



Roj: **ATS 3081/2011 - ECLI:ES:TS:2011:3081A**

Id Cendoj: **28079140012011200656**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **26/01/2011**

Nº de Recurso: **249/2009**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **MARIA LOURDES ARASTEY SAHUN**

Tipo de Resolución: **Auto**

Resoluciones del caso: **ATS 3081/2011,**
PTJUE 85/2012,
STS 6797/2012

AUTO

En la Villa de Madrid, a veintiséis de Enero de dos mil once.

En el recurso de casación nº **249/2009**, interpuesto por la ASOCIACION NACIONAL DE GRANDES EMPRESAS DE DISTRIBUCION contra la sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, dictada el 23 de noviembre de 2009 en los autos 212/2009 , seguidos por conflicto colectivo frente a dicha asociación empresarial a instancia de los sindicatos FEDERACIÓN DE ASOCIACIONES SINDICALES (FAGSA), FEDERACION DE TRABAJADORES INDEPENDIENTES DE COMERCIO (FETICO), FEDERACION ESTATAL DE TRABAJADORES DEL COMERCIO, HOSTELERÍA, TURISMO Y JUEGO DE UGT y FEDERACIÓN DEL COMERCIO, HOSTELERÍA Y TURISMO DE CC.OO. ha actuado como Ponente la Excm. Sra. D^a **María Lourdes Arastey Sahún** .

Es Magistrada Ponente la Excm. Sra. D^a. María Lourdes Arastey Sahun

HECHOS

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

SEGUNDO.- La sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de 23 de noviembre de 2009 estimó las demandas acumuladas y declaró "el derecho de los trabajadores incluidos en el ámbito de aplicación del Convenio colectivo de Grandes Almacenes a disfrutar íntegras sus vacaciones y habiéndose prefijado éstas incidiera un proceso de incapacidad temporal al margen de la contingencia que lo cause y a interrumpir el periodo vacacional para el disfrute del periodo no completo si la incidencia del proceso de incapacidad temporal aconteciera durante el periodo de su disfrute, manteniéndose tal derecho aun finalizando el año temporal al que corresponden las vacaciones".

TERCERO.- Dicha sentencia ha sido recurrida en casación ordinaria por la representación procesal de la asociación empresarial demandada.



CUARTO.- Señalado para deliberación y fallo el 20 de octubre de 2010, se acordó suspender las actuaciones y dar traslado a las partes y al Ministerio Fiscal a los efectos de alegar lo que a su derecho conviniera respecto del planteamiento por la Sala de una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

QUINTO.- Tanto la Federación del Comercio, Hostelería y Turismo de CC.OO. como la Federación Estatal de Trabajadores del Comercio, Hostelería, Turismo y Juego de UGT (mediante sendos escritos presentados el 19 y 23 de noviembre de 2010, respectivamente) alegaron que no existía obstáculo alguno en relación con la posibilidad de interrumpir las vacaciones en los supuestos de incapacidad temporal sobrevenida de acuerdo con la doctrina del TJUE y de este Tribunal Supremo.

En la misma fecha ANGED manifestó también por escrito que la cuestión a plantear al TJUE debía abarcar también qué entiende la Directiva por periodo de referencia para el disfrute del descanso mínimo y si la excepción a la regla general de la referencia anual sólo ha de aplicarse al caso de pactos a través de la negociación colectiva.

Por último, el Ministerio Fiscal informó el 9 de diciembre pasado que la situación de la incapacidad temporal que pueda surgir durante el disfrute de las vacaciones reviste ribetes singulares y justifica las dudas razonables de la Sala sobre la incidencia del art. 7.1 de la Directiva.

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Con arreglo a los arts. 19.3 b) del Tratado de la Unión Europea y 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (antiguo art. 234 TCE), el Tribunal de Justicia se pronunciará con carácter prejudicial, a petición de los órganos jurisdiccionales nacionales, sobre la interpretación del Derecho de la Unión o sobre la validez de los actos adoptados por las instituciones.

