

TRIBUNAL CENTRAL DE TRABAJO. CONTRATO DE TRABAJO Y OTRAS MATERIAS

LAS VACACIONES ANUALES RETRIBUIDAS: ALGUNOS ASPECTOS DE SU RÉGIMEN JURÍDICO

1. El presente comentario no pretende abordar, de manera global y exhaustiva, la problemática de las vacaciones anuales retribuidas, sino sólo algunos aspectos de su específico régimen jurídico. Más concretamente, los referidos al período mínimo de servicios necesario para tener derecho a las mismas, considerando, además, la incidencia en dicho cómputo de las ausencias del trabajo por parte del trabajador. Antes, sin embargo, de entrar en el análisis de los pronunciamientos jurisprudenciales sobre la materia es preciso recordar que, dejando al margen las normas sectoriales y profesionales, muy importantes en este tema, los preceptos que regulan estas cuestiones y, en general, todas las referentes a vacaciones anuales retribuidas, se encuentran recogidos en la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores (ET) —artículo 38— y, en base a la disposición final cuarta del propio ET, en la Ley de Contratos de Trabajo de 1944 (LCT) —artículo 35— y en la Ley de Relaciones Laborales de 1976 (LRL) —artículo 27—, aunque en calidad de normas reglamentarias y en la medida en que las cuestiones reguladas por estos dos últimos artículos no estén recogidas por el ET. De otro lado, es necesario tener en cuenta también el muy importante, por la minuciosidad de su regulación y rango normativo (1), Convenio número 132 de la OIT relativo

(1) El tema del rango normativo de los tratados internacionales de carácter laboral ha sido estudiado por J. M. GALIANA MORENO en su trabajo «La vigencia en España de los tratados internacionales de carácter laboral», publicado en la *Revista de Política Social*, núm. 121 (enero-marzo de 1979), págs. 175 y sigs. Se afirma allí que «existe base suficiente para defender el carácter supralegal de los tratados internacionales», ya que «no otra cosa parece que quiera indicarse al establecer que las disposiciones contenidas en los tratados válidamente celebrados e incorporados al ordenamiento interno por medio de su publicación, “sólo podrán

a vacaciones anuales pagadas, revisado en 1970, ratificado por España en 1972 y publicado en el *BOE* el 5 de julio de 1974, lo que, a tenor del artículo 1, apartado 5, del Código civil y posteriormente del 96.1 de la Constitución de 1978, lo convierte en norma jurídica de derecho interno (2). También la

ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional" (art. 96.1 de la Constitución). En esta fórmula (...) existe una remisión clara del ordenamiento interno al ordenamiento internacional (...) que le convierte en el único válido para determinar las vías de derogación, modificación o suspensión de las disposiciones contenidas en tratados internacionales que hayan alcanzado vigencia en España». Por tanto, sigue afirmando el autor citado, «parece claro (...) que los jueces deban abstenerse de aplicar a los particulares las disposiciones de una ley que contradiga lo establecido en una disposición *Self-executing* de un tratado en vigor» —cfr. especialmente las páginas 191 a 197—. En el tema que nos ocupa, por tanto, el Convenio 132 de la OIT, en cuanto válidamente celebrado y publicado oficialmente en España, adquiere por ello un rango jerárquico en la escala de fuentes, superior a las normas estrictamente internas que regulan la materia de vacaciones anuales retribuidas, debiendo tener primacía sobre ellas, ya sean anteriores o posteriores al mismo, ya se trate de la LCT o la LRL, ya del ET. Estas normas no podrán ser aplicadas al caso concreto si contradicen al tratado internacional, aunque sí, obviamente, y dado el carácter mínimo que tienen todas las normas laborales, podrán mejorarlo sin que ello suponga su derogación, modificación o suspensión. En este último sentido, véase la sentencia del TCT de 27 de marzo de 1980 (1977), cuando afirma que «el Convenio 132 de la OIT es (...) expresivo de condiciones mínimas para el trabajador».

(2) En el ordenamiento jurídico español rige el sistema de recepción automática de las normas internacionales; es decir, cumplidos los trámites de válida celebración y publicación oficial se incorporan automáticamente al derecho interno, siendo, en principio, directamente aplicables. Sin embargo, como ha señalado GALIANA MORENO —*op. cit.*, pág. 191—, hay que diferenciar, en materia de tratados internacionales, entre aquéllos que son directamente aplicables sin más trámite o *self-executing* y los que carecen de esa aplicabilidad inmediata o *non self-executing*. Respecto a los primeros «no parece dudoso afirmar que su incorporación al Derecho interno ocasiona los mismos efectos que cualquier otra norma en éste producida. Es decir, las disposiciones *self-executing* contenidas en tratados que han entrado en vigor en nuestro ordenamiento son inmediatamente aplicables a sus destinatarios y vinculan a los órganos judiciales y administrativos del Estado, del mismo modo que las demás normas jurídicas de producción interna (...). En el caso de disposiciones *non self-executing*, esto es, aquellas que «exijan medidas legislativas para su ejecución» (art. 94.1.e, de la Constitución) la situación es ciertamente diferente. El tratado se manifiesta inicialmente como un mandato dirigido a los órganos estatales investidos de poder normativo o, si se quiere, como un compromiso asumido por el Estado de poner en marcha la correspondiente maquinaria de producción jurídica en orden al cumplimiento de dicho compromiso —véanse las págs. 191 y 192 del trabajo citado—. A lo anterior es preciso hacer, a mi juicio, un par de precisiones: en primer lugar, el carácter *self-executing* o no de las normas internacionales puede

Constitución, al recoger en el apartado 2.º de su artículo 40 el compromiso de los poderes públicos de garantizar el descanso necesario mediante, entre otras medidas, las vacaciones periódicas retribuidas, impone unos determinados criterios de interpretación y de integración del ordenamiento jurídico laboral en este tema que deben ser tenidos obviamente en consideración a la hora de dar solución a las cuestiones anteriormente planteadas.

Respecto a los temas que aquí interesan, la postura del Tribunal Central de Trabajo (TCT) puede resumirse en los siguientes puntos (3):

predicarse tanto de la totalidad de la norma como de preceptos aislados de cada una de ellas. Un ejemplo de lo primero pueden ser la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 o el Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales de 1966 (en cuyos artículos 24 y 7, respectivamente, se establece que «toda persona tiene derecho al descanso, al disfrute del tiempo libre, a una limitación razonable de la duración de trabajo y a vacaciones periódicas pagadas»). Ambas normas son, en su totalidad, no directamente aplicables aunque por haberse cumplido los requisitos procedimentales exigidos hayan pasado a formar parte del ordenamiento jurídico interno; por el contrario, en el Convenio 132 de la OIT pueden encontrarse tanto preceptos aislados que remiten a un desarrollo o adecuación normativa posterior por cada uno de los Estados que lo hayan asumido, como otros que por no expresar dicha remisión son, por tanto, directa e inmediatamente aplicables sin más trámite. A lo largo del trabajo y en el momento de hacer recurso a cada uno de los preceptos del Convenio 132, se hará referencia a su carácter *selecting* o no de los mismos.

