estatal de Comercio, Hostelería y Turismo de CCOO, por la Federación de Comercio, Hostelería- Turismo y Juego de UGT y por la Unión Sindical Obrera (USO) contra la sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de 17 de abril del 2006 .

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

### FALLAMOS

Desestimamos los recursos de casación, interpuestos por, el Letrado don Ángel Martín Aguado en nombre y representación de la Federación Estatal de Comercio Hostelería y Turismo de CC.OO. (FECOHT-CC.OO), por el Letrado don Javier Jiménez de Eugenio en nombre y representación de la Federación de Comercio, Hostelería-Turismo y Juego de UGT, y por el Letrado don José Manuel Castaño Holgado en nombre y representación de la Unión Sindical Obrera (USO), contra la sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, dictada el 17 de abril de 2006 en los autos de juicio num. 5/2006, iniciados en virtud de demanda presentada sobre conflicto colectivo. Sin costas.-

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional ,con la certificación y comunicación de esta resolución.

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

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