

Id Cendoj: 28079140012009100571
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Social
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 1542/2008
Nº de Resolución:
Procedimiento: SOCIAL
Ponente: LUIS FERNANDO DE CASTRO FERNANDEZ
Tipo de Resolución: Sentencia

Voces:

- x COMPETENCIA FUNCIONAL x
- x RECURSO DE SUPPLICACIÓN x
- x VACACIONES x
- x VOTO PARTICULAR x

Resumen:

Vacaciones anuales retribuidas. Derecho a modificar la fecha de las vacaciones, cuando incluso después de haber sido fijada de mutuo acuerdo, surge una incapacidad temporal posterior a la fecha de fijación, que impide su disfrute efectivo.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinticuatro de Junio de dos mil nueve

Vistos los autos pendientes ante la Sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la Letrada D^a Pilar Vargas Mendieta, en nombre y representación de D. Mariano , contra la sentencia dictada el 2 de abril de 2008 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el recurso de suplicación núm. 1211/08, formalizado por el recurrente contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 19 de Madrid, de fecha 24 de septiembre de 2007, recaída en los autos núm. 698/07, seguidos a instancia de D. Mariano contra la empresa CLH AVIACIÓN, S.A., sobre DERECHO DE VACACIONES.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Luis Fernando de Castro Fernandez,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 24 de septiembre de 2007, el Juzgado de lo Social núm. 19 de Madrid, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que procede desestimar y desestimo la pretensión formulada por D. Mariano , frente a la empresa CLH Aviación, S.A., en reclamación de reconocimiento de derecho al disfrute de vacaciones, con absolución a la misma de los pedimentos de la demanda".

SEGUNDO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: 1º.- El demandante D. Mariano , con DNI NUM000 , presta servicios para la demandada CLH Aviación, S.A., dedicada a la actividad de xxx, en virtud de un contrato por tiempo indefinido, con antigüedad de 10-06-63, categoría profesional de oficial cualificado 8 y salario mensual bruto de 2.996, 10 euros, con prorrateo de pagas extras. 2º.- A lo largo de los meses de noviembre y diciembre de cada año, la empresa elabora el calendario de vacaciones del personal para el año siguiente, abriéndose para ello un cauce de peticiones individualizadas, que son atendidas en función de las necesidades productivas, negociando con los representantes de los trabajadores, tras lo cual es firmado por ella y publicado en el tablón para conocimiento del personal, lo que se efectúa en diciembre. La empresa faculta a los trabajadores a disfrutar de quince días de vacaciones en los meses de verano, entre el 15 de junio y el 15 de septiembre, y el resto en una quincena o dos semanas durante el invierno. 3º.- El día 3 de noviembre de 2007, el demandante solicitó el disfrute de las vacaciones de invierno en las siguientes fechas: del 18 de diciembre al 24 de diciembre y del 10 de abril al 16 de abril.

En diciembre del año 2006, como viene siendo habitual se publicó por la empresa demandada, el calendario de vacaciones correspondientes al citado año, siéndole asignados al demandante los días solicitados. 4º.- El día 19 de marzo de 2007, el actor causó baja por enfermedad, continuando en incapacidad temporal hasta el 11 de mayo de 2007, en que causó alta. 5º.- En fecha 8 de junio de 2007, el demandante entregó a la empresa un escrito de 7 de junio de 2007, reclamando el disfrute de los restantes 7 días de vacaciones, que habían coincidido con su baja por enfermedad, siendo desestimada tal petición por comunicación de 8 de junio de 2007, con los fundamentos que en la misma constan, la cual se tiene por reproducida en aras a la brevedad (folio 19). 6º.- La empresa se rige por el Convenio Colectivo de empresa. 7º.- Con fecha 28 de junio de 2007 se presentó papeleta de conciliación ante el servicio administrativo competente, celebrándose el acto conciliatorio el día 11 de julio de 2007, terminando con el resultado de "intentado y sin efecto". El día 12 de julio de 2007 se presentó demanda, que ha sido repartida a este Juzgado de lo Social".

TERCERO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por D. Mariano ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, la cual dictó sentencia con fecha 2 de abril de 2008, en la que dejando inalterada la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, consta la siguiente parte dispositiva: "Desestimando el recurso de suplicación formulado por D. Mariano contra la sentencia nº 270/07 de fecha 24 de septiembre de 2007 dictada por el Juzgado de lo Social nº 19 de los de Madrid, en autos 698/07 seguidos a su instancia frente a CLH AVIACIÓN S.A. debemos confirmar y confirmamos la citada resolución".

CUARTO.- Por la Letrada D^a Pilar Vargas Mendieta, en nombre y representación de D. Mariano, mediante escrito de fecha 29 de abril de 2008, formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 21 de marzo de 2006.

QUINTO.- Por providencia de esta Sala, se procedió a admitir a trámite el citado recurso, y habiéndose impugnado, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de considerar improcedente el recurso. E instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 18 de marzo de 2009, señalamiento que por providencia de esa misma fecha se dejó sin efecto y se acordó que, dadas las características de la cuestión planteada, y su trascendencia procedía realizar un nuevo señalamiento para Sala General, fijándose para ello el día 22 de abril de 2009. Posteriormente y por providencia de 22 de abril del año en curso se volvió a dejar sin efecto el señalamiento citado, acordándose nuevamente la celebración del mismo para la Sala General del día 17 de junio de 2009, en el que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- Los hechos que configuran la cuestión litigiosa en las presentes actuaciones y que constan acreditados, son resumibles en los siguientes términos: a) a finales de cada año, la empresa demandada «CLH AVIACIÓN S.A.» elabora el calendario de vacaciones, negociando con los representantes de los trabajadores y atendiendo peticiones individualizadas en función de las necesidades productivas; b) el demandante solicitó disfrutar parte de su vacación de invierno de 2007 en el periodo 10 al 16 de Abril de 2007, y así se asignó en el calendario publicado; c) el trabajador no pudo hacer efectivo el periodo fijado, al permanecer de baja por IT entre el 19/Marzo y el 11/Mayo; d) en 8/Junio el trabajador solicitó el disfrute de aquellos siete días en otra fecha, lo que le fue denegado por la empresa.

2.- Formulada demanda, la misma fue desestimada por el Juzgado de lo Social nº 19 de Madrid [autos 698/07] y tal criterio fue confirmado por la STSJ Madrid 02/04/08 [REC. 1211/08], que es objeto del presente recurso de casación para la unificación de doctrina, citando como sentencia de contraste la STS 21/03/06 [-rcud 681/05 -] y se denuncia la infracción de los arts. 40.2 CE, el Convenio 132 OIT, el art. 38.1 ET y el 34 del Convenio Colectivo.