Asimismo, el segundo de los preceptos señala que " *Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal* ". Siendo éste el caso en el que se halla el presente recurso de casación, para cuya decisión es competente esta Sala IV (Social) del Tribunal Supremo de España sin que contra la sentencia que en él se dicte quepa ulterior recurso judicial interno.

SEGUNDO.-Objeto del litigio

1. Mediante demandas separadas que fueron acumuladas, los sindicatos plantearon procedimiento de conflicto colectivo para que, en el ámbito de afectación del convenio colectivo estatal de grandes almacenes, se declare el derecho de los trabajadores sujetos a esa regulación convencional a disfrutar de sus vacaciones anuales aun cuando coincidan con periodos de baja por incapacidad temporal.

2. Interesa aclarar que en el Derecho española las sentencias dictadas en los procesos de conflicto colectivo -como en el caso presente- tienen fuerza vinculante sobre los procesos individuales pendientes o futuros que tengan el mismo objeto. Así se señala en el art. 158.3 de la Ley de Procedimiento Laboral que establece: " *La sentencia firme producirá efectos de cosa juzgada sobre los procesos individuales pendientes de resolución o que puedan plantearse, que versen sobre idéntico objeto* ".

Interpretando dicho precepto esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha sostenido que el planteamiento por parte de los representantes de los trabajadores y empresarios de un proceso de conflicto colectivo suspende la tramitación de los procesos individuales sobre la misma cuestión litigiosa, reanudándose la tramitación cuando la sentencia del conflicto colectivo alcance firmeza.

3. La parte empresarial demandada viene interpretando que los trabajadores que se encuentren, en situación de incapacidad temporal, previamente a la iniciación del disfrute del periodo de vacaciones inicialmente fijado (o que lo incurran en aquella durante las vacaciones), no tienen derecho a su disfrute en momento posterior al término de la incapacidad temporal, aunque haya terminado el año natural al que corresponda, salvo que se trate de las situaciones expresamente contemplada en el convenio, esto es, los supuestos de incapacidad temporal derivada del embarazo, el parto o la lactancia natural o el periodo de suspensión del contrato previsto en el art. 48.4 del Estatuto de los trabajadores .

4. La pretensión de los sindicatos demandantes incide tanto en los periodos de incapacidad temporal iniciados antes de la fecha de disfrute de vacaciones -previamente fijada- como en aquellos que se inicien cuando el trabajador ya haya empezado a disfrutar de las vacaciones.

5. La sentencia de la Sala de lo Social estimó íntegramente la demanda.



El recurso de la asociación empresarial demandada combate ambos pronunciamientos, siendo el segundo de los aspectos del mismo el que suscita la necesidad del planteamiento de la cuestión prejudicial, como a continuación se expondrá.

TERCERO.-Disposiciones nacionales y jurisprudencia aplicables.

El art. 40.2 de la Constitución Española, dentro del capítulo dedicado a los principios rectores de la política social y económica, establece: *"Asimismo, los poderes públicos fomentarán una política que garantice la formación y readaptación profesionales; velarán por la seguridad e higiene en el trabajo y garantizarán el descanso necesario, mediante la limitación de la jornada laboral, las vacaciones periódicas retribuidas y la promoción de centros adecuados"*.

El art. 38 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET) establece:

"1. El período de vacaciones anuales retribuidas, no sustituible por compensación económica, será el pactado en convenio colectivo o contrato individual. En ningún caso la duración será inferior a treinta días naturales.

2. El período o períodos de su disfrute se fijará de común 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.

En caso de desacuerdo entre las partes, la jurisdicción competente fijará la fecha que para el disfrute corresponda y su decisión será irrecurrible. El procedimiento será sumario y preferente.

3. El calendario de vacaciones se fijará en cada empresa. El trabajador conocerá las fechas que le correspondan dos meses antes, al menos, del comienzo del disfrute.