En segundo lugar, predicar de una norma internacional —o precepto aislado de la misma— que no es directamente aplicable, no quiere decir que carezca de toda relevancia en el marco de la producción e interpretación normativa. Respecto a lo primero, lo más frecuente es que la norma internacional, estableciendo unas reglas generales, remita el desarrollo y adecuación de las mismas al ordenamiento jurídico de cada país a la producción normativa nacional —aunque no son de descartar, desde luego, aunque más infrecuentes, las remisiones «en blanco»—. Tales reglas generales funcionan, pues, como límite negativo, de manera que el desarrollo normativo posterior no podrá negarlas, contradecirlas o vaciarlas de contenido; caso de que así sucediera, la legalidad de la norma posterior de desarrollo sería enormemente dudosa. En cualquier caso, para dar solución a esta problemática será necesario analizar y partir del tenor literal de cada uno de los preceptos internacionales que incluyen dicha remisión. Desde el punto de vista interpretativo es claro, en mi opinión, que no existiendo el tal desarrollo normativo exigido por la norma internacional lo en ella establecido, aunque se califique de no directamente aplicable, debe y puede funcionar como criterio de interpretación y de integración del ordenamiento jurídico interno.

(3) Las sentencias que se han utilizado corresponden fundamentalmente a la primera mitad del año 1980 y están recogidas en el correspondiente Repertorio de Jurisprudencia del TCT —edit. Aranzadi—, de cuya ordenación numérica se expresa la referencia junto a cada una de ellas. Dada la fecha de las mismas no han podido tener en consideración el artículo 38 del ET, si bien algunas, a efectos aclaratorios,

a) El número de días de vacaciones a que tiene derecho el trabajador está en función, es proporcional a los días de trabajo efectivo al año; en este sentido se pronuncia la sentencia de 21 de febrero de 1980 (1.254) al afirmar que «... las vacaciones anuales se establecen en relación con el trabajo, y si éste no tuvo lugar en todo o en parte del año, no nace el derecho a disfrutarlas o disminuye la duración en la proporción correspondiente...».

b) No obstante ello, existen determinadas situaciones de ausencia del trabajador que se computan como si de días trabajados se tratara, no pudiendo producirse descuento alguno de días de vacaciones por parte de la empresa en base a tales ausencias; así, la sentencia de 2 de enero de 1980 (477) al señalar que «... la finalidad de la vacación anual retribuida no sólo consiste en otorgar un descanso al trabajador, sino el proporcionarle un período de tiempo idóneo para el esparcimiento, por lo que las ausencias involuntarias durante el año, tal como las que traigan causa de enfermedad, accidente o maternidad, serán computadas como tiempos de actividad laboral a los efectos de calcular la duración de dichas vacaciones...» (4).

c) En relación a las ausencias del trabajador motivadas por huelga de las que, en principio al menos, falta el rasgo de involuntariedad, el TCT distingue entre huelga legal o ilegal. En el primer caso el régimen jurídico aplicable, a los efectos de la determinación del número de días de vacaciones, es idéntico al de las llamadas ausencias involuntarias; por el contrario, las ausencias por huelga ilegal no generan derecho al descanso. Muy expresiva de los argumentos utilizados para llegar a estas conclusiones es la sentencia de 21 de marzo de 1980 (1.972), cuando afirma: «... a) si bien es cierto que las vacaciones tienen como objeto esencial reponer las fuerzas que la prestación de trabajo produce en el doble aspecto humano: físico y psicológico, también es verdad lo ficticio que resultaría equiparar la situación de distensión anímica que a todo disfrute vacacional es inherente con la de tensión que, previsiblemente ha de ir aneja a esos días transcurridos en huelga y, por tanto, en expectante incertidumbre y sin retribución, respecto de los cuales sería inadecuado —por esas mismas circunstancias— emplear la palabra "disfrute"; b) aun siendo verdad que el Convenio 132 de la Organización Internacional del Trabajo equipara solamente al trabajo efectivo aquellas ausencias al trabajo derivadas de "motivos independientes de la voluntad de la persona interesada" es indudable que esa equiparación tiene por objeto ex-

lo citan expresamente. No obstante ello, y dado que el artículo 38 del ET, salvo por lo que se refiere a la duración mínima de las vacaciones y al procedimiento de fijación de la fecha de su disfrute —cuestiones que aquí no se consideran— no ha modificado ni añadido sustancialmente nada a la regulación anterior, es por lo que dichas resoluciones del TCT pueden seguir siendo útiles, a efectos interpretativos, incluso con posterioridad al ET. De aquí su uso.

(4) En el mismo sentido las sentencias de 15 de abril y 30 de mayo de 1978 (2.188 y 3.244), 11 de junio y 11 de diciembre de 1979 (4.598 y 7.315).

cluir las ausencias voluntarias e injustificadas, muy distintas a aquellas dimanantes del ejercicio de un derecho, como lo es el de huelga; y c) en tal sentido debe tenerse bien presente que durante la huelga legal el contrato de trabajo queda suspendido y el trabajador no está obligado a comparecer, pues, en la empresa, lo cual reviste de un carácter muy clarificador a la doctrina sentada ya por esta Sala en su sentencia de 5 de diciembre de 1978 (...), la cual, aludiendo a las situaciones de ausencias debidas a causas que, como la incapacitación laboral transitoria, son independientes de la voluntad del sujeto, las contraponen a aquellas otras que, a efectos de esta controversia, dan base legítima para el descuento temporal de vacaciones, por derivarse las faltas al trabajo "de una decisión libremente tomada por el trabajador, con desprecio del principal deber que le viene impuesto por el contrato laboral"; siendo evidente que el caso de quienes ejercitan legalmente un derecho y no menosprecian, pues, ninguna obligación, es mucho más equiparable al primer supuesto que al segundo...» (5).

Por su parte, la sentencia de 4 de febrero de 1980 (1.233) señala, respecto a la voluntariedad de la ausencia motivada por huelga legal, que «... la voluntad de producirla es colectiva y aunque no anula la libertad y voluntariedad de cada trabajador individualmente considerado, sí la condiciona y modela por lo que no es sin más equiparable la cesación voluntaria en el trabajo por motivos individuales, a la interrupción del trabajo por huelga...», añadiendo que «... la huelga tiene como finalidad la defensa de los intereses de los trabajadores (...), es reconocida como derecho fundamental (...), el trabajador que participa en ella, si bien no tiene la fatiga que produce el trabajo en la producción, puede tener la fatiga propia de una actividad integrada en el ámbito de la relación sociolaboral, por ello las vacaciones no deben reducirse por la participación en una huelga legal...» (6). En la misma línea, la sentencia de 12 de marzo de 1980 (1.952) señala que la huelga consiste en el ejercicio de un derecho que no deriva propiamente de una libre decisión individual, sino de un acuerdo de naturaleza colectiva que no puede desvincularse de la presión ejercida por la disciplina sindical y la solidaridad de intereses; que el contrato de trabajo no se rige por las reglas generales de reciprocidad de las prestaciones del Derecho común, dado que la suspensión sólo exonera las obligaciones recíprocas de trabajar y de remunerar el trabajo, permaneciendo subsistentes los demás efectos del contrato de trabajo que tendrán efectividad o no según su regulación específica que, para el caso que nos ocupa, es el Real Decreto-ley de relaciones de trabajo de 4 de marzo de 1977 (DLRT), en cuyo artículo 6, dos, al señalarse las consecuencias del

(5) Véanse también las sentencias de 21 de marzo y 14 de mayo de 1980 (1.973 y 3.202).