Entre ambas resoluciones contrastadas se cumple -como observa el Ministerio Fiscal- el requisito de contradicción exigido por el art. 217 LPL, al tratarse de sentencias que contienen pronunciamientos diversos respecto de hechos y pretensiones sustancialmente iguales, pues se trata -en uno y otro supuesto- de trabajadores a los que la empresa les había reconocido para el disfrute del periodo vacacional precisamente las fechas que habían solicitado, pero que no pueden hacerlo por haber iniciado con anterioridad situación de IT, negándose la empleadora a fijar un nuevo periodo de disfrute; la única diferencia es la cualidad de personal estatutario propia del trabajador accionante en la referencial, pese esta diversidad se revela insustancial si se atiende a la circunstancia de que tampoco tal personal tenía -en la correspondiente fecha- normativa específica alguna sobre la materia [IT acaecida con anterioridad al inicio de las vacaciones].

SEGUNDO.- 1.- Pero antes de entrar a conocer la cuestión de fondo resulta del todo imprescindible justificar el porqué no rechazamos de oficio la competencia inicial del Tribunal Superior de Justicia y posterior de esta Sala, aceptando que contra la sentencia de instancia cupiese interponer el recurso de Suplicación y el presente de casación para la unidad de la doctrina. Y nos resulta necesaria tal justificación, de una parte porque estamos en presencia de una reclamación cuya traducción económica no alcanza el límite de acceso a aquel recurso previsto en el *art. 189.1 LPL* ; y -sobre todo- porque hemos negado la existencia de afectación general [justificativa de acceso al recurso, pese a su escasa traducción monetaria] en múltiples supuestos de reclamación de cinco días adicionales de vacaciones, formulada por trabajadores a tiempo parcial de una compañía aeronáutica [entre las más próximas, SSTS de 07/04/09 -rcud 1492/08-; 08/04/09 -rcud 1486/08-; y 06/05/09 -rcud 1408/08 -].

2.- Pero éste no es el caso que ahora debatimos. Como punto de partida recordemos -aunque muy sucintamente- algunas precisiones en orden a la «afectación general»: a) su apreciación depende no sólo de la existencia efectiva de litigiosidad en masa, sino también de las «características intrínsecas» de la cuestión objeto de debate, aunque ello no suponga que la afectación general se confunda con el ámbito personal de las normas jurídicas; b) la triple distinción que establece el *art. 189. 1. b LPL* pone de manifiesto que la alegación y prueba de la afectación múltiple, no es necesaria cuando se trate de «hechos notorios», ni cuando el asunto «posea claramente un contenido de generalidad no puesto en duda por ninguna de las partes»; c) la notoriedad de que habla el *art. 189.1.b LPL* no es la «absoluta y general» a que se refiere el *art. 281.4 LECiv* , bastando que así se califique por la naturaleza de la cuestión, circunstancias concurrentes o existencia de otros procesos, y su apreciación procede aunque no haya alegación de parte, bastando para ello la cuestión sea notoria para el Tribunal; d) «el contenido de generalidad» es categoría próxima a la notoriedad, en que la evidencia de afectación múltiple es de menor intensidad, y por ello requiere que no sea cuestionado por ninguna de las partes, aunque no hubiese sido alegado; y e) fuera de estos supuestos, la afectación general requiera que haya sido alegada y probada en juicio (SSTS -Sala General- 03/10/03 -rec. 1011/03- Ar. 6488; y 03/10/03 -rec. 1422/03-. Y a partir de ahí, multitud de sentencias , cuya doctrina se reproduce -recientemente- en las de 01/04/09 -rcud 2353/08-; 08/04/09 -rcud 1108/08-; y 30/04/09 -rcud 2300/08-).

3.- Efectuadas tales concreciones, ha de destacarse que el supuesto ahora debatido no guarda relación con aquellos otros - más arriba señalados- en los que de oficio hemos rechazado la competencia funcional de la Sala de Suplicación y de este Tribunal Supremo, pues en tanto que en tales supuestos lo que estaba en juego era la concreción numérica de los días de vacaciones que correspondían a singulares trabajadores en concretas condiciones de trabajo [los contratados a tiempo parcial para prestar servicios en un determinado aeropuerto], muy diversamente la cuestión que se debate en las presentes actuaciones es a relativa a la repercusión que reciente doctrina comunitaria [STJCE 20/01/09 -Asunto Shultz-Hoff-] haya de tener -por vía de aplicación directa o interpretativa- en la jurisprudencia sentada por la STS 03/10/07 [-rcud 5068/05-], dictada en Sala General y relativa a la incidencia de la IT sobre el periodo de vacaciones previamente fijado. Ello significa que la cuestión afecta de forma directa a nuestro cuerpo de doctrina y -consecuentemente- a todo el numeroso colectivo de trabajadores en los se solapan la IT y el periodo vacacional fijado; afectación cuya generalidad -en razón a la naturaleza de la cuestión y a sus circunstancias- no puede por menos que calificarse de «notoria», siendo buena prueba de ello no sólo la abundancia continua de pleitos sobre tal extremo [así lo evidencian los repertorios jurisprudenciales], sino el cumplido eco que esa posible repercusión ha tenido y tiene tanto en la doctrina especializada como en los diversos medios de comunicación.

TERCERO.- 1.- Aclarada tal cuestión, procede indicar que el tema que nuevamente se plantea ante esta Sala -posibilidad de disfrutar un periodo vacacional diverso al asignado, si el mismo se hubiese imposibilitado por situación de IT iniciada con anterioridad- efectivamente ha sido resuelto por el Pleno de este Tribunal en la ya indicada sentencia de 03/10/07 [rcud 5068/05], cuya conclusión -expresada en el fundamento sexto, *in fine* - es la de que «La obligación legal del empresario de respetar el derecho a vacaciones del trabajador es una obligación de medio y no de resultado, que se ciñe, salvo ampliación convencional o contractual de su contenido, a la libranza de las fechas fijadas en un acuerdo individual de vacaciones o en un acuerdo colectivo de planificación y fijación del calendario de vacaciones. 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».

Conclusiones -reiteradas poco después por la sentencia de 20/12/07 [rco 75/06]- a las que se llega en función de argumentos de considerable peso y pleno rigor técnico, utilizados para determinar el alcance de los *arts. 40.2 CE, 38 ET, y 5.4, 6.2 y 10 Convenio 132 OIT*; preceptos que no contienen -como después veremos- previsión específica sobre el tema objeto de debate y que con ello justifican la diversidad de opiniones -doctrinales y jurisprudenciales- existentes al respecto.

