

Ruptura del referente anual como límite al ejercicio de las vacaciones: A propósito de la STCo 324/2006, de 20 de noviembre

Dra. Esther Sánchez Torres

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
ESADE- Universitat Ramon Llull

1. Introducción

Recientemente el TCo ha dictado una sentencia que abre la puerta a una mayor flexibilidad a la hora de interpretar los límites temporales de referencia fijados por el ET en materia de vacaciones.

Se trata de un fallo importante, en la medida en que hasta el momento no había un criterio judicial asentado con tanta claridad y que viniera a completar los ya existentes, a propósito del alcance del derecho a las vacaciones de los trabajadores que soliciten algún tipo de suspensión, permiso o reducción de jornada por contingencias derivadas de la maternidad y precedidas de un período de IT.

En este caso, el supuesto enjuiciado trae su causa en la solicitud cursada a un Ayuntamiento de celebrar las vacaciones en el año natural siguiente a aquél en el que debieran haberse disfrutado. Se da la circunstancia de que la trabajadora causó baja por enfermedad común el día anterior al inicio de sus vacaciones anuales, situación que se prolongó hasta finales de septiembre, momento en que dio a luz y se le concedió el período de 16 semanas de licencia de maternidad. La trabajadora esgrime que el período de vacaciones no disfrutado debe acumularse al período de baja por maternidad, razón por la que la negativa de la alcaldía (y posteriormente del Juzgado nº 1 de lo contencioso-administrativo de Pontevedra que le desestima la pretensión) supone una vulneración del derecho a la no discriminación por razón de sexo, en la medida en que se le está privando del ejercicio de un derecho laboral, por el hecho de haberse situado en baja por maternidad.

Por su parte, el Ayuntamiento argumenta que no se ha transgredido derecho alguno a la trabajadora, porque el no haber disfrutado de las vacaciones se debe a una contingencia (enfermedad común) ajena a la voluntad de la empresa y porque, en cumplimiento de lo expresamente fijado por la ley, las vacaciones tienen un período de disfrute constreñido al año natural, hecho que imposibilita su traspaso al siguiente ejercicio o, dicho de otra forma, supone la caducidad del derecho cuando en el año natural de referencia no se haya podido ejercitar.

La cuestión a debatir se sitúa, por tanto, en el hecho de si la situación de la trabajadora difiere o no respecto de aquellos trabajadores que no hayan podido disfrutar de sus vacaciones por encontrarse en situación de baja médica o si, por el contrario, y al margen de que pueda haberse aportado al proceso un término de comparación equivalente (“*tertium comparationis*”) nos encontramos ante una nueva manifestación de conductas atentatorias al derecho de no discriminación por razón de sexo.

2. Una cuestión ya debatida: la no vulneración del derecho a las vacaciones por causa de maternidad

Es preciso recordar que la jurisprudencia más reciente viene admitiendo que en el supuesto de que coincidan temporalmente el derecho anual a las vacaciones con el de suspensión del contrato por maternidad, la trabajadora mantendrá el derecho a disfrutar separadamente de ambos períodos de interrupción de la prestación.

Se trata de un principio de suma importancia, en la medida en que hasta el momento la jurisprudencia y doctrina judicial habían sentado pacíficamente el principio según el cual debe primar lo que en materia de vacaciones se haya podido pactar a nivel colectivo en el convenio colectivo o en el calendario laboral, sin posibilidad, por tanto, de que se pretenda su alteración por “*conveniencia*” individual: Así en SSTs de 30 de noviembre de 1995 (8771) y 27 de junio de 1996 (5389), del TSJ de Navarra de 10 de febrero de 2000 (5214), de Andalucía de 7 de diciembre de 1999 (4606), Valencia de 9 de julio de 1996 (3274), de Cataluña de 10 de marzo de 1997 (1841) o de Madrid de 13 de julio de 1999 (6301).