Cuando el período de vacaciones fijado en el calendario de vacaciones de la empresa al que se refiere el párrafo anterior coincida en el tiempo con una incapacidad temporal derivada del embarazo, el parto o la lactancia natural o con el período de suspensión del contrato de trabajo previsto en el artículo 48.4 de esta Ley, se tendrá derecho a disfrutar las vacaciones en fecha distinta a la de la incapacidad temporal o a la del disfrute del permiso que por aplicación de dicho precepto le correspondiera, al finalizar el período de suspensión, aunque haya terminado el año natural a que correspondan".

En suma, la determinación del periodo anual de vacaciones de cada trabajador ha de hacerse en principio por acuerdo individual entre el empresario y el propio trabajador en el marco de posibles de convenios colectivos sobre planificación anual de las vacaciones y, en caso de desacuerdo, resuelve el juez siguiendo un procedimiento jurisdiccional especial.

El art. 48.4 ET regula los supuestos de suspensión del contrato de trabajo por parto, fallecimiento de la madre tras el parto, parto prematuro, hospitalización del neonato, adopción o acogimiento.

El art. 45.1 c) ET establece como causa de suspensión del contrato de trabajo la incapacidad temporal de los trabajadores.

El art. 37 del Convenio colectivo de Grandes Almacenes 2009-2010 contiene una disposición semejante a la del último apartado del art. 38 del Estatuto de los Trabajadores al establecer:

"1º Los trabajadores disfrutarán entre los meses de Junio a Septiembre de, al menos, veintiún días naturales interrumpidos de su período vacacional, salvo que ingresen en la Empresa con posterioridad al 1 de Septiembre, o su parte proporcional.

Las empresas podrán excluir de los turnos de vacaciones aquellas fechas que coincidan con las de mayor actividad productiva.

2º Fuera del anterior período, y en la medida que la organización del trabajo lo permita, los trabajadores tendrán opción para fijar la fecha de disfrute de su vacación anual.

3º La bolsa vacacional podrá fraccionarse en función de los días efectivamente no disfrutados. Durante la vigencia del presente Convenio, su cuantía se fija en 350?. Se abonará a aquellos trabajadores que, por necesidad del servicio u organización del trabajo, no sea posible concederles el disfrute indicado de Junio a Septiembre.

Si por fecha de ingreso del trabajador le correspondieran menos de 21 días de Junio a Septiembre, de optar las empresas en dicho período por lo previsto en el apartado 3º de este mismo artículo, se abonaría la parte proporcional de esta misma bolsa.

El derecho al percibo de la bolsa de vacaciones no está sujeto a la naturaleza temporal o no del contrato, teniendo en consecuencia derecho al mismo tanto los trabajadores fijos como los temporales en los que coincidan las circunstancias a que se refiere este artículo, si bien se considera como condición indispensable para poder tener



derecho a disfrutar vacaciones entre los meses de junio a septiembre el que durante esos meses esté el contrato de trabajo vivo y en activo, ya que, en otro caso, carecería de sentido el precepto, excluyéndose del cobro de la bolsa, por razones de pura lógica, exclusivamente a aquellos trabajadores contratados en ese período mediante la modalidad de interinaje, precisamente para poder sustituir a trabajadores que disfruten de los 21 días naturales ininterrumpidos entre los meses de junio a septiembre.

4º Como principio y preferencia única para el derecho de opción de los trabajadores a un determinado turno de vacaciones, se establece que quien optó y tuvo preferencia sobre otro trabajador en la elección de un determinado turno, pierde esa primacía de opción hasta tanto no la ejercite el resto de sus compañeros en una unidad de trabajo.

5º Cuando el período de vacaciones fijado en el calendario de vacaciones coincida en el tiempo con una incapacidad temporal derivada del embarazo, el parto o la lactancia natural o con el periodo de suspensión del contrato previsto en el artículo 48.4 del ET, se tendrá derecho a disfrutar las vacaciones en fecha distinta a la de la incapacidad temporal al finalizar el periodo de suspensión, aunque haya terminado el año natural a que correspondan".