2.- Pero -tal como hemos adelantado- recientemente, la STJCE 20/01/09 ha interpretado el *art. 7.1 de la Directiva 2003/88 /CE* [de idéntico texto al homólogo de la *Directiva 93/104 /CE* que codifica], relativa a las disposiciones mínimas de seguridad y salud en materia de ordenación del tiempo de trabajo, llegando a conclusiones que pudieran considerarse incompatibles con el criterio expresada por el Pleno de esta Sala y que no solamente se nos pudieran imponer de forma directa, sino que justificasen una reconsideración del tema en el ámbito de nuestro Derecho interno; posteriormente razonaremos sobre ambas posibilidades.

El precepto interpretado por el Tribunal de Justicia dispone: «1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que todos los trabajadores dispongan de un periodo 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». Y entre las afirmaciones que el citado Tribunal hace, algunas resultan directamente aplicables -como principios inspiradores de la normativa comunitaria- al concreto supuesto de que tratamos [derecho a disfrutar vacaciones cuando el periodo fijado coincide con IT acaecida anteriormente]. Muy particularmente:

a).- «... el derecho de todo trabajador a disfrutar de vacaciones anuales retribuidas debe considerarse un principio del Derecho social comunitario de especial importancia, respecto al cual no pueden establecerse excepciones y cuya aplicación por parte de las autoridades nacionales competentes únicamente puede efectuarse respetando los límites establecidos expresamente por la propia *Directiva 93/104 / CE del Consejo, de 23 de noviembre de 1993*, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo» [apartado 22. Con cita de las SSTJCE 26/06/01, BECTU, apartado 43; 18/03/04, Merino Gómez, , apartado 29; y 16/03/06, Robinson-Steele y otros, apartado 48];

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

c).- «... un permiso garantizado por el Derecho comunitario no puede menoscabar el derecho a disfrutar de otro permiso garantizado por ese mismo Derecho» [apartado 26. Con cita de las SSTJCE Merino Gómez, apartados 32 y 33; 14/04/05, Comisión/Luxemburgo, apartado 33; y 20/09/07, Kiiski, apartado 56];

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

e).- El *art. 7.1 de la Directiva 2003/88* «no se opone, en principio, a una normativa nacional que establezca modalidades de ejercicio del derecho a vacaciones anuales retribuidas que atribuye expresamente esta Directiva, aun cuando tal normativa llegue hasta el extremo de incluir la pérdida de dicho derecho al término del período de devengo de las vacaciones anuales o del período de prórroga, siempre y cuando el trabajador, cuyo derecho a vacaciones anuales retribuidas se haya perdido, haya tenido efectivamente la posibilidad de ejercitar el derecho que le atribuye la *Directiva*» [apartado 43];

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

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

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

CUARTO.- Como ya adelantamos, esta reciente doctrina comunitaria obliga a una nueva lectura de los textos internos en liza, siendo así que la primacía del Derecho comunitario, continuamente afirmada por el TJCE y reconocida con claridad en nuestro ordenamiento jurídico [art. 93 CE], no solamente determina la prevalencia de la jurisprudencia comunitaria sobre la doctrina de los Tribunales de los países miembros en la interpretación o aplicación de los preceptos y disposiciones del Derecho Comunitario, al tener precisamente atribuida la competencia de interpretación uniforme del Derecho de la Comunidad Europea (aparte de otras muchas anteriores, SSTs 20/10/04 -rcud 4424/03-; 27/10/04 -rcud 899/02-; y dos de 22/12/08 -rcud 85/06 y 3460/06 -), sino que incluso llega a influir -hasta cierto punto- en la interpretación de la normativa nacional, puesto que «el órgano jurisdiccional que debe interpretarla está obligado a hacer todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la directiva, para, al efectuar dicha interpretación, alcanzar el resultado a que se refiere la Directiva y de esta forma atenerse al párrafo tercero del art. 189 del Tratado» -actual art. 249- (STJCE 13/11/90, Asunto *Marleasing*, apartado 8. Doctrina de constante reiteración: entre las recientes, sentencias de 11/09/07, *Hendrix*; 24/06/08, *A. Commune Mesquer*; y 25/07/08, *Janecek*).

O lo que es igual, conforme a esta constante doctrina del TJCE, los Tribunales nacionales han de interpretar al límite el Derecho interno, al objeto de alcanzar una interpretación que sea acorde con las Directivas y los principios del Derecho Comunitario. Interpretación *pro communitate* que incluso se llega a predicar respecto de la propia Constitución, puesto que «las normas constitucionales que reconocen los derechos y libertades han de interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España» [art. 10.2 de la Constitución] (STC 28/1991, de 14/Febrero, FJ 5. Valor interpretativo que expresamente reitera la sentencia 64/1991, de 22/Marzo, FJ 4, y que implícitamente admite la de 13/1998, de 22/Enero, FJ 3). De lo que se deriva -se ha dicho- la consideración del Derecho Comunitario como canon hermenéutico del bloque de constitucionalidad, muy particularmente cuando el nivel de protección dispensado al ciudadano es superior al proporcionado por la Constitución, a virtud del juego combinado de los arts. 10.2 y 93 CE. Siquiera también se mantenga la conveniencia, todo hay que decirlo, de la interpretación *pro constitutione* del Tratado.

QUINTO.- 1.- Ciertamente que los supuestos examinados por la STJCE 20/01/09 no son exactamente coincidentes con el debatido en el presente caso. Pero ha de recordarse que las afirmaciones del TJCE trascienden del supuesto concreto en cuyo marco se plantea la cuestión prejudicial, pues no hay que olvidar que el mismo no resuelve litigio alguno, sino que como «la competencia del Tribunal de Justicia [...] tiene por objeto garantizar la interpretación uniforme, en todos los Estados miembros, de las disposiciones de Derecho comunitario, este Tribunal de Justicia se limita a deducir de su letra y de su espíritu el significado de las normas comunitarias de que se trata» (STJCE 08/11/90, Asunto *Gmurzynska-Bscher*, apartado 21); y que «el procedimiento previsto en el artículo 234 CE es un instrumento de cooperación entre el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales nacionales, a través del cual el primero aporta a los segundos los elementos de interpretación del Derecho comunitario que precisan para resolver los litigios de que conocen (STJCE 20/01/05, Asunto *Salgado Alonso*, apartado 40 También, las de 12/03/98, Asunto *Djabali*, apartado 17; 18/Noviembre/99, Asunto *Teckal*, apartado 33; 21/01/03, Asunto *Bacardi- Martini y Cellier des Dauphins*, apartado 41; 23/Enero/03, Asunto *Makedoniko Metro y Michaniki*, apartado 55; 04/Marzo/04, Asunto *Barsotti* y otros, apartado 30; 20/01/05, Asunto *García Blanco*; 01/03/05, Asunto *Owusu*; 15/06/06, Asunto *Acereda Herrera*; 06/07/06, Asunto *Salus*).