Sin embargo, desde la STJCE de 18 de marzo de 2004 (69), seguida con posterioridad por STS de 10 de noviembre de 2005 (10084) y, de forma indirecta, por la SAN de 19 de junio de 2006 (1807), el criterio judicial es claro:

1.- *“El derecho de cada trabajador a disfrutar de vacaciones anuales retribuidas debe considerarse un principio del Derecho social comunitario de especial importancia, respecto al cual no pueden establecerse excepciones y cuya aplicación por parte de las autoridades nacionales competentes únicamente puede efectuarse respetando los límites establecidos expresamente por la propia Directiva 93/104 (LCEur 1993, 4042) (sentencia BECTU [TJCE 2001, 179]”*

2.- Su finalidad es garantizar una protección eficaz en materia de seguridad y de salud, hecho que viene refrendado por el hecho de que, sólo en caso de que concluya la relación laboral, se permite que el derecho a las vacaciones anuales retribuidas sea sustituido por una compensación financiera.

3.- En la medida en que la finalidad del derecho a disfrutar de vacaciones anuales es diferente de la del derecho al permiso de maternidad (en éste último caso la protección de la condición biológica de la mujer durante su embarazo y después de éste y, por otra parte, la protección de las particulares relaciones entre la mujer y su hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto), resulta evidente que ambos períodos no pueden absorberse.

4.- Como consecuencia de ello, en caso de coincidencia entre las fechas de un permiso de maternidad de una trabajadora y las de las vacaciones anuales de la totalidad de la plantilla, para evitar un trato desfavorable a las mujeres en lo que respecta a sus condiciones de trabajo, deberá reconocerse la posibilidad de disfrutar ambos derechos de forma acumulada y sucesiva.

Tomando en consideración la especial protección que el ordenamiento comunitario dispensa a la mujer embarazada y a las contingencias derivadas de la maternidad, resulta evidente que la “*neutralización*” de las vacaciones por los derechos derivados de la maternidad supondría, no sólo una limitación al ejercicio de un derecho laboral básico sino, como consecuencia de ello, un elemento claro de disuasión a la solicitud de éstos.

No se debate en estos pronunciamientos, sin embargo, qué es lo que ocurre en el caso de que al proceder a dicha acumulación, sobrepasemos los límites de derecho necesario establecidos en la ley, como referente temporal en el establecimiento de derechos y obligaciones en materia de ordenación del tiempo de trabajo. Tampoco, qué es lo que ocurre cuando la imposibilidad de disfrutar de las vacaciones en el año natural trae su causa en un episodio de IT al que se sucede inmediatamente el período de baja por maternidad. Ambos supuestos son los que precisamente aborda la STCO 324/2006.

3. El debate judicial a propósito de la imposibilidad de disfrute de las vacaciones por IT

Para entender el calado de la STCO 324/2006 es preciso, previamente, analizar el debate sobre qué es lo que ocurre con el ejercicio del derecho a las vacaciones, cuando el trabajador no puede disfrutarlas por estar en situación de IT, discusión que ha sido una constante en el seno de nuestra jurisprudencia y doctrina judicial y que actualmente es todavía objeto de pronunciamientos contradictorios.

Partiendo de la clara diferenciación con el supuesto que nos ocupa, nuestros Tribunales asumen la falta de tutela constitucional para estos casos. Esto es, mientras que en el caso de la suspensión por maternidad aparecen nexos claros con el art. 14 CE en su dimensión “no discriminación por razón de sexo”, no es posible afirmar lo mismo con respecto a los trabajadores “*enfermos*”, por cuanto, hasta el momento no han encontrado amparo constitucional bajo el paraguas del concepto “*discapacidad*”. En este sentido, ha sido importante la STJCE de 11 de julio de 2006 (192), que excluye a los “*enfermos*” de la aplicación de la Directiva 2000/78/CE y, en relación estricta al tema que nos ocupa, la STS de 11 de julio de 2006 (6311), deja clara la imposibilidad de aplicar la jurisprudencia sentada por la, anteriormente citada, STJCE de 28 de marzo de 2004 a los supuestos de IT.

En todo caso, a nivel de legalidad ordinaria, se ha planteado también el debate a propósito del derecho a mantener el derecho a las vacaciones, aunque en el momento su disfrute el trabajador se encontrara en IT e, igualmente, el problema de la caducidad del derecho en los casos en los que se supere el umbral del año natural.

Con respecto a la primera cuestión, el Convenio 132 de la Organización Internacional de Trabajo (RCL 1974, 1350) , dispone en su art. 5.4 que, en tales supuestos, el trabajador tendrá derecho a conservar el derecho a vacaciones para su disfrute posterior, una vez se produzca el restablecimiento de su salud y en el. 6.1 establece que los períodos de incapacidad de trabajo, resultantes de enfermedad o accidente no podrán ser descontados como parte de las vacaciones pagadas anualmente y prescritas como derecho mínimo.