(6) También las sentencias de 24 de septiembre de 1979 (3.289), 7 y 10 de marzo de 1980 (1.942 y 1.946).

ejercicio del derecho de huelga, no se hace referencia alguna al tema de las vacaciones (7).

Por lo que hace a la huelga ilegal, la sentencia de 29 de febrero de 1980 (1.259) indica que «... en los supuestos de huelga ilegal, cuando no se asiste al trabajo por decisión libremente tomada por los trabajadores, durante la misma no se genera derecho al descanso ni al salario que constituye su contraprestación...».

d) Respecto a las ausencias motivadas por causas de suspensión de la relación laboral distintas de las consignadas, la sentencia de 5 de enero de 1980 (480), en un supuesto de suspensión de la relación laboral por regulación de empleo manteniéndose la retribución en un 95 por 100 del promedio retributivo percibido con anterioridad por los trabajadores, señala que «... comparada la situación en la que permanecieron los interesados con la propia de unas vacaciones y con la inherente a la incapacidad laboral transitoria parece indudable la existencia de una mayor similitud con la vacacional, tanto por el descanso físico supuesto por ocho meses de inactividad retribuida, como por la circunstancia de hallarse entre aquéllos temporadas tan típicamente vacacionales como las fiestas de Navidad y el mes de julio íntegro...», concluyendo que el tiempo transcurrido en dicha situación no debe ser valorado como efectivamente trabajado a los efectos de ser computado para su repercusión en el cálculo de los días que habían de constituir las vacaciones. También la sentencia de 21 de febrero de 1980 (1.254), resolviendo una situación similar en la que, además, los trabajadores no percibían salario alguno por parte de la empresa, subraya que las vacaciones pierden sentido si se desvinculan del trabajo previo y que al interrumpirse todos los efectos del contrato de trabajo «... al igual que durante la suspensión citada no se deven-

(7) Otras sentencias en el mismo sentido son las de 12, 14 y 27 de marzo (1.953, 1.961 y 1.977) y de 12 y 16 de mayo (3.197 y 3.205), todas ellas de 1980. La propia sentencia de 12 de marzo de 1980 (1.952) resolviendo también acerca del posible trato injusto que podría suponer tratar igualmente, en materia de vacaciones, a quien prestó servicios durante la huelga y a quien participó en ella, indica que «lo cierto es que aun siendo conductas materialmente iguales aunque de signo contrario, por lo que parecen exigir efectos jurídicos opuestos, tienen causas jurídicas distintas (acuerdo de dimensión colectiva la huelga, decisión puramente singular el ejercicio de la llamada libertad individual de trabajo) (...) y por ello su tratamiento jurídico no puede ser el mismo; esto se ve confirmado al comprobar que el trabajador que no participó en la huelga, sin sufrir la privación del salario que tuvo quien participó en ella, goza igual que éste de las mejoras que la huelga consiga, lo que con la óptica de la sentencia recurrida sería injusto, pero no lo es porque ambas conductas, materialmente iguales, pero de signo contrario, tuvieron causas jurídicas distintas: la defensa de lo colectivo una, la libertad de trabajo otra».

En relación al DLRT la reciente sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981 (BOE del 25 de abril) ha declarado, aunque con matizaciones, la vigencia del mismo, discutible a partir de la Constitución.

gan salarios —sino, en su caso, otro tipo de prestaciones—, tampoco es computable tal período a efectos de ulteriores vacaciones, máxime cuando durante la interrupción de la relación pudieron los trabajadores afectados descansar y dedicarse a los esparcimientos que con la vacación se persiguen...» (8).

2. Para el estudio de las cuestiones planteadas es conveniente tomar como punto de partida una definición del instituto jurídico que analizamos. Así, De la Villa entiende por vacación anual retribuida «el derecho a un período anual y limitado de descanso, concedido al trabajador por su empleador, durante el cual se interrumpe la obligación de trabajo del primero, permaneciendo inalterado, pese a ello, y en lo demás, el contenido de la relación laboral» (9). Glosando esta definición, el mismo autor indica que la vacación anual retribuida es un derecho del trabajador, exigible ante el empleador, derecho especialmente protegido, personalísimo y normalmente condicionado en su disfrute a la prestación previa de un período de servicios (10).

De lo anterior nos interesa destacar aquí, en primer lugar, la última de las características citadas, esto es, la configuración del derecho a vacaciones anuales retribuidas como un derecho normalmente condicionado a la prestación efectiva de un determinado período de servicios previo. Un criterio bastante generalizado en este punto es el de que las vacaciones, al ser anuales, se cobra el derecho a ellas tras cada año de trabajo, es decir, el derecho al disfrute de la vacación anual sólo se completa plenamente al transcurrir, en su integridad, un año de servicios; la anualidad de las vacaciones viene tomada, por tanto, como plazo de espera, requisito previo necesario y sólo tras su transcurso adquiere el trabajador derecho a las vacaciones, no antes. Así, Alonso Olea (11) afirma que «las vacaciones son anuales, esto es, se tiene derecho a ellas tras cada año de trabajo», y también que «la jurisprudencia confirma, por otro lado, que el derecho a las vacaciones sólo surge "al cumplirse el año completo de servicios" (STC de 1 de marzo de 1976)», citando, además, en su apoyo el artículo 9 del Convenio 132 cuando señala que «...la parte ininterrumpida de las vacaciones anuales mencionada en el párrafo 2 del artículo 8 deberá concederse y disfrutarse a más tardar en el plazo de un año, a partir del final del año en que se haya originado el derecho a esas vacaciones...».

Contra esta opinión cabe decir: a) El artículo 9 del Convenio 132, más que exigir un requisito previo necesario o plazo de espera para que surja el derecho a las vacaciones lo que, a mi juicio, establece es, más bien, una determinada época o plazo necesario de disfrute de las vacaciones ya originadas

(8) En la misma línea, la sentencia de 10 de abril de 1980 (2.774).

(9) «Configuración jurídica de las vacaciones anuales retribuidas», en *Revista de Política Social*, núm. 81 (enero-marzo de 1969), pág. 86.