2.- De otra parte, la rotundidad de las afirmaciones efectuadas por la STJCE 20/01/09 [nos remitimos -en particular- a las letras a), f) y h) del apartado tercero del precedente fundamento segundo; apartados 48, 45 y 49 del texto del Tribunal de Justicia], ofrece suficiente claridad como para hacer innecesario dirigir consulta interpretativa al Tribunal de la Comunidad, pues ha de recordarse que los órganos judiciales no están obligados a plantear cuestión prejudicial cuando la respuesta a ella pueda deducirse con seguridad -sin duda razonable- de la jurisprudencia comunitaria ya dictada; es lo que se denomina doctrina del «acto claro» (SSTJCE 06/Octubre/82, Asunto *Cifit*; 22/Febrero/01, asunto *Gomes Valente*, apartado 17; 17/Mayo/01, asunto *TNT Traco*, apartado 35; 04/Junio/02, asunto *Lyckesko*, apartado 13; 30/Septiembre/03, asunto *Köbler*, apartado 118; 15/09/05, asunto *Instermodal Transport*, apartado 30; 06/12/05, asunto *Gaston*

Schul, apartado 16; 10/Enero/06, asunto IATA, apartado 28; 11/Septiembre/08, Asunto UGT, apartado 39).

3.- La Sala no desconoce, ciertamente, el rigor exigido por el Tribunal de Justicia para la apreciación del «acto claro». En palabras de la sentencia «Cilfit», aunque «la correcta aplicación del Derecho Comunitario puede imponerse con tal evidencia que no deje lugar a duda razonable alguna sobre la solución de la cuestión suscitada», pero para ello «el órgano jurisdiccional nacional debe llegar a la convicción de que la misma evidencia se impondría a los órganos jurisdiccionales nacionales de los otros Estados miembros, así como al Tribunal de Justicia» y que «tan sólo si estas condiciones se reúnen puede abstenerse el órgano jurisdiccional nacional de someter la cuestión al Tribunal de Justicia y resolver bajo su propia responsabilidad». Tampoco ignora la Sala la actual postura que sobre la materia sostiene el Tribunal Constitucional, pues superando el inicial criterio restrictivo de la sentencia 180/1993 [31 /Mayo], en la que se mantuvo que la posible infracción del *art. 234 TCE* era una cuestión que no afectaba al *art. 24 CE*, porque no era «susceptible de generar, *per se*, una vulneración» de la tutela judicial efectiva [FJ 2], en la última decisión dictada al respecto -STC 58/2004, de 19 /Abril- afirma que «Debe tenerse en cuenta, al efecto, que la existencia o inexistencia de una duda -a los efectos ahora considerados- no puede entenderse en términos de convicción subjetiva del juzgador sobre una determinada interpretación del Derecho comunitario (una apreciación subjetiva) sino como inexistencia objetiva, clara y terminante, de duda alguna en su aplicación. No se trata, pues, de que no haya dudas razonables sino, simplemente, de que no haya duda alguna» [FJ 2].

4.- Estas rigurosas exigencias no imponen en el presente caso -pese a todo- el planteamiento de la cuestión prejudicial, por cuanto que en manera alguna afirmamos -ni consideramos «acto claro»- que la doctrina sentada por la STJCE sea directamente aplicable al caso objeto de debate [IT previa a vacación con fechas pactadas], en el sentido de considerar que la cuestión ya ha sido materialmente resuelta por el Tribunal de Justicia [aunque así lo hayamos entendido en términos de muy alta probabilidad]. Antes al contrario, nuestra afirmación se limita a sostener que no tenemos duda alguna sobre el significado atribuible a los principios que se exponen en diversos apartados de la sentencia Shultz-Hoff [muy significativamente en los numerales 48, 45 y 49]; y que hemos de aplicar tales principios -de indubitado sentido objetivo, entendemos- como elemento interpretativo de nuestra propia legislación, que -como más arriba señalamos- no dispone de previsión específica sobre la cuestión litigiosa y se presta a diversidad de interpretaciones, que entendemos han de decantarse en favor de la más acorde a aquellos principios, para llegar así a una solución que comporta la protección del derecho a vacaciones en términos no inferiores a la otorgada por la sentencia Shultz-Hoff a los específicos supuestos de que la misma trataba.

5.- Así pues, se nos impone que la litis haya de ser resuelta en manera ajustada a la interpretación que del *art. 7 de la Directiva 2003/88 ha efectuado la citada STJCE 28/01/09*. Pero en el bien entendido de que tal conclusión se formula no ya por la aplicación directa y prioritaria del Derecho Comunitario y su Jurisprudencia [ello pudiera estar condicionado al planteamiento de la cuestión prejudicial], sino desde una nueva hermenéutica de las propias disposiciones nacionales [*arts. 40.2 CE y 38 ET*], que ciertamente -repetimos- no ofrecen respuesta clara a la cuestión controvertida y por sí solas nos llevaron al solución adoptada en nuestra precitada sentencia de Pleno 03/10/07 [rcud 5068/05]. Y se impone aquel criterio en razón a que -como se ha indicado- resulta obligada una interpretación *pro communitate* de nuestras normas internas [en la forma antes expresada] y a la fecha presente ya estamos vinculados por el sentido que el TJ ha atribuido recientemente al *art. 7.1 de la Directiva 2003/88 /CE*, condicionando -así- nuestra presente respuesta. Conclusión, por otra parte, que tiene también apoyo en algunas afirmaciones de la doctrina constitucional [siquiera expresadas en supuesto diverso] y muy particularmente en pronunciamientos de esta misma Sala, cual la sentencia invocada de contraste.

SEXTO.- 1.- Recordemos que el *art. 40.2 CE* se limita a proclamar que «los poderes públicos ... garantizarán el descanso necesario, mediante ... las vacaciones periódicas retribuidas». Que con mayor prolijidad -pero sin ofrecer tampoco solución al objeto de la litis-, el *art. 38 ET* dispone: «1. El periodo de vacaciones anuales retribuidas ... será el pactado en convenio colectivo o contrato individual... 2. El periodo o periodos 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... 3. El calendario de vacaciones se fijará en cada empresa». Que por su parte, el *art. 6.2 del Convenio 132 OIT* 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». Y que, finalmente, el *art. 10 del mismo Convenio 132 OIT* dispone que «la época en que se tomarán las vacaciones, siempre que no se fije por reglamentos, contratos colectivos, laudos arbitrales o de otra manera compatible con la práctica nacional, se determinará por el empleador, previa consulta con la persona empleada interesada o con sus representantes» y que «al fijar la época en que se tomarán las vacaciones, se tendrán en cuenta las exigencias del trabajo y las oportunidades de descanso y distracción de que pueda disponer la persona

empleada».