La sentencia del Tribunal del Constitucional nº 324/2006, de 20 de noviembre indicó que " El derecho a vacaciones anuales retribuidas, sin ser absoluto en cuanto a las fechas de su ejercicio, forma parte del núcleo irrenunciable de los derechos propios de un Estado social... Todo ello no quiere decir que tanto el legislador como la Administración no puedan poner límites al disfrute efectivo de las vacaciones, pero sí que la protección constitucional de las vacaciones sólo permite los límites derivados de su propia naturaleza y finalidad o los que aparezcan impuestos por la necesaria protección de un interés constitucionalmente legítimo, y respetuosos con el principio de proporcionalidad".

La doctrina jurisprudencial de esta Sala IV del Tribunal Supremo, en relación a la coincidencia de las vacaciones previamente fijadas con un periodo de incapacidad temporal iniciado antes del comienzo del disfrute de aquéllas, había entendido que no era posible reconocer el periodo vacacional en fecha posterior cuando la incapacidad temporal se había iniciado antes del comienzo de dicha vacación, salvo en los casos legalmente excepcionados por el art. 38 ET (STS de 3 de octubre de 2007 -rcud. 5068/2005 - y 20 de diciembre de 2007 -rcud. 75/2006). No obstante, en aplicación de la doctrina del TJUE, esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo modificó su criterio a partir de la sentencia de 24 de junio de 2009 (rcud. 1542/2008), dictada por el Pleno de esta Sala y reiterada en las STS de 18 de enero (rcud. 314/2009) y 21 de enero (rcud. 546/2009), 4 de febrero (rcud. 2288/2009), 8 de febrero rcud. 1782/2009), 11 de febrero de 2010 (rcud. 1293/2009), 13 de julio de 2010 (rcud. 1259/2009) y 15 de noviembre de 2010 (rcud. 3990/2009). En ellas se ha sostenido que "...la situación de incapacidad temporal, que surge con anterioridad al período vacacional establecido y que impide disfrutar de este último en la fecha señalada, no puede ni debe erigirse en impedimento que neutralice el derecho al disfrute de dicha vacación anual que todo trabajador ostenta por la prestación de servicios en la empresa".

CUARTO.- Normativa europea aplicable.

El art. 7 de la Directiva 2003/88 / CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003 , relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, establece : "Vacaciones anuales.

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 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.»

QUINTO.- Razones para preguntar sobre la interpretación del Derecho de la Unión Europea.

El litigio que se nos somete a conocimiento comprende dos cuestiones distintas relacionadas con la coincidencia de periodos de vacaciones y periodo de baja por enfermedad.

La primera de ellas -supuesto en que la fecha de vacaciones sea posterior al momento de inicio de la incapacidad temporal- es coincidente con lo ya resuelto por esta misma Sala IV del Tribunal Supremo en las sentencias que antes hemos citado. Es el segundo de los puntos litigiosos el que ahora merece el examen de la adecuación de la práctica nacional a la interpretación conforme con el Derecho de la Unión.

Establecido en la Directiva 2003/88 el derecho a las vacaciones anuales retribuidas, con base en el art. 137 del Tratado CE , el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha declarado que el derecho de todo trabajador a disfrutar vacaciones anuales retribuidas debe considerarse un principio del Derecho social comunitario de especial importancia, respecto del cual no pueden establecerse excepciones (STJUE 26 de junio de 2001, BECTU, C-173/1999 ; 18 de marzo de 2004, Merino Gómez, C-342/2001 ; y 16 de marzo de 2006,



Robinson-Steele y otros, C-131/2004 y 257/2004; así como, la de 22 de abril de 2010 , Zentralbetriebsrat Landeskrankenhäuser Tirols, C-486/2008). Si bien tal declaración se hacía en el marco de procedimientos en que el conflicto del derecho de vacaciones se daba en situaciones derivadas del ejercicio de permisos de maternidad o parentales, con posterioridad el TJUE ha aplicado los mismos principios a los supuestos de conflicto entre vacaciones e incapacidad temporal (STJUE de 20 de enero de 2009, Shultz-Hoff, C-350/2006 y 520/2006; y 10 de septiembre de 2009, Vicente Pereda, C-277/2008).