Como consecuencia de ello, parece claro que el período de IT iniciado con anterioridad a la fecha prevista de inicio de las vacaciones, permitirá su interrupción y posterior acumulación. Por el contrario, si la situación de IT tiene lugar mientras el trabajador está disfrutando de sus vacaciones, se entiende que nos encontramos ante una contingencia de fuerza mayor, cuyas consecuencias deben ser asumidas por el propio trabajador ex art. 1105 Cc. (STS de 21 de marzo de 2006 -2312-).

El argumento de fondo que sustenta esta tesis, vendría de la diferente causa que subyace al “derecho a las vacaciones” y a la “situación de incapacidad temporal”. Así, tal y como ha señalado la STSJ de Cataluña de 3 de enero de 2006 (con anterioridad, véase la STSJ de Cataluña de 11 de noviembre de 2005 -2006/775-), “*el derecho a vacaciones se inscribe en el*

marco de la protección de la salud del trabajador, siendo su naturaleza la de período orientado a garantizar su recuperación física y psíquica con carácter anual, y proporcionar al trabajador un período de ocio, expansión y separación del trabajo, y la consiguiente carga física y mental de éste. Por lo tanto, las finalidades que persiguen ambas situaciones, incapacidad temporal y vacaciones, son muy distintas, aun cuando se trate en cualquier caso de preservar la salud del trabajador. El pleno disfrute de este derecho lógicamente está condicionado a que el trabajador se encuentre en condiciones físicas y mentales de hacer uso del mismo, de forma que no cabe entender que un trabajador en situación de enfermedad o accidente pueda disfrutar de las vacaciones ni cabe mantener que, no realizando trabajo alguno, tampoco se ocasiona desgaste físico ni mental que deba repararse a través del período vacacional, porque esa carga viene impuesta no por el trabajo, pero sí por la enfermedad o el accidente, de suerte que, bien por otra causa, el resultado sigue siendo el mismo: la necesidad de la persona de disfrutar de un descanso, libre de tales impedimentos. En absoluto puede identificarse una situación de incapacidad temporal con un período vacacional, porque ello sería tanto como sostener que el período de incapacidad temporal es fraudulento porque carece de causa o motivo real y que la enfermedad es simulada, lo que, de ser así, debería combatirse por otros medios en su caso, pero no esgrimirse como argumento contrario a la conservación del derecho a vacaciones para su disfrute posterior, una vez se produzca la reincorporación del trabajador dentro del año natural de su disfrute”.

Por lo demás, y siguiendo con la misma argumentación, en la misma sentencia se señala que *“la solución contraria, si se plantea en términos sinalagmáticos, implicaría un enriquecimiento injusto del empresario, en tanto que, por disposición expresa de la Ley, art. 38 ET viene obligado a abonar treinta días de salario correspondiente a vacaciones, del que se le liberaría manteniendo tal exclusión de su devengo por coincidencia con un período de incapacidad temporal, que, salvo que se trate de enfermedad común y sólo en los días comprendidos entre el cuarto y el decimoquinto de la baja médica, no corresponde compensar económicamente al empresario, sino al sistema de la Seguridad Social a través de la prestación por incapacidad temporal, en el supuesto de que el trabajador reúna los requisitos legales para su reconocimiento, y puesto, asimismo, que dicho subsidio se devengaría íntegramente en otro caso, esto es, si no coincidiera con el período de vacaciones, siendo posible el percibo íntegro de ambas cantidades (y períodos). Esta coincidencia, pues, beneficia al empresario, perjudicando al trabajador, aunque se trate de una situación de origen azaroso. Estos argumentos precisamente son los que maneja tanto la jurisprudencia francesa como la italiana para mantener el derecho a vacaciones en estos supuestos y preservar íntegramente el derecho al descanso”.*