(10) *Ibidem*, págs. 92 a 102.

(11) *Derecho del Trabajo*, Madrid, 1980, págs. 183 y 185.

y respecto a las cuales se ha adquirido ya derecho —«deberá concederse y disfrutarse a más tardar en el plazo de un año», señala el inciso nuclear del primer párrafo del artículo 9—; impresión que viene además confirmada por la simple lectura de los dos párrafos siguientes del mismo artículo; b) Dicho período necesario de disfrute se cuenta, ciertamente, a partir del final del año en que se haya originado el derecho a las vacaciones, pero ello no implica que sea precisamente al final del año cuando se adquiera el derecho a las vacaciones, ni que sea necesario tampoco el trabajo efectivo de un año íntegro para que se origine tal derecho, ni tan siquiera que las vacaciones deban necesariamente disfrutarse en el plazo señalado y no antes —esto último es perfectamente posible por cuanto el artículo 9 del Convenio habla de «a más tardar», como plazo límite más allá del cual no es posible ese disfrute aunque sí obviamente antes—; en definitiva, el artículo 9 viene a establecer más una garantía del disfrute efectivo de las vacaciones que un requisito o plazo de espera para que se genere el derecho a las mismas; c) *sucede*, además, que si de plazos de espera o requisitos previos se trata es otro el artículo del Convenio que regula la cuestión; se trata del artículo 5, en cuyo párrafo primero se dice expresamente que «... se podrá exigir un período mínimo de servicios para tener derecho a vacaciones anuales pagadas...», añadiendo, en su párrafo segundo, que «... la duración de dicho período de calificación será determinada en cada país por la autoridad competente o por los métodos apropiados, pero no excederá de seis meses...»; es decir, el Convenio no impone ningún plazo de espera remitiéndose a las legislaciones nacionales para que así lo hagan si lo estiman pertinente, pero fijando a esta libertad de determinación un plazo máximo que no podrá ser, en ningún caso, rebasado, cual es el de seis meses, ya que, a mi juicio, en cuanto al carácter máximo del plazo de espera el Convenio es *self-executing*, dicho plazo no podrá ser nunca de un año; la anualidad, por tanto, de las vacaciones no puede ser interpretada en este sentido; d) por tanto, el año en que se haya originado el derecho a las vacaciones a que se refiere el artículo 9 del Convenio debe interpretarse necesariamente como año natural; el esquema del Convenio 132 es que las vacaciones se originan o se genera el derecho a las mismas cada año natural —siempre que se haya cumplido un período mínimo de servicios en aquellas legislaciones que así lo establezcan, pero que no puede ser superior nunca a seis meses— y deben disfrutarse como máximo durante el año siguiente, sin que nada impida se disfruten en el mismo año en que se generan.

Por otra parte, y haciendo ya referencia a las normas nacionales que han regulado y regulan la materia, el artículo 35 de la LCT aun cuando señalara que «... el trabajador tendrá derecho a un permiso anual retribuido...», al suprimir la exigencia expresa contenida en el artículo 56 de la Ley de Contrato de Trabajo de 1931 de que para causar derecho a vacaciones el contrato de trabajo debía haber durado un año —anualidad concebida claramente como plazo de espera—, y al introducir el criterio de la proporcionalidad

en el caso de extinción de la relación laboral, se inclinaba por considerar el año más como plazo o marco de disfrute del derecho y de ejercicio del mismo (12). Posteriormente incluso a la incorporación del Convenio 132 al ordenamiento jurídico interno, la LRL recogió expresamente el criterio de la proporcionalidad —evidentemente antagónico al de la anualidad como plazo de espera— en su artículo 27 al establecer que «... todo trabajador tiene derecho cada año (que debe entenderse de nuevo y como en el artículo 9 del Convenio 132 como año natural) a un período no sustituible por compensación económica de veintidós días naturales como mínimo, o a la parte proporcional que corresponda en el caso de no llevar trabajando en la misma empresa el año necesario para el disfrute pleno de este derecho...» (13). Por último, el artículo 38 del ET para nada se refiere a la cuestión, pues habla tan sólo de «vacaciones anuales retribuidas» en el sentido, evidente a mi juicio, de vacaciones a las que se tiene derecho cada año (de nuevo natural) y no por cada año de trabajo; lo que no puede de ninguna manera entenderse es que el silencio del ET suponga la vuelta a la consideración de la anualidad como plazo de espera, posibilidad, como hemos visto, prohibida expresamente por el artículo 5.2 del Convenio 132; la ausencia de regulación al respecto debe considerarse, pues, como renuncia a establecer un requisito previo temporal para que se entienda generado el derecho a vacaciones. El artículo 38 del ET en concordancia con el 5.2 del Convenio 132; la vigencia, aunque con rango reglamentario, de las normas de la LCT y de la LRL, en base a la disposición final cuarta del ET, que al establecer un trato más favorable deben tener prevalencia sobre el Convenio 132; la numerosa y consolidada doctrina legal y el propio artículo 40.2 de la Constitución, que fuerza a una interpretación favorable a las vacaciones, obligan a considerar que el criterio de la anualidad funciona como plazo o marco de ejercicio y disfrute del derecho a vacaciones y no como un plazo de espera para que el mismo se origine y pueda, a partir de entonces, disfrutarse.

3. Un segundo posible condicionamiento temporal de las vacaciones —el tercero es posterior a haberse generado el derecho a las mismas y se refiere a la época necesaria de disfrute y reclamación, lo que lo conecta con el tema

(12) En este sentido, L. E. DE LA VILLA, *op. cit.*, pág. 99, afirmando que «es evidente que si la proporcionalidad se admite en el caso de extinción del vínculo laboral (...) con mucho mayor motivo habrá de admitirse cuando el trabajador siga prestando servicios a la empresa»; en la misma línea, A. MARTÍN VALVERDE, «Las líneas de evolución del derecho a vacaciones» en *Revista de Política Social*, número 83 (julio-septiembre de 1969), págs. 74-75: «el calificativo anual se refiere solamente al plazo dentro del cual se puede y se debe ejercitar el derecho a vacaciones (es decir, cada año natural)».

(13) Cfr. J. MATÍA PRIM, «Descanso semanal y anual. Permisos», en *Diecisiete lecciones sobre la Ley de Relaciones Laborales*, Madrid, 1977, págs. 378-379.

de la caducidad que aquí no tratamos— puede articularse por la vía de establecer no ya un determinado período de servicios previo para que nazca el derecho a las mismas, sino una duración proporcional de las vacaciones en función del tiempo de trabajo prestado, de los días efectivamente trabajados cada año; se trata, en síntesis, del llamado criterio de la proporcionalidad, al que ya en alguna medida hemos hecho referencia en párrafos anteriores, utilizándolo como instrumento de negación del año como período de espera.