2.- Estas normas no resuelven de manera directa el problema de que tratamos, la situación de IT obstativa del disfrute de periodo vacacional ya fijado [incluso el citado *art. 6.2* parece aludir -así lo destacamos en la STS 03/10/07, de Sala General - 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»]; como tampoco lo hace expresamente el *art. 7.1 de la Directiva 2003/88*, no menos impreciso -al respecto- que nuestros textos nacionales. Pero en la solución del caso, desde la óptica de la normativa interna [en la que ha de incluirse - *ex art. 96 CE* - los *arts. 6.2 y 10 Convenio 132 OIT*] y actuando como obligado elemento interpretativo la *Directiva 2003/88 / CE [en la forma en que la ha entendido la STJCE 20/01/09]*, bien podrían servir las siguientes consideraciones:

a).- Si bien el derecho a vacaciones retribuidas 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 proclama y garantiza [*art. 1*], lo que impone una interpretación integradora de la normación ordinaria [*art. 38 ET*], del derecho constitucional [*art. 40.2 CE*] y de la normativa de la OIT [*art. 10*]. Y ello partiendo de una afirmación de principio, cual es la de 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» (STC 324/2006, de 20/Noviembre, FJ 5).

b).- El *art. 40.2 CE* no es una mera disposición programática, sino que incluye una garantía institucional, que obliga a considerar a las vacaciones retribuidas como un ingrediente imprescindible del ordenamiento laboral; y ello es así porque su colocación sistemática -entre los «principios rectores» de la política social y económica- determina que de acuerdo con el *art. 53.3 CE* se le atribuya una especial fuerza normativa, habida cuenta que el referido precepto «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» (STC 19/1982, de 5/Mayo, FJ 6).

c).- De otra parte, tal *precepto constitucional [art. 40.2]* no solamente tiene por finalidad la protección de la salud del trabajador, sino que posibilita también la conciliación de la vida personal con la laboral, el acceso a la cultura de los trabajadores, el esparcimiento y el ocio, las relaciones sociales y el necesario ejercicio físico reparador. En esta línea se ha destacado que 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 ... 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, FJ 7]» (STC 324/2006, de 20 /Noviembre, FJ 5); y que el derecho viene concebido en atención a la finalidad de procurar ... también al empleado un tiempo, más prolongado que los descansos diario y semanal, con el fin de posibilitarle un período lo suficientemente continuado para dedicarlo al esparcimiento y dasalienación (STS 25/02/03 -rec. 2155/02 -). Porque 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» (STC 192/2003, de 27/Octubre, FJ 7).

Y ha de tenerse en cuenta que -a excepción de supuestos ajenos a este debate y a salvo las precisiones que más adelante haremos- el pleno disfrute del derecho a las vacaciones únicamente puede conseguirse cuando el trabajador se encuentre en condiciones físicas y mentales de hacer uso del mismo, de forma que no cabe entender que un trabajador en situación de IT pueda disfrutar adecuadamente de las finalidades atribuidas a las vacaciones.

d).- El *art. 10 del Convenio 132 OIT* claramente alude a la obligada coordinación de los intereses empresariales y de los trabajadores a los efectos de fijar el periodo vacacional, y este mandato obliga -a la luz de la STJCE 28/01/09- a decantarse por la primacía de los intereses de los operarios en los supuestos de que tratamos [IT previa a vacación fijada] cuando la empresa no aduce o acredita perturbación en la organización por el cambio de fecha -en causa a la IT- previamente acordada; lo contrario comportaría una subordinación del derecho del trabajador ajena a los límites «impuestos por la necesaria protección de un interés constitucionalmente legítimo, y respetuosos con el principio de proporcionalidad», en los términos ya citados (STC 324/2006, de 20/Noviembre, FJ 5).

e) .- No significa decisivo obstáculo -para afirmar el derecho al disfrute real de las vacaciones- la existencia de un acuerdo colectivo o individual que hubiese ya fijado el calendario de su disfrute, pues si bien esto comporta que en principio haya de estarse a lo pactado y planificado [en tanto que la obligación empresarial al respecto es de «medios» y no de «resultados», como afirmamos en la tan citada STS 03/10/07], no lo es menos que tal consecuencia puede ser excepcionada no solamente en los supuestos de caso fortuito, sino también en aquellos otros en que razonablemente pueda operar -como excepción al principio de obligada observancia de lo pactado- la cláusula *rebus sic stantibus*, pese a su general apreciación restrictiva. Supuesto excepcional que sería de apreciar en la IT iniciada tras la fijación de la fecha de disfrute y antes de que la misma se alcanzase, de forma que el supuesto actuaría como excepción al citado principio «pacta sunt servanda», por tratarse de acontecimiento posterior e imprevisto que hace extremadamente oneroso para una de las partes [el trabajador] mantener los términos del convenio -individual o colectivo- en su inicial previsión temporal [SSTS 11/03/98 -rec 2616/97-; 16/04/99 -rec 2865/98-; 26/04/07 -rco 84/06-; y 14/10/08 -rco 129/07-, con cita de la STS -Sala I- 20/12/07 rec. 4626-00 ,] pues si varían las circunstancias en manera tal que de haberse conocido no se habría pactado la fecha de disfrute [cual es la coincidencia del período acordado con una situación de IT], en forma alguna resulta carente de legítima causa pretender la excepcional liberación de someterse a la fecha pactada.

De esta manera, la referida obligación de «medios» que a la empresa corresponde no se limita a fijar o pactar la fecha en que el trabajador haya de gozar de su descanso anual, sino que igualmente ha de extenderse a revisar la misma -si ello fuere compatible con los legítimos intereses empresariales en juego- en aquellos supuestos en los que un hecho obstativo posterior [así, la IT] enervase la posibilidad de que el operario disfrute de un derecho constitucionalmente garantizado y propio de un Estado social; así, incluso podría reinterpretarse el *art. 6.2 del Convenio 132 OIT* [«los períodos de incapacidad de trabajo ... no podrán ser contados como parte de las vacaciones»], en sentido de que -como ya había apuntando algún sector doctrinal- producida la IT se debe presumir frustrada la funcionalidad de las vacaciones y deberá señalarse un nuevo periodo de descanso.