Sin embargo, nuestra doctrina judicial no parece acoger de forma pacífica dicha jurisprudencia, al entender que no resulta clara y directa la aplicación del mencionado Convenio 132 de la OIT, de manera que en gran número de pronunciamientos se acaba reconociendo que el derecho a la acumulación sólo será posible si así está pactado en convenio colectivo y conforme a las condiciones en él fijadas (véanse, entre otras, la STSJ Castilla-León de 6 de julio de 2006 -235978-; de Cataluña de 13 de diciembre de 2005 -2006/421-; de Castilla- La Mancha de 28 de abril de 2005 -113506-; STSJ de Madrid, de 12 de febrero de 1990 o de 26 de julio de 2004 -2661-; de Galicia de 15 de abril de 1993 -1918-; STSJ de Valencia de 15 de septiembre de 1993 y de 9 de noviembre de 1999; de STSJ de Madrid, de 27 de marzo de 1990; del País Vasco de 14 de febrero de 1995 -521-; de Castilla y León de 8 de octubre de 2001; o de Cataluña, de 15 de marzo de 1994 -1272- y de 12 de septiembre de 2003 -3386-).

En relación a la posible caducidad del derecho, la doctrina judicial mayoritaria estima que, salvo previsiones al respecto en el convenio colectivo o, existencia de condición más beneficiosa al respecto (véanse las SSTSJ de Valencia de 3 de febrero de 2005 -1020-; y de Castilla –León de 29 de mayo de 2006, de 15 de mayo de 2006 y de 13 de febrero de 2006 -21035, 1832 y 99572, respectivamente-), las eventuales posibilidades de acumulación quedarían circunscritas al año natural, perdiéndose consiguientemente todos los días de vacaciones pendientes en ese año (STSJ Valencia de 21 de marzo de 2006 -255155-; de Aragón de 15 de febrero de 2006 -1704-) y ello, con independencia de que haya transcurrido o no el plazo procesal para su reclamación. La única excepción vendría del supuesto en que el contrato se haya extinguido, imposibilitando con ello el disfrute de las vacaciones, en cuyo caso, se entendería que el trabajador mantiene el derecho a una compensación económica por ello (STSJ de Valencia de 21 de diciembre de 2005 -2006/891-).

4. Un paso adelante: el mantenimiento del derecho a las vacaciones más allá del año natural como instrumento de consecución del derecho a la no discriminación por razón de sexo.

La particularidad de supuesto enjuiciado por el Tco. reside, como hemos visto, en el hecho de que la trabajadora mantuvo su situación de IT hasta el momento de dar a luz y que, como consecuencia de la concesión de la licencia por maternidad, no pudo disfrutar dentro del año natural de sus vacaciones.

Ya con anterioridad a la STCo 324/2006, la STSJ de Aragón de 24 de noviembre de 2004 (3874) había declarado que:

“si bien en nuestro derecho es reiterada la doctrina de que las vacaciones han de disfrutarse, salvo pacto en contrario, dentro del año natural al que corresponden, sin embargo tal criterio no puede imponerse de un modo absoluto y el mismo ha de ceder en supuestos excepcionales como el enjuiciado en el que el ejercicio del derecho al disfrute de las vacaciones pendientes ha quedado impedido por la suspensión del contrato de trabajo producida por la maternidad de la trabajadora, como así se desprende de la doctrina contenida en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 18 de marzo de 2004 (TJCE 2004, 69) (cuya fundamentación es perfectamente aplicable al caso presente aunque no resuelva sobre la concreta cuestión aquí debatida) en la que se pone de manifiesto la especial protección que la normativa comunitaria otorga a las trabajadoras que se encuentren en situación de embarazo, parto, puerperio y lactancia al atribuir a las mismas (artículo 11, apartado 2, letra a, de la Directiva 92/85/CEE [LCEur 1992, 3598] del Consejo) una garantía de mantenimiento de los derechos inherentes al contrato de trabajo, entre los que se encuentra el de las vacaciones, el cual es un principio del Derecho social comunitario de especial importancia y tiene diferente finalidad que el derecho al descanso por maternidad, y que no puede quedar extinguido porque coincida o se solape con el período de suspensión del contrato de trabajo por maternidad pues la trabajadora debe poder disfrutar de sus vacaciones anuales durante un período distinto del de su permiso de maternidad haciéndose así efectivo el principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo (artículo 5 de la Directiva 76/207 [LCEur 1976, 44]), de modo que si, como ahora ocurre, el ejercicio del derecho al descanso por maternidad no permite el disfrute en el año natural de parte de las vacaciones correspondientes a ese año por haberse previsto ese disfrute para el período que

luego ha quedado afectado por el permiso de maternidad perdurando éste a la finalización del año, la conclusión no puede ser otra, en consecución con la doctrina expuesta, que la de hacer prevalecer ese derecho a que el permiso de maternidad no excluya el de vacaciones cediendo excepcionalmente el límite temporal que la jurisprudencia atribuye al ejercicio del derecho al disfrute de las vacaciones, lo que, en definitiva, obliga a atribuir a la trabajadora el derecho que ahora reclama de disfrutar de las vacaciones pendientes del año anterior y determina el acogimiento de la pretensión de la actora”.