El criterio de la proporcionalidad lo recoge muy claramente, como se ha visto, la sentencia de 21 de febrero de 1980 (1.254), al afirmar que «... las vacaciones anuales se establecen en relación con el trabajo y si éste no tuvo lugar en todo o en parte del año, no nace el derecho a disfrutarlas o disminuye su duración en la proporción correspondiente...». El trabajo a lo largo del año determina, pues, según este criterio, la plenitud del derecho a vacaciones, mientras que un trabajo desarrollado parcialmente dará origen a un derecho también parcial o limitado en su duración. Este condicionamiento temporal tiene, además, más relevancia práctica que el anterior; si el año como plazo de espera encontraba aplicación práctica en los años de ingreso del trabajador en la empresa o en aquellos supuestos de reingreso o reincorporación tras etapas suspensivas que, por hipótesis, no dieron lugar al derecho a vacaciones, la proporcionalidad determina el aspecto cuantitativo del derecho a vacaciones y lleva a considerar que tal derecho se va acumulando día a día de trabajo efectivo o asimilado (14). De aquí que la proporcionalidad conecte inmediatamente con la problemática de cuáles sean esos días efectivamente trabajados que van generando el derecho a vacaciones y qué ausencias del trabajador son asimilables a los mismos y cuáles no.

Pero antes de entrar en este tema conviene recordar en base a qué normas se entiende, rige en nuestro país el principio de proporcionalidad en lo que al derecho de vacaciones se refiere. El ET, poco expresivo en lo que a estas cuestiones se refiere, nada dice que pueda interpretarse en un sentido o en otro. Por su parte, el artículo 35 de la LCT sí había hecho referencia al tema de la proporcionalidad en su apartado tercero —«... cuando el trabajador dejara de prestar sus servicios antes de haber disfrutado el permiso anual retribuido, percibirá la parte proporcional que le corresponda...»—, pero en relación sólo al supuesto de extinción de la relación laboral antes del disfrute del permiso o vacación anual. De otro lado, el artículo 27 de la LRL, que también recoge el principio de proporcionalidad, lo hace en el contexto de una frase —«... la parte proporcional que corresponda en el caso de no llevar trabajando en la misma empresa el año necesario para el disfrute pleno de este derecho...»— que parece referirlo exclusivamente al supuesto del año en que se inicie la relación de trabajo e ingrese el trabajador en la empresa. A la vista de ambos

(14) En este sentido, ALONSO OLEA, *op. cit.*, pág. 185, y J. MATÍA PRIM, *op. cit.*, págs. 378-379.

textos podría perfectamente afirmarse que no sólo se rechaza el carácter de la anualidad como plazo de espera —de posible y único juego en los años inicial y terminal de la relación laboral—, sino que el principio de proporcionalidad sólo juega, exclusivamente, respecto a estos años; en los años intermedios, podría concluirse, vigente la relación de servicios durante toda su extensión, el trabajador tendrá derecho a las vacaciones íntegras cualesquiera que sean las incidencias de la propia relación de trabajo durante los mismos. Proporcionalidad, pues, sí, pero limitada. Ello supondría acoger plenamente el principio de la «intraanualidad» de las vacaciones favoreciendo la generación del derecho a vacaciones por el transcurso del año natural y no como consecuencia de un año de prestación de servicios. Como se ha afirmado (15) «la consideración del derecho a un período mínimo de vacaciones por año natural implicaría el disfrute pleno en atención no sólo al tiempo de trabajo prestado, sino al presumiblemente por prestar, o si se quiere, con independencia de tales tiempos y exclusiva referencia al año mismo». La aceptación del principio de «intraanualidad» en toda su extensión debilitaría enormemente el de maduración progresiva del derecho a vacaciones en función del tiempo de trabajo efectivo anual, eliminando toda la problemática en torno a qué ausencias del trabajador deben o no computarse o asimilarse a tiempo de trabajo, restringiéndola a aquellos supuestos suspensivos de la relación laboral que abarcaran arcos temporales superiores al año o que fueran debidos —y aun ello sería discutible— a una exclusiva voluntad e interés del trabajador.

Sin embargo, no parece ser ésta la opción tomada por el Convenio 132 de la OIT. En efecto, el artículo 3.3 señala que «... las vacaciones no serán en ningún caso inferiores a tres semanas laborales por un año de servicios...», añadiendo el artículo 4.1 que «... toda persona cuyo período de servicio en cualquier año sea inferior al requerido para tener derecho al total de vacaciones prescrito en el artículo anterior, tendrá derecho, respecto de ese año, a vacaciones pagadas proporcionales a la duración de sus servicios en dicho año...»; además, el artículo 5.4 establece que «... las ausencias del trabajo por motivos independientes de la voluntad de la persona interesada, como enfermedad, accidente o maternidad, serán contadas como parte del período de servicios...», recogiendo un criterio de interpretación acerca de qué días se entienden o se asimilan a los efectivamente trabajados. El Convenio 132 parece, pues, hacer aplicable el criterio de la proporcionalidad a toda la duración de la relación laboral y no sólo a los años inicial o terminal de la misma, tomando, además, como punto de referencia el trabajo prestado y no la duración global de los servicios.

Contra lo anterior podría decirse, ciertamente, lo siguiente: a) que tanto el artículo 3 como el 4 del Convenio no hablan para nada de trabajo efectivo, sino sólo de prestación o duración de los servicios, lo que es una expresión

(15) MATÍA PRIM, *op. cit.*, pág. 381.

ambigua que tanto puede referirse a trabajo efectivamente prestado que a duración de la relación laboral en general; b) que la posible referencia —si bien indirecta— a la efectividad del trabajo merced a una interpretación *a sensu contrario* sólo se encuentra en el artículo 5.4, que está destinado a regular la posible implantación del plazo de espera como requisito previo y que, por tanto, sólo respecto a él funciona esta regla, y dado que en nuestro ordenamiento hemos concluido no existe tal plazo, tampoco el párrafo citado tiene aplicación; si hubiera pretendido referirse a la proporcionalidad de la duración de las vacaciones en función de los días trabajados, su incardinación hubiera sido más lógica y sistemáticamente más clara en el artículo 4 del Convenio; c) que, por tanto, la proporcionalidad recogida en el artículo 4 sólo tiene sentido respecto al año inicial, lo que nunca se ha negado aquí; d) que al ser el principio de proporcionalidad, extendido a toda la duración de la relación laboral, limitativo del derecho de vacaciones frente al de intraanualidad en toda su extensión, al ser el Convenio norma mínima mejorable y al no establecer las normas posteriores al mismo ninguna regla clara que permita entenderlo aplicable —el ET nada dice, la LRL parece referirse sólo al año inicial o al final—, podemos concluir que no encuentra aplicación en el ordenamiento español.