De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que:

- a) Corresponde a los Estados Miembros establecer en su normativa interna los requisitos para el ejercicio y la aplicación del derecho de vacaciones, sin poder supeditar, no obstante, a ningún tipo de requisitos la propia constitución del derecho (sentencias BECTU, ap. 53, Shultz-Hoff ap. 28 y Vicente Pereda, ap. 19);
- b) La finalidad del derecho de vacaciones anuales retribuidas consiste en permitir que los trabajadores descansen y dispongan de un tiempo de ocio y esparcimiento (Vicente Pereda, ap. 21);
- c) El trabajador que se encuentre en situación de incapacidad temporal durante un periodo de vacaciones previamente fijadas tiene derecho, a petición suya y al objeto de disfrutarlas efectivamente, a tomarlas en fecha distinta a la de la incapacidad temporal (Vicente Pereda, ap. 22).
- d) La fijación del nuevo periodo está sometido a las disposiciones del Derecho nacional (Vicente Pereda, ap. 22)
- e) Tales disposiciones tendrán en cuenta los intereses concurrentes y, en particular las razones imperiosas que se derivan de los intereses de la empresa- de producirse una colisión de intereses, el empresario habrá de fijar en todo caso un periodo de disfrute aunque queda fuera del periodo de referencia de la vacaciones anuales (sentencia de 6 de abril de 2006, Federatie Nederlandse Vakbewing, C-124/2005, ap. 30, Shultz-Hoff, ap. 30 y Vicente Pereda, aps. 22 y 23).

Ahora bien, cuando el TJUE se ha pronunciado sentando los criterios hasta ahora enumerados lo ha hecho sobre supuestos en que la situación concurrente de incapacidad temporal se había iniciado con anterior a la fecha de comienzo de las vacaciones. El derecho a vacaciones sobre el que se pronuncia el Tribunal de Justicia no había llegado a poder ser disfrutado en ningún caso.

Sin embargo, el supuesto que ahora nos suscita el planteamiento de la cuestión guarda relación con la situación sobrevenida una vez iniciado el disfrute de dicho derecho a vacaciones y, por tanto, satisfecho el momento inicial del periodo vacacional anual.

Se trata, por tanto, de decidir si existe para el empresario una obligación de resultado, que implique el mantenimiento del derecho a las vacaciones en todo caso -sin tener en cuenta la gravedad de la situación de baja del trabajador o su incidencia en la capacidad de trabajo-, o si, por el contrario, habrá de entenderse satisfecho tal derecho del trabajador cuando el empresario haya puesto ya a disposición del mismo su ejercicio inicial (incluso por acuerdo del propio del trabajador o por decisión judicial, como la legislación española ha previsto), con independencia de la concurrencia ulterior del accidente o la enfermedad.

De ahí que quepa cuestionar si el art. 7.1 de la Directiva se opone a una interpretación de la normativa española aplicable al caso debatido que no permita interrumpir el periodo vacacional para el disfrute, en un momento posterior, del periodo completo -o que reste- si la incidencia del proceso de incapacidad temporal aconteciera de forma sobrevenida durante el periodo de su disfrute. En definitiva, se hace necesario, resolver esta cuestión interpretativa con carácter previo a dictar sentencia en el recurso de casación.

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

LA SALA ACUERDA:

1.- Plantear la siguiente cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea:

¿El art. 7.1 de la Directiva 2003/88 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003 , relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, se opone a una interpretación de la normativa nacional que no permita interrumpir el periodo vacacional para el disfrute en un momento posterior, del periodo completo -o que reste-, si la incidencia de un proceso de incapacidad temporal aconteciera de forma sobrevenida durante el periodo de su disfrute?

2.- Suspender las presentes actuaciones mientras se resuelve la cuestión prejudicial.

Así lo acordamos, mandamos y firmamos.