En el supuesto allí enjuiciado, la trabajadora disponía de 15 días pendientes de vacaciones que no había podido disfrutar todavía y se había colocado en situación de baja por maternidad a finales de año, situación que se prolongó hasta entrado el año siguiente.

La aportación que realiza a esta doctrina el Tribunal Constitucional, reside precisamente en haber “*relativizado*” la situación de IT que impidió a la trabajadora disfrutar de sus vacaciones en el período pactado en el calendario laboral. Ello le lleva a afirmar que, de no haber sido por la situación de maternidad, la trabajadora podría haber disfrutado de sus vacaciones en otro momento, dentro de ese año.

Con este punto de partida, entronca de forma lógica -aunque como veremos después discutible- con la doctrina sentada en materia de no discriminación por razón de sexo, según la cual:

“En la STC 214/2006, de 3 de julio, FJ 2, este Tribunal ha tenido ocasión de sintetizar nuestra doctrina en torno a los dos incisos del citado art. 14 CE, en unas consideraciones a las que procede ahora remitirnos dándolas por reproducidas. Del mismo modo, en esa Sentencia, por lo que se refiere específicamente a la prohibición de discriminación por razón de sexo, recordábamos que “tiene su razón de ser en la voluntad de terminar con la histórica situación de inferioridad, en la vida social y jurídica, de la mujer (por todas, STC 17/2003, de 30 de enero, FJ 3” y añadíamos que “la conducta discriminatoria se cualifica por el resultado peyorativo para la mujer que la sufre, que ve limitados sus derechos o sus legítimas expectativas por la concurrencia de un factor cuya virtualidad justificativa ha sido expresamente descartada por la Constitución, dado su carácter atentatorio a la dignidad del ser humano (art. 10.1 CE). En consecuencia, la prohibición constitucional específica de los actos discriminatorios por razón de sexo determina que se habrá producido la lesión directa del art. 14 CE cuando se acredite que el factor prohibido representó el fundamento de una minusvaloración o de un perjuicio laboral, no teniendo valor legitimador en esos casos la concurrencia de otros motivos que hubieran podido justificar la medida al margen del resultado discriminatorio.

Tal tipo de discriminación comprende, sin duda, aquellos tratamientos peyorativos que se fundan no sólo en la pura y simple constatación del sexo de la víctima, sino en la concurrencia de razones o circunstancias que tengan con el sexo de la persona una conexión directa e inequívoca, como sucede con el embarazo, elemento o factor diferencial que, por razones obvias, incide de forma exclusiva sobre las mujeres (SSTC 173/1994, de 7 de junio, FJ 2; 136/1996, de 23 de julio, FJ 5; 20/2001, de 29 de enero, FJ 4; 41/2002, de 25 de febrero, FJ 3 ó 17/2003, de 30 de enero, FJ 3)”

Para la determinación del alcance de las exigencias que el art. 14 CE despliega con el fin de hacer efectiva la igualdad de las mujeres en el ámbito de las relaciones laborales, hemos recordado en otras ocasiones que resulta preciso atender a circunstancias tales como “la peculiar incidencia que respecto de la situación laboral de aquéllas tiene el hecho de la maternidad, y la lactancia, en cuanto se trata de compensar las desventajas reales que para la conservación de su empleo soporta la mujer a diferencia del hombre, y que incluso se comprueba por datos revelados por la estadística (tal como el número de mujeres que se ven obligadas a dejar el trabajo por esta circunstancia a diferencia de los varones)” (SSTC 109/1993, de 25 de marzo, FJ 6, y 214/2006, de 3 de julio, FJ 6).