Pese a todo, las argumentaciones anteriores contradicen una línea interpretativa y jurisprudencial muy consolidada, y es por ello por lo que aceptamos aquí, en principio, la proporcionalidad entendida como manifestación de la maduración progresiva, día a día, del derecho a vacaciones y referida a toda la duración de la relación laboral, a «cualquier año» como dice el artículo 4.1 del Convenio. Pero esta conclusión no nos impide identificar unas determinadas consecuencias de todo lo anteriormente expresado, en materia de condicionamiento temporal del derecho a vacaciones, que nos van a servir para realizar una más concreta interpretación de los problemas —relacionados con el tiempo de trabajo efectivo y ausencias del trabajador asimiladas al mismo— que a continuación se tratarán.

Estas consecuencias son: en primer lugar, la configuración del período vacacional debe necesariamente cambiar a partir del criterio de la intraanualidad, aunque sea parcialmente aplicado; es decir, las vacaciones pasan de ser un período de reposo, al fin exclusivo de la recuperación de la energía gastada, para convertirse en un período de esparcimiento, de recreo, que engloba la idea cualitativamente diferente de un descanso en función de la evasión, del ocio y la diversión (16); por tanto, el disfrute de las vacaciones no exige necesariamente un plazo temporal previo al descanso en el que se produzca efectivamente el desgaste físico y psíquico del trabajador. La sentencia de 2 de enero de 1980 (477) lo expresa muy claramente: «... la finalidad de la va-

(16) MARTÍN VALVERDE, *op. cit.*, págs. 89-90, y MATÍA PRIM, *op. cit.*, páginas 379-380.

cación anual retribuida no sólo consiste en otorgar un descanso al trabajador, sino el proporcionarle un tiempo idóneo para el esparcimiento...». En segundo lugar, es necesario recordar aquí, de nuevo, el carácter de especialmente protegido que ostenta el derecho a vacaciones, a tenor del artículo 40.2 de la Constitución. El juego de ambos criterios necesariamente ha de promocionar una línea interpretativa del derecho a vacaciones que tienda a evitar los condicionamientos restrictivos del propio derecho —período de servicios previos, ausencias al trabajo que no generan derecho a vacaciones—, convirtiéndolo en un derecho que ciertamente pueda calificarse como especialmente protegido.

4. El tema que ahora nos interesa analizar, pues, es el de la incidencia de las ausencias del trabajador, a lo largo del año en que se genera el derecho a vacaciones, sobre la duración de éstas. Se trata de la problemática de en qué medida las ausencias del trabajador a lo largo del año se computan o no en el número de días que generan un cierto espacio temporal de vacaciones. Es decir, si aceptamos que existe una relación proporcional entre dos términos, de los que uno —«y»— está integrado por el año de servicios que da derecho a las vacaciones, y el otro —«x»— viene constituido por los días de vacaciones a disfrutar, está claro que toda variación en menos de «y» determina una reducción proporcional en «x»; ello supone aceptar que —lo hemos subrayado antes— las vacaciones se maduran día a día y que el número de días de vacaciones puede quedar por debajo del mínimo en función proporcional a esa maduración. Pues bien, lo que aquí interesa ahora es clarificar cómo se integra ese año de servicios que, en su totalidad, origina un derecho pleno a los días de vacación fijados; qué ausencias del trabajador producen una minoración en «y» —y consecuente y proporcionalmente en «x»— y cuáles no, al computarse, previa ficción, como asimiladas a tiempo de servicios.

Parece conveniente, en primer lugar, reproducir aquí los criterios normativos. El Convenio 132 en su artículo 5, apartado 3, señala que «... la manera de calcular el período de servicios, a los efectos del derecho a vacaciones, será determinada en cada país por la autoridad competente o por el organismo apropiado...», añadiendo en su apartado 4 que «... en las condiciones que en cada país se determinen por la autoridad competente o por el organismo apropiado, las ausencias del trabajo por motivos independientes de la voluntad de la persona interesada, como enfermedad, accidente o maternidad, serán contadas como parte del período de servicios...». Remisión, por tanto, a la legislación y articulación normativa de cada país, no siendo, ni siquiera el apartado 4, un precepto *self-executing*, ya que al señalar que las ausencias, por motivos independientes de la voluntad de la persona interesada, se cuentan como período de servicios, lo hace con la indicación previa de que ello sucederá «... en las condiciones que en cada país se determinen...», pareciendo remitir a esa determinación la efectividad práctica y normativa de dicha regla.

Pero sucede que, al margen siempre las normas sectoriales y profesionales, la legislación española nada ha establecido al respecto; ni el ET ni la LRL señalan nada, y sólo en el último apartado del artículo 35 de la LCT se hace una indicación útil en este sentido, al expresarse que «... queda prohibido descontar del período de vacaciones reglamentarias cualquier permiso extraordinario concedido durante el año...». Si bien este párrafo parece indicar más bien que no cabe sustituir días completos de vacación por días de permiso extraordinario, con lo que se estaría haciendo referencia a otras cuestiones, también puede utilizarse en el sentido más amplio de que tampoco tales permisos extraordinarios provocan una reducción, ni siquiera porcentual, de los días de vacaciones, generando el derecho a los mismos como si de días trabajados o de servicios se tratara. Podría decirse con Matía (17) que «... nada exige que las vacaciones dependan del cumplimiento del total número de jornadas que componen un año...», volviendo, por tanto, a la negación de la propia relación de proporcionalidad que, aunque con enormes reservas y por las razones ya apuntadas, hemos aceptado antes. Es preferible, pues, partir de la aceptación inicial de que ese condicionamiento existe, y concluir que si bien lo establecido en el apartado 4 del artículo 5 del Convenio carece de aplicabilidad inmediata, sí constituye, no obstante, un criterio de interpretación que, en ausencia de normativa nacional sobre el tema, debe, como mínimo, ser utilizado. Ello con la reserva de ser susceptible de mejora o de ampliación en cuanto a los supuestos que se computan como período de servicios, siempre que existan razones, bien derivadas de la propia esencia del instituto vacacional, bien de la naturaleza de las ausencias del trabajador que así lo permitan. En principio, pues —y sobre esto no parece haber discusión—, tanto las ausencias por motivos independientes de la voluntad del trabajador cuanto las ocasionadas por permisos extraordinarios —a los que se refiere el artículo 37 del ET: por matrimonio, nacimiento de hijo, enfermedad o fallecimiento de pariente, traslado, cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público, realización de funciones sindicales o de representación del personal, hora de ausencia por lactancia, tiempo de disminución de la jornada por cuidado de un menor de seis años o de un disminuido físico o psíquico—, se computan como parte del período de servicios.