SÉPTIMO.- 1.- Así concebido el derecho a vacaciones, con la naturaleza y finalidad que se han referido, la conclusión que se nos impone -con absoluta independencia del obligado acatamiento a la STJCE 20/Enero/2009 y utilizando el Derecho Comunitario únicamente como mero canon de interpretación- es precisamente la que ya anteriormente mantuvo la Sala en la sentencia de contraste, extendiendo a la baja por enfermedad común la doctrina sentada para supuesto de maternidad por la STJCE 18/Marzo/2004 [Asunto Merino Gómez], y afirmando al efecto que «... la situación de incapacidad temporal, que surge con anterioridad al período vacacional establecido y que impide disfrutar de este último en la fecha señalada, tampoco puede ni debe erigirse en impedimento que neutralice el derecho al disfrute de dicha vacación anual que todo trabajador ostenta por la prestación de servicios en la empresa. Y es conveniente señalar, al respecto, que tiene que ser distinto el tratamiento que merece la incapacidad temporal que surge durante el disfrute de la vacación, pues es un riesgo que, en tal situación, ha de asumir el propio trabajador, con aquella otra que se produce con anterioridad al período vacacional y que impide el disfrute de éste en la fecha preestablecida en el calendario previsto, a tal efecto, en la empresa. En este último caso ... necesariamente, ha de hacerse compatible el derecho a la baja por incapacidad temporal, sea esta por enfermedad común o por maternidad, con el correspondiente al disfrute de la vacación anual» (SSTS 10/11/05 -rcud 4291/04- ; y 21/03/06 -rcud 681/05 -).

Y tampoco parece estar de más el destacar que ese criterio de nuestra precedente jurisprudencia estaba ya en la línea de la STJCE 06/Abril/2006 [Asunto Federatie Nederlandse Vakbeweging], que proclamó la existencia del derecho a disfrutar vacaciones en el año posterior al su devengo; y que esa extensión de la doctrina comunitaria sobre el derecho a las vacaciones más allá de la perspectiva discriminatoria que se había utilizado en la sentencia Merino Gómez [tal como hizo la jurisprudencia que antes citamos], es precisamente la que lleva a cabo la sentencia Schultz-Hoff.

2.- Las precedentes consideraciones nos llevan a afirmar -oído el Ministerio Fiscal- que la doctrina ajustada a Derecho es la mantenida por la sentencia de contraste y que -en consecuencia- la recurrida ha de ser casada y anulada; sin imposición de costas [art. 233.1 LPL].

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

FALLAMOS

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación de Don Mariano y revocamos la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en fecha 02/Abril/2008 [recurso de Suplicación nº 1211/08], que a su vez había confirmado la

resolución -desestimatoria de la demanda- que en 24/Septiembre/2007 pronunciara el Juzgado de lo Social núm. 19 de los de Madrid [autos 698/07], y resolviendo el debate en Suplicación estimamos el de tal clase formulado por el actor, declaramos su derecho a disfrutar del periodo de vacaciones frustrado por la situación de Incapacidad Temporal iniciada con anterioridad al inicio de aquél.

Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social de procedencia ,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

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO EXCMO. SR. D. Antonio Martin Valverde A LA SENTENCIA DE FECHA 17 DE JUNIO DE 2009, DICTADA EN EL RECURSO 1542/2008 AL QUE SE ADHIEREN EL EXCMO. SR. PRESIDENTE DON Gonzalo Moliner Tamborero Y LOS MAGISTRADOS DE LA SALA EXCMO. SR. DON Aurelio Desdentado Bonete, EXCMA. SRA. D^a Maria Milagros Calvo Ibarlucea Y EXCMO. SR. DON Jesus Souto Prieto.

PRIMERO .- El presente voto particular se ciñe exclusivamente a un problema procesal, de decisión previa a la solución del fondo del asunto. No hay discrepancia alguna sobre los hechos y circunstancias relevantes del caso, que la sentencia destaca en su fundamento primero; a saber: a) el calendario de vacaciones para 2007 en CLH Aviación ha sido elaborado conjuntamente por la dirección de la empresa y los representantes de los trabajadores, "atendiendo peticiones individualizadas" y "en función de las necesidades productivas"; b) el demandante eligió en su solicitud una fracción o parte de sus vacaciones en los días 10 a 16 de abril de 2007, y "así se asignó en el calendario publicado"; y c) sobrevenida la incapacidad temporal en las fechas del período de vacaciones reconocido, el trabajador pidió después (el 8 de junio de 2007) el cambio del período asignado, lo que le fue denegado por la empresa con base en el acuerdo de vacaciones mencionado.

El problema procesal de decisión previa, que propusimos en el curso de la deliberación del pleno, es si esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha debido plantear una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (TJCE) sobre la interpretación del Derecho Comunitario en la materia controvertida. En concreto, el punto que, según la posición que defendemos, hubiera correspondido dilucidar al TJCE, en respuesta a preguntas "prejudiciales" formuladas por nosotros, es el de determinar si el derecho de los trabajadores a disponer de un período de vacaciones reconocido en el *art. 7.1 de la Directiva 2003/88* impone necesariamente el cambio de la fracción del período vacacional (siete días) elegido por el trabajador y respetado por el empresario, por causa de incapacidad temporal sobrevenida en las fechas previstas de libranza por vacaciones.

La mayoría de la Sala entiende que: a) el citado *art. 7.1 de la Directiva 2003/88* , tal como ha sido interpretado en la sentencia *Schultz y Stringer* de 20 de enero de 2009 , impone en nuestro caso el cambio de los días acordados del período de vacaciones; b) se debe abandonar, por tanto, la jurisprudencia española en la materia, fijada últimamente en STS 3-10-2007 (rec. 5068/2005), cuyos puntos esenciales veremos más adelante; y c) tal entendimiento del Derecho Comunitario es, con toda claridad y sin género de duda, la única opción interpretativa posible, por lo que no procede plantear cuestión prejudicial alguna al TJCE.

Lamento no compartir la posición mayoritaria. En primer lugar, no me parece nada evidente que la doctrina de la sentencia *Schultz y Stringer* sea aplicable en la solución del asunto "vacaciones en CLH Aviación". Por tanto, tampoco me puede parecer nada claro que nuestra jurisprudencia en la materia haya de ser abandonada por un imperativo de acatamiento de la jurisprudencia comunitaria. En fin, a diferencia de lo que ha resuelto la mayoría, entiendo obligado en litigios como éste utilizar el instrumento de cooperación jurisdiccional previsto en el *art. 234* del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (TCE), cuya puesta en práctica habría contribuido sin duda, en mi opinión, tanto a proporcionar una solución más segura del caso en el derecho español como a propiciar la aplicación uniforme del Derecho Comunitario en otros ordenamientos nacionales con problemas jurídicos semejantes.