En definitiva, la protección de la mujer no se limita a la de su condición biológica durante el embarazo y después de éste, ni a las relaciones entre la madre y el hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto, sino que también, en el ámbito estricto del desarrollo y vicisitudes de la relación laboral, condiciona las potestades organizativas y disciplinarias del empresario evitando las consecuencias físicas y psíquicas que medidas discriminatorias podrían tener en la salud de la trabajadora y afianzando, al mismo tiempo, todos los derechos laborales que le corresponden en su condición de trabajadora al quedar prohibido cualquier perjuicio derivado de aquel estado (SSTC 17/2003, de 30 de enero, FJ 3; 161/2004 de 4 de octubre, FJ 3). En este sentido, hemos declarado que “la protección de la condición biológica y de la salud de la mujer trabajadora ha de ser compatible con la conservación de sus derechos profesionales, de suerte que la minusvaloración o el perjuicio causado por el embarazo o la sucesiva maternidad constituyen un supuesto de discriminación directa por razón de sexo” (STC 182/2005, de 4 de julio, FJ 4)”.

..

5. Y el futuro: la ruptura de los referentes temporales de la jornada para facilitar la conciliación de la vida familiar y laboral...y la extensión de la tutela en estos casos a los hombres.

Es preciso señalar que el fallo del Tribunal Constitucional ciñe su valoración exclusivamente al derecho anual a las vacaciones, partiendo de su consideración como “derecho social esencial”. Así, se afirma 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. En la actualidad aparece como un principio rector en el art. 40.2 CE, que se refiere a “las vacaciones periódicas retribuidas”, y se recoge, en cuanto derecho del trabajador, tanto en el art. 38.1 del Estatuto de los trabajadores como en los tratados internacionales sobre la materia firmados por España, notablemente el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo núm. 132 (1970) y en diversas normas europeas, en especial la Directiva 93/104/CE. Todo ello no quiere decir que tanto el legislador como la Administración no puedan poner límites al disfrute efectivo de las vacaciones, pero sí que la protección constitucional de las vacaciones sólo permite los límites derivados de su propia naturaleza y finalidad o los que aparezcan impuestos por la necesaria protección de un interés constitucionalmente legítimo, y respetuosos con el principio de proporcionalidad.

En cuanto a su naturaleza, no cabe duda de que las vacaciones cumplen una función íntimamente ligada a la permanencia en el puesto de trabajo. Tanto es así, que el número de días de vacación aparece de manera general vinculado siempre a los de días de duración de la relación laboral. La finalidad originaria del derecho a las vacaciones es la de posibilitar a los trabajadores el período de ocio que se reputa necesario para compatibilizar su vida laboral con el descanso, si bien este Tribunal ha declarado que la vinculación entre vacaciones y descanso no es única ni exigible, de modo que el período vacacional legalmente previsto es un tiempo caracterizado por la libertad del trabajador para la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida (STC 192/2003, de 27 de octubre, FJ 7)”

Se declara, igualmente, que nada obsta a que a través de la negociación colectiva o, incluso a través del juego del principio de condición más beneficiosa, se reconozca la posibilidad de pactar soluciones a los problemas derivados de la coincidencia temporal entre este período y cualquier otra contingencia:

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

En caso de existir, la determinación de estos límites temporales, que no aparecen expresamente recogidos en el Estatuto de los trabajadores, puede realizarse a través de convenios colectivos, acuerdos sindicales o planes de vacaciones de empresa procedentes”

Es de señalar, por lo demás, el actual Proyecto de Ley de Igualdad entre hombres y mujeres, recoge a nivel normativo el sentir del TCo, cuando recoge las siguientes previsiones:

“Art. 59: Sin perjuicio de las mejoras que pudieran derivarse de acuerdos suscritos entre la Administración General del Estado o los organismos públicos vinculados o dependientes de ella con los representantes de los empleados públicos, cuando el periodo de vacaciones coincida con una incapacidad temporal derivada del

embarazo, parto o lactancia natural, o con el permiso de maternidad, o con su ampliación por lactancia, la empleada pública tendrá derecho a disfrutar las vacaciones en fecha distinta, aunque haya terminado el año natural al que correspondan.

Gozarán de este mismo derecho quienes estén disfrutando de permiso de paternidad”

Disposición adicional décimo primera: «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.»

Entendemos también, que aunque el supuesto de hecho enjuiciado trata la problemática específica de la licencia por maternidad, la argumentación jurídica del fallo resulta válida para aquéllos supuestos de interrupción o suspensión del contrato de trabajo, asociados también a la maternidad, como el caso de la excedencia por cuidado de hijos y familiares. De este modo, lo que se está protegiendo es el ejercicio de algunos derechos de conciliación de la vida familiar y laboral en relación con el ejercicio del derecho a las vacaciones.