Respecto a la opinión doctrinal sobre el tema, los autores que lo han analizado sobre la base exclusiva del artículo 35 de la LCT —único criterio normativo de referencia antes de la incorporación del Convenio 132 al ordenamiento jurídico interno—, al preguntarse si como permiso extraordinario debían considerarse sola y exclusivamente los supuestos contemplados en el artículo 67 de la LCT —cuyo equivalente actual es el 37 del ET— o si, por el contrario, debían incluirse también en esa expresión todos o algunos de los supuestos de suspensión del contrato de trabajo, tras subrayar la importancia

(17) *Op. cit.*, pág. 384.

y trascendencia práctica de la opción —posible minoración del período vacacional, inalterabilidad de la duración de las vacaciones, en uno u otro supuesto, respectivamente—, se inclinaban bien, de forma vaga, por la necesidad de una interpretación liberal ampliatoria (18), bien, más tajantemente, por considerar que la expresión permiso extraordinario era tan amplia como para aludir «... a cualquier interrupción que no sea la propia por descanso anual...» (19). Posteriormente al Convenio 132, unos, como Matía (20), entienden que la referencia del artículo 35 de la LCT debe interpretarse como extensiva a la generalidad de los supuestos de suspensión e interrupción de la relación laboral, en base a la propia configuración del derecho a vacaciones —como tiempo de esparcimiento y no sólo de reposo, lo que debilita la exigencia de un tiempo de trabajo efectivo previo— y a la diferencia de naturaleza y finalidad de las vacaciones, por un lado, y las demás suspensiones e interrupciones, por otro, afirmando, incluso, que «... y si no existen dudas con respecto a supuestos tales como la enfermedad, el accidente o los permisos retribuidos, entiendo que igualmente los supuestos de huelga ilícita o el más genérico de la inasistencia injustificada, quedan resueltas en el articulado de la LRL...». Otros, como, por ejemplo, Alonso Olea, entienden, por el contrario, que si bien las ausencias por motivos independientes de la voluntad del trabajador se computan, en general, como tiempo de servicios a efectos de acumular el derecho a vacaciones, sin embargo existen supuestos como los dependientes de la voluntad del trabajador —incluyendo en ellos, aunque con dudas, los de huelga—, así como otros, tales como suspensiones del contrato por crisis o fuerza mayor o el tiempo de suspensión de empleo y sueldo como medida disciplinaria, que no pueden computarse como tiempo de servicios a los efectos de la duración de las vacaciones (21), recogiendo, en gran medida, la opinión jurisprudencial expresada en las sentencias que hemos transcrito en las primeras páginas de este trabajo.

5. Planteada así la cuestión no cabe sino analizar pormenorizadamente cada una de las situaciones, tratando de extraer algunas reglas generales de interpretación. Por lo que hace a los permisos extraordinarios a que se refiere el artículo 35 de la LCT —vigente, sin duda, en mi opinión, a tenor de la disposición final cuarta del ET—, es preciso entender incluidos en esta expresión no sólo los supuestos regulados en el artículo 37 del ET, sino también todos aquellos que reúnan las características de ser una «... situación transitoria en que se encuentra el contrato de trabajo, en la que el trabajador, afectado por alguna de las causas previstas por el ordenamiento, o por el

(18) MARTÍN VALVERDE, *op. cit.*, págs. 68 y 75-76.

(19) DE LA VILLA, *op. cit.*, pág. 108.

(20) *Op. cit.*, pág. 382.

(21) *Op. cit.*, págs. 184-185.

acuerdo de las partes, queda liberado de la obligación de realizar su prestación, manteniendo, sin embargo, el derecho a percibir la retribución...» (22), es decir, lo que se ha venido a llamar una interrupción no periódica de la prestación laboral (permisos del trabajador desplazado, permisos voluntariamente concedidos por el empresario, etc.).

La problemática se plantea, por consiguiente, en relación a las situaciones de suspensión de la relación laboral, en las que el trabajador y el empresario quedan exonerados de sus respectivas obligaciones, de prestar el trabajo y de retribuirlo salarialmente. En este terreno está claro que las ausencias por motivos independientes de la voluntad del trabajador se computan a efectos de generar el derecho pleno a vacaciones. El artículo 5.4 del Convenio 132 cita, ejemplificativamente, la enfermedad, el accidente o la maternidad, pero junto a ellos pueden también incluirse la fuerza mayor temporal, las causas económicas o tecnológicas que impidan la prestación y aceptación del trabajo, la privación de libertad mientras no exista sentencia condenatoria, el cumplimiento del servicio militar o social sustitutivo, ejercicio de cargo público representativo, excedencia forzosa, cierre legal de la empresa e incluso suspensión de empleo y sueldo por razones disciplinarias. Se trata, en principio y por el contrario, de ausencias en las que la voluntad del trabajador juega un papel preponderante, las originadas en mutuo acuerdo de las partes, ya sobrevenidas durante la ejecución del contrato, ya previstas inicialmente, y la huelga (23). Si bien existe unanimidad en entender que las ausencias por enfermedad, accidente y maternidad —lo que, en definitiva, el artículo 45 del ET llama suspensión por incapacidad laboral transitoria e invalidez provisional— son absolutamente independientes de la voluntad del trabajador —salvo casos de autolesionismo que no generan suspensión, y por la asimilación legal del descanso por parto a la incapacidad laboral transitoria—, no hay un acuerdo tan pleno respecto a los demás supuestos que también hemos calificado de independientes de la voluntad del trabajador. Será conveniente, pues, analizarlos muy brevemente uno por uno y explicar por qué los calificamos de ese modo:

a) Servicio militar o social sustitutivo: tratándose de una obligación legal de cumplimiento inexcusable para el trabajador, es evidente su calificación de independiente de la voluntad del mismo; pudiera plantearse la duda respecto al cumplimiento de dicho deber de manera voluntaria, pero se trata de una voluntariedad, como es obvio, relativa, referible más al tiempo de cumplimiento que al deber en sí mismo; en cualquier caso, el ET, que habría podido dar un tratamiento diferente en materia de suspensión, según el cumplimiento

(22) E. RAYÓN SUÁREZ, *Las interrupciones no periódicas de la prestación laboral*, Madrid, 1975, pág. 51.

(23) La clasificación está hecha a partir de la recogida en el libro de J. VIDA SORIA, *La suspensión del contrato de trabajo*, Madrid, 1965.