Las dudas razonables sobre la incidencia del *art. 7.1 de la Directiva 2003/88* en la decisión del asunto "vacaciones en CLH Aviación" se refieren a varios aspectos jurídicos de la regulación del derecho a vacaciones, que podemos reducir a tres. Uno de ellos es el de las competencias respectivas del Derecho

Comunitario y de los Derechos de los Estados miembros en la regulación de los distintos aspectos del derecho a vacaciones. Otro punto del derecho a disponer de vacaciones razonablemente dudoso es el de la identificación de los "actos de disposición" del mismo; y, en particular, si es un acto de disposición la elección o aceptación por parte del trabajador de las fechas de vacaciones. Un tercer aspecto necesitado de interpretación de Derecho Comunitario se refiere al concepto de "extinción" del derecho a vacaciones manejado en la sentencia *Schultz y Stringer*, la cual no concreta su significado para nuestro caso, en cuanto que resuelve supuestos litigiosos sustancialmente distintos.

SEGUNDO .- La apreciación de la existencia de dudas razonables de interpretación jurídica en cualquiera de los aspectos anteriores hubiera debido llevar, a mi juicio, a plantear cuestión prejudicial al TJCE. Intentaré a continuación exponer las razones por las que entiendo que efectivamente tales incógnitas planean sobre la presente litis, y han debido ser despejadas mediante la cooperación jurisdiccional prevista en el *art. 234 TCE*. Pero es conveniente antes recordar de un lado la doctrina jurisprudencial de STS 3-10-2007, ahora abandonada por la Sala, y de otro lado la propia doctrina de la sentencia *Schultz y Stringer*, causante de dicho cambio jurisprudencial.

La regla del caso establecida en STS 3-10-2007 se puede resumir en los dos puntos siguientes: 1) la coincidencia del período de vacaciones elegido o aceptado por el trabajador con un período sobrevenido de incapacidad temporal permite pero no obliga legalmente al empresario a fijar un nuevo período de vacaciones distinto del ya acordado; y 2) dicha regla del caso es de aplicación, salvo (a) pacto individual en contrario, o (b) pacto colectivo en contrario, o (c) derecho adquirido del trabajador, por la vía de la "condición más beneficiosa", de modificar el período de vacaciones inicialmente fijado y aceptado.

Son varias las razones o argumentos concatenados que, siguiendo sus propios fundamentos de derecho, sustentan la posición mantenida en STS 3-10-2007: 1ª) en nuestro derecho (a diferencia de otros ordenamientos nacionales; y de lo previsto en el *art. 10.1 del Convenio OIT 132*, no aplicable en este punto por ser norma menos favorable para el trabajador) la fijación de la época de vacaciones del trabajador no se atribuye unilateralmente al empresario sino que resulta bien de pacto individual entre las partes de la relación de trabajo, bien de pacto colectivo de establecimiento de calendario de vacaciones, siguiendo criterios objetivos de preferencia dentro del grupo de trabajadores; 2ª) en nuestro derecho (a diferencia también de lo que ocurre en otros sistemas jurídicos) existe una modalidad procesal especial para dirimir los litigios sobre la época de disfrute de vacaciones, regulada en el *art. 125 LPL*, modalidad que puede dar lugar a una sentencia constitutiva de determinación del período vacacional; 3ª) en nuestro ordenamiento el contenido del derecho a vacaciones consiste en la libranza o exoneración efectiva de la prestación de trabajo durante un determinado período de tiempo fijado en la ley (con posibles mejoras pactadas), libranza que comporta el deber del empresario de no exigir en dicho período las obligaciones de prestación de servicios o conexas propias del contrato de trabajo; 4ª) este deber empresarial es una obligación de medio y no una obligación de resultado, por lo que la ley no impone al empresario, como correlato del derecho a vacaciones, una obligación distinta a la de libranza de los días de vacaciones acordados con el trabajador; 5ª) las vacaciones fijadas mediante acuerdo o decisión jurisdiccional han de ser respetadas en todos los aspectos que configuran el contenido del derecho, incluida la retribución del período vacacional; 6ª) en caso de enfermedad o incapacidad temporal de un trabajador que haya elegido o consentido sin reclamación el disfrute de vacaciones en una época determinada del año, el empresario no está obligado por ley a pactar de nuevo un período de vacaciones distinto, debiendo mantenerse el período de vacaciones ya asignado; y 7ª) los días de coincidencia enfermedad- vacaciones siguen siendo, por todo lo anterior, días de libranza y descanso, con independencia de que el trabajador haya podido verse obligado a alterar en mayor o menor medida su plan de vacaciones a causa de la dolencia padecida.

Los casos resueltos en la sentencia *Schultz y Stringer* son dos, uno procedente de la *Court of Appeal* británica (*Stringer* y otros) y otro en respuesta a cuestión prejudicial del *Arbeitsgericht Düsseldorf (Schultz-Hoff)*. Las cuestiones planteadas en uno y otro se refieren no a una petición denegada por el empresario de cambio de un período de vacaciones ya fijado por incapacidad temporal sobrevenida, sino a la denegación pura y simple de fijación de un período de vacaciones fuera del "período de devengo" (*Stringer*), o a la denegación del abono del equivalente pecuniario a vacaciones no reconocidas (*Schultz*, y también los "otros" demandantes del caso británico acumulado a *Stringer*) a trabajadores que no han tenido oportunidad de disponer de ellas debido a una enfermedad prolongada.

La doctrina sobre el derecho a vacaciones ("derecho a disponer de vacaciones" en la terminología de la *Directiva 2003/88*) sentada en la sentencia *Schultz y Stringer* es tan complicada y llena de matices como los casos sometidos a enjuiciamiento. Creo que la mejor (y la más correcta) manera de entenderla y aplicarla es referirse a la declaración interpretativa que constituye su parte dispositiva ("regla del caso") en relación con los hechos del litigio (en realidad, de los litigios) enjuiciado(s) y con la doctrina general del TJCE sobre el significado del derecho a vacaciones del *art. 7.1 de la Directiva*.