Sin embargo, y avanzando en la argumentación, podría inferirse de las palabras del TCo. que los límites legales en materia de ordenación del tiempo de trabajo, considerados de forma pacífica, como de derecho necesario, podrían “*neutralizarse*” a través de la negociación colectiva, en aquéllos casos en los que se trate de proteger un bien jurídico superior, como sería el caso, sin duda, del derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral, en su particular vinculación al derecho a la no discriminación por razón de sexo.

Ello permitiría, validar legalmente, determinadas fórmulas innovadoras de conciliación, mucho más útiles y eficaces que algunas de las actualmente vigentes, como el horario flexible o la reducción de jornada. En especial, la posibilidad de pactar bancos de horas o distribuciones irregulares de determinados derechos en materia de jornada que superen el límite, hasta ahora infranqueable, del año natural.

Finalmente, y en relación precisamente con el derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral, es preciso criticar cómo subyace todavía en la argumentación de nuestros Tribunales una vinculación que, aún obedeciendo a una situación social real y constatable, no deja de dificultar enormemente la tutela jurídica de aquellos hombres que hagan uso de los derechos de suspensión derivados de la maternidad.

En este sentido, la STCO 324/2006 afirma que:

“La baja de maternidad está íntimamente relacionada con la condición femenina de la trabajadora. Su principal fundamento no está en la protección a la familia, sino en la de las madres. Como dice el considerando decimocuarto de la Directiva 92/85/CEE, la vulnerabilidad de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, hace necesario un derecho a un permiso de maternidad. Por ello las bajas laborales por esta causa son diferentes de las que se deben a una enfermedad. El carácter justificador de las necesidades de organización del servicio

público que puede valer como respaldo de la limitación temporal del derecho a las vacaciones —e incluso su pérdida— en caso de enfermedad, no puede operar en contra de la protección a las madres garantizada constitucionalmente. La enfermedad es una contingencia fortuita con determinadas implicaciones desde el punto de vista de los derechos del trabajador, pero en modo alguno se trata de un valor constitucional vinculado con la posición social y laboral de un sexo específico, como es la maternidad, tanto por su valor intrínseco como por las consecuencias que acarrea para la igualdad de oportunidad laborales de la mujer.

Así, aunque ciertamente el art. 14 CE no consagra la promoción de la maternidad o de la natalidad, sí excluye toda distinción o trato peyorativo a la mujer en la relación laboral fundado en dichas circunstancias (STC 182/2005, de 4 de julio, FJ 4). La trabajadora que suspende su relación laboral como consecuencia de la maternidad conserva íntegramente sus derechos laborales y ha de poder reincorporarse a su puesto de trabajo una vez finalizada la suspensión sin que ésta le ocasione perjuicio alguno. En concreto, como ha tenido ocasión de declarar el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en la Sentencia Merino Gómez, de 18 de marzo de 2004, asunto C-342/01, que “cualquier trabajadora ha de poder disfrutar de sus vacaciones anuales en un período distinto del de su permiso de maternidad”, y ha de ser así incluso cuando al servirse de tal permiso se haya superado la fecha límite para el goce de las vacaciones.

Hemos de concluir, por tanto, que la negativa a que la recurrente pudiera disfrutar de sus vacaciones anuales retribuidas, en cuanto se fundó en el momento y las circunstancias de su embarazo y posterior maternidad, constituyó un supuesto de discriminación directa por razón de sexo”.

A nuestro modo de ver, se está confundiendo de forma clara el concepto de “sexo” y de “género”. Sólo el embarazo, el puerperio (entendiendo por él las 6 semanas inmediatamente posteriores al parto salvo que se acredite por los servicios médicos públicos un plazo superior en caso de complicaciones en la recuperación de la madre) y la lactancia natural son contingencias indisolublemente asociadas al sexo femenino y, por tanto las que indiscutiblemente estarían protegidas por el art. 14 CE.

El resto de contingencias asociadas a la maternidad, como el ejercicio de los derechos de reducción de jornada, suspensión por maternidad o excedencia por cuidado de hijos, están indisolublemente vinculadas al “género”, de manera que sólo a partir de la constatación estadística que demuestra que las mujeres son las que tradicionalmente han asumido ese “estereotipo de género”, se puede traer a colación el art. 14 CE, en su interpretación a partir del art. 10 CE:

“Centrándonos en esta causa de discriminación, que es, precisamente, la que se aduce en la demanda de amparo, conviene recordar que su exclusión tiene razón de ser en la voluntad de terminar con la histórica situación de inferioridad, en la vida social y jurídica, de la mujer (STC 166/1988, de 26 de septiembre). Por tanto, en contraste con el principio genérico de igualdad, que no postula ni como fin ni como medio la paridad y sólo exige la razonabilidad de la diferencia de trato, la prohibición de discriminación entre los sexos impone como fin y generalmente como medio la parificación, de modo que la distinción entre los sexos sólo puede ser

utilizada excepcionalmente como criterio de diferenciación jurídica de trato entre los varones y las mujeres, resultando, por lo que aquí interesa, un principio también vigente en materia de empleo (por todas, SSTC 229/1992, de 14 de diciembre, FJ 2; y 17/2003, de 30 de enero, FJ 3). Igualmente, se ha de tener presente que la conducta discriminatoria se cualifica en este caso por el resultado peyorativo para la mujer que la sufre, que ve limitados sus derechos o sus legítimas expectativas por la concurrencia en ella de un factor cuya virtualidad justificativa ha sido expresamente descartada por la Constitución, dado su carácter atentatorio a la dignidad del ser humano (art. 10.1 CE)” (en palabras de la reciente STCo 342/2006, de 11 de diciembre).

Ahora bien, desde el momento en que el propio legislador reconoce que el ejercicio de esos derechos es “*asexuado*” y que, consiguientemente, tanto hombres como mujeres pueden solicitarlos (pese a que la suspensión por maternidad sea todavía discutiblemente- un derecho de titularidad femenina “*transferible*”), resulta clara la posibilidad de desvinculación de la, hasta ahora, clásica asociación “*sexo*”-“*género*” (que la mencionada STCo 342/2006 empieza a deslindar).

Con este punto de partida, cabe preguntarnos si el fallo del TCo hubiera sido el mismo en el supuesto de haberse instado por un trabajador que, tras un período de IT, coincidente con las 6 semanas de baja obligatoria para la madre y con su período anual de vacaciones, solicitase posteriormente el disfrute de la baja por maternidad (previa cesión de la madre) y la acumulación de las vacaciones no disfrutadas en el año natural.

En este caso, entendemos, que el beneficio derivado de la prueba estadística, que activa de forma casi automática la protección a las mujeres en las controversias de “*género*”, no sería aplicable. Consiguientemente, la única forma de conseguir la tutela del art. 14 CE, sería a través de la aportación de un “*tertium comparationis*”, como sería el hecho de que una mujer en la misma empresa y en condiciones similares, hubiera disfrutado de esa posibilidad. Y aún así, el siguiente escollo sería la vinculación que nuestros Tribunales realizan entre el art. 14 CE y el 10 CE, que no aparece de forma análoga en la jurisprudencia del TJCE, y que en la práctica limita la tutela constitucional a aquéllos colectivos con respecto a los cuales se acredite un histórico trato diferente y “*peyorativo*”.

No podemos coincidir con el TCo, cuando afirma que el fundamento de la baja por maternidad está en proteger a las madres y ello resulta del todo evidente en su articulación legal actual, tanto en materia estrictamente laboral como de Seguridad Social.

Si bien es cierto que el art. 14 CE no reconoce un derecho subjetivo de tutela a la familia, no lo es menos que la protección del “*género*”, nos reconduce necesariamente a la “*familia*” que, en definitiva, es el origen de la solicitud de los derechos controvertidos, tanto por hombres como por mujeres.

La plena asunción de estas diferencias y estas vinculaciones es clave para garantizar una correcta protección de los intereses en juego y para operar, sobre esa protección, el cambio de las estructuras sociales que todavía en la actualidad se erigen en causa de las desigualdades entre hombres y mujeres.

Por el momento, y hasta un reconocimiento explícito de la protección de los hombres por razón de “*género*”, sería importante que la negociación colectiva se hiciera eco del fallo de

esta sentencia y reconociera en su articulado, en favor de los trabajadores varones, las mismas posibilidades de acumulación que ésta otorga de forma indubitada a las mujeres.

© Esther Sánchez Torres

© IUSLabor 1/2007

ISSN: 1699-2938