Utilizando la metodología indicada, la sentencia *Schultz y Stringer* contiene, a mi juicio, la siguiente doctrina jurisprudencial: 1º) las autoridades nacionales, a las que corresponde establecer "los requisitos para el ejercicio y la aplicación del mencionado derecho", deben siempre respetar los "límites establecidos" en la Directiva comunitaria; 2º) no caben excepciones al derecho a vacaciones, "principio de Derecho Comunitario de especial importancia", y en particular no se ajustan a Derecho Comunitario las "disposiciones o prácticas nacionales según las cuales un trabajador en situación de baja por enfermedad no tiene derecho a disfrutar las vacaciones anuales retribuidas durante un período que coincida con su baja por enfermedad" [declaración 1) de la sentencia *Schultz y Stringer*]; 3º) no se puede admitir que las disposiciones nacionales prevean la extinción del derecho a vacaciones "al finalizar el período de devengo" "y/o el período de prórroga" sin que el trabajador haya tenido efectivamente la posibilidad de ejercitar el derecho que le reconoce la citada *Directiva [declaración 2) de la propia sentencia Schultz y Stringer]*; 3º) (reverso del anterior), se ha de reconocer al trabajador cuyo derecho a vacaciones anuales retribuidas se haya perdido" la posibilidad de ejercitarlo al término del período de devengo o del período de prórroga; y 4º) si el derecho a vacaciones no se puede ejercitar por causa de enfermedad que se prolonga hasta "finalizar la relación laboral", habrá de abonarse "compensación económica" "en concepto de vacaciones anuales retribuidas no disfrutadas", cuando el trabajador "se haya encontrado en situación de baja por enfermedad durante la totalidad o parte del período de devengo de las vacaciones anuales y/o del período de prórroga" [declaración 3) y última de la propia sentencia *Schultz y Stringer*].

TERCERO .- Conocidos los hechos relevantes de nuestro caso "vacaciones en CLH Aviación", y una vez expuestas la sentencia *Schultz y Stringer* y la sentencia STS Social 3-10-2007 , estamos en condiciones de volver a la cuestión procesal de la pertinencia de proponer cuestión prejudicial. A juicio de quien suscribe este voto particular, las dudas de Derecho Comunitario sobre la incidencia de una incapacidad temporal sobrevenida en el período de vacaciones ya elegido por el trabajador son consistentes y distan mucho de haber sido despejadas por la citada sentencia del TJCE. Me atenderé en su exposición a los tres aspectos jurídicos señalados al final del fundamento primero: 1) la competencia por razón de la materia; 2) el contenido del derecho a vacaciones; y 3) el concepto de extinción o pérdida del derecho a vacaciones.

Competencia por razón de la materia.- El enunciado del *art. 7.1 de la Directiva 2003/88* reconoce como regulación de Derecho Comunitario el derecho a disponer de vacaciones, pero parece remitir las " *condiciones de obtención y concesión* " a " *las legislaciones y/o prácticas nacionales* ". Parece razonable la duda de Derecho Comunitario entre dos posibles opciones interpretativas: a) entender que el cambio del período de vacaciones ya elegido o aceptado afecta al "núcleo" del derecho a vacaciones contemplado y reconocido en la citada Directiva; o b) entender que el citado cambio corresponde a las condiciones de obtención y concesión del derecho atribuidas a los derechos nacionales.

Contenido del derecho a vacaciones.- El contenido del derecho a vacaciones reconocido en la *Directiva 2003/88* permite también al menos dos opciones interpretativas distintas sobre el ejercicio del mismo: a) el ejercicio del derecho como "disposición" sobre el período de vacaciones mediante el acuerdo individual o colectivo de determinación del período de vacaciones, o b) el ejercicio del derecho a vacaciones como ejecución del proyecto o plan de vacaciones. Aunque la opción primera no sea segura, no me parece tampoco de ninguna manera evidente que deba escogerse necesariamente la segunda opción cuando el *art. 7.1 de la Directiva* habla precisamente de "disponer" de vacaciones. Dicho con otras palabras: no es nada irrazonable e inconsistente la duda, que hubiera debido a nuestro juicio plantearse al TJCE, sobre la valoración del acuerdo individual o colectivo de fijación del período de vacaciones de la ley española como un acto de "disposición" de tal derecho.

Extinción del derecho a vacaciones.- Como se ha visto, la sentencia *Schultz y Stringer* no trata de un supuesto litigioso sustancialmente igual a nuestro caso "vacaciones en CLH Aviación". Difieren sensiblemente los hechos y pretensiones de los trabajadores: aquí se trata de cambiar el período de vacaciones elegido por el trabajador, allí de conseguir el reconocimiento por el empresario del derecho a su disfrute o, subsidiariamente, del derecho a una compensación económica. Difieren también los ordenamientos nacionales: mientras en la ley española la voluntad y las preferencias del trabajador sobre la época de disfrute se hacen valer bien en acuerdo individual o colectivo bien por vía jurisdiccional, la *Bundesurlaubsgesetz* de 8 de enero de 1963 sólo establece (s.e.u.o.) que la petición (*Anspruch*) y las preferencias del trabajador se tendrán en cuenta en la "determinación temporal de las vacaciones" (*artículos 6 y 7*). En fin, la conclusión o parte dispositiva de la sentencia *Schultz y Springer* se refiere exclusivamente a la extinción del derecho a vacaciones "al finalizar el período de devengo". Siendo ello así: ¿puede hablarse con propiedad en nuestro caso de extinción del derecho, teniendo en cuenta que el empresario ha cumplido con la "obligación de medio" a su cargo? ¿Ha debido ser descartada, sin más contemplaciones, la opción alternativa de entender que lo que ha sucedido al trabajador demandante en "vacaciones en CLH Aviación" no es propiamente una extinción del derecho sino una frustración del plan de vacaciones del

trabajador por causa ajena a la empresa?

CUARTO .- En conclusión, no es éste un supuesto de aplicación de la doctrina del acto claro establecida en la sentencia Cilfit y sucesivas. *In claris non fit interpretatio* dice el adagio; y el adagio lleva razón cuando se trata simplemente de operaciones sencillas de subsunción de casos típicos en el supuesto de hecho de la norma aplicada. Pero la aplicación al caso del Derecho Comunitario requiere, como se ve, una *interpretatio* o construcción interpretativa de considerable envergadura, que la sentencia de la mayoría no ha rehuído hacer, recurriendo incluso a argumentos tan sofisticados como la cláusula *rebus sic stantibus* , pero que, a mi juicio, hemos debido llevar a cabo contando con el TJCE para la premisa interpretativa concerniente al *art. 7.1 de la Directiva 2003/88* .

Madrid, 24 de junio de 2009

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Luis Fernando de Castro Fernandez y el voto particular formulado por el Excmo. Sr. D. Antonio Martin Valverde al que se adhieren el Excmo. Sr. Magistrado D. Gonzalo Moliner Tamborero, Presidente de la Sala y los Excmos. Sres. Magistrados D. Aurelio Desdentado Bonete, D^a Maria Milagros Calvo Ibarlucea y D. Jesus Souto Prieto, hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.