de dicho deber fuera obligatorio o voluntario (24), ha preferido considerar por igual ambos supuestos, lo que exige evidentemente una igual consideración en materia de vacaciones; de otra parte, extraer consecuencias perjudiciales para quien con especial celo se adelanta en el tiempo al ejercicio del derecho y al cumplimiento del deber de defender a España —artículo 30.1 de la Constitución—, es contradictorio con la configuración de dicho derecho-deber como fundamental. *b)* Privación de libertad del trabajador: tratándose de un supuesto englobable en el más amplio de fuerza mayor temporal (25), dado su carácter de imprevisibilidad e inevitabilidad, al tratamiento de ésta nos remitimos; sólo indicar que difícilmente puede predicarse la voluntariedad de esta ausencia si no es recurriendo al escolástico argumento de la voluntariedad del indicio; debe recordarse, no obstante, que el Convenio 132 habla no de imputabilidad, sino de voluntariedad de las ausencias, lo que es evidentemente un concepto más restrictivo; en cualquier caso, difícilmente puede hablarse de voluntariedad, aun aceptada ésta por la vía de la declaración de culpabilidad en un supuesto que precisamente sólo llega hasta el momento de la sentencia condenatoria; si producida ésta con dicho signo, la relación laboral podrá mantenerse en suspenso si el empresario no decide hacer uso de su facultad resolutoria, pero entonces la suspensión obedece más a la voluntariedad del empresario que a la del trabajador y estaremos en presencia de ausencias debidas, como tal suspensión, bien a una voluntad ajena a las partes, bien a la voluntad del empresario; el único problema podría plantearse respecto a aquellas ausencias antes de la sentencia condenatoria y que teniendo ésta tal signo parecen cobrar aire de voluntariedad por la vía de la declaración de culpabilidad del trabajador y siempre que el empresario decidiera dar por terminada la relación laboral a raíz de dicha sentencia; en este caso, no cabe el disfrute de las vacaciones aunque sí la compensación en metálico de las no disfrutadas, en cuyo cálculo vendría también integrado el período de suspensión, porque nada autoriza, a partir del artículo 45 del ET, a cambiar la naturaleza jurídica del período suspensivo precedente a la sentencia condenatoria ni a retrotraer los efectos del despido al momento del inicio de dicha situación suspensiva. *c)* Excedencia forzosa por ejercicio de cargo público: en principio podría decirse que se trata de una ausencia voluntaria, dependiente de la voluntad del trabajador por cuanto el ejercicio del cargo público no es obligatorio y siempre renunciabile; no obstante, si se acepta esta conclusión se estaría sometiendo al mismo tratamiento la excedencia forzosa y la voluntaria, siendo así, por el contrario, que la ley ha querido marcar diferencias entre una y otra, tales como la efectiva reserva del puesto de trabajo, que no se produce en la voluntaria —al extremo

(24) Expresiones de ello, aunque ya superadas, pueden encontrarse en J. VIDA SORIA, *op. cit.*, págs. 249 y sigs.

(25) VIDA SORIA, *op. cit.*, págs. 195-203.

que se ha afirmado que la excedencia voluntaria no es en realidad un supuesto suspensivo (26), lo que parece confirmarlo el propio artículo 45 al no incluirla expresamente en su lista de supuestos—, y el hecho de que la situación de excedencia forzosa, no así la voluntaria, da derecho al cómputo de la antigüedad; todo ello puede hacer inclinar la opinión de que también en el tema de vacaciones se ha de producir una diferenciación de tratamiento, considerando que las ausencias por excedencia forzosa generan derecho a vacaciones. *d)* Fuerza mayor temporal: difícilmente puede decirse que esta causa de suspensión tiene algo que ver con la voluntad del trabajador, ya que siendo algo imprevisible e inevitable su acaecimiento interfiere en la mecánica de la relación laboral sin que la decisión del trabajador tenga influencia alguna en su génesis y desarrollo.

Un supuesto cercano a este último es el que tratan las sentencias ya citadas de 5 de enero (480) y 21 de febrero (1.254) de 1980, esto es, el de ausencias motivadas por suspensión de la relación laboral originada por un expediente de regulación de empleo por crisis económica o tecnológica. Para el TCT tales situaciones no deben ser computadas para su repercusión en el cálculo de las vacaciones, pero, a mi juicio, a través de un argumento que ignora el criterio de la no dependencia de la voluntad del trabajador para acudir al de equivalencia o similitud entre dicha suspensión y las vacaciones. El argumento básico es que durante la interrupción de la relación pudieron los trabajadores afectados descansar y dedicarse a los esparcimientos que con la vacación se persiguen. Frente a esta argumentación hay que decir lo siguiente: *a)* que el tema nuclear es el de si las ausencias dependen o no de la voluntad del trabajador —artículo 5.4 del Convenio 132—, lo que evidentemente no sucede en el caso que analizamos, salvo que exista acuerdo entre el empresario y la representación colectiva de los trabajadores, en cuyo caso estaríamos ante un supuesto —desde el punto de vista de la voluntariedad— de ausencia por mutuo acuerdo, que más adelante veremos; *b)* no se pueden hacer equivalentes situaciones cuya calificación y naturaleza jurídicas son también diversas; las vacaciones constituyen un período de interrupción de la relación laboral, en lo que hace a la prestación de trabajo, pero manteniéndose la obligación salarial del empresario, lo que no sucede, por regla general, en el caso de las suspensiones por crisis económicas o tecnológicas; siendo, por tanto, una situación que se impone a los trabajadores, en la cual sufren determinados perjuicios, como el de la minoración de sus ingresos por sustitución del salario por la prestación, normalmente, del subsidio correspondiente, no se puede, además, aceptar una minoración en más de sus derechos —en este caso en materia de vacaciones— con beneficio exclusivo del empresario que va a recibir un trabajo al que no vendrían obligados los trabajadores merced a su derecho al descanso, ahorrando, además, la retribución

(26) Cfr. VIDA SORIA, *op. cit.*, págs. 45 y sigs.

salarial por ese período; c) no se está hablando de si durante las situaciones de suspensión de la relación laboral el trabajador puede o no descansar, sino si tales suspensiones generan o no derecho al descanso, lo que es radicalmente diferente y no depende del hipotético esparcimiento durante la suspensión, sino de la voluntariedad o no de la misma.

Por lo que hace a la suspensión de empleo y sueldo por razones disciplinarias, pese a que se pueda considerar que dicha ausencia es imputable al trabajador y, por esta indirecta vía, voluntaria, mal se puede entender que el tiempo de suspensión por esta causa no computa para acumular el derecho a la vacación anual. Sobre todo si se tiene presente el artículo 58.3 del ET —cuyo antecedente más directo se encuentra en el apartado tres del artículo 34 de la LRL— cuando señala que «... no se podrán imponer sanciones que consistan en la reducción de la duración de las vacaciones...», y ello es lo que precisamente sucede si a la sanción de pérdida del salario por no aceptación de la prestación por parte del empresario se vincula la consecuencia de reducir, proporcionalmente a los días de suspensión, los días de descanso anual. La minoración por vía sancionadora de la duración de las vacaciones se produce tanto por la reducción directa de los días en que éstas consisten, como por la indirecta de la repercusión de la suspensión disciplinaria a través del cómputo de las mismas. En lo referente, al fin, al cierre patronal como causa de la suspensión de la relación laboral, podría intentarse la vinculación de este supuesto con la voluntad de los trabajadores, afirmando que el cierre, tal como viene configurado en la legislación española, es siempre un cierre de respuesta a actuaciones provocadoras del mismo por parte de los trabajadores. Al provocar el cierre, provocan la suspensión de la relación laboral en que éste consiste y, por tanto, conectan su voluntariedad a la propia suspensión. Argumento éste bastante discutible porque no siempre el cierre es puramente defensivo, porque es un instrumento de acción sindical del empresario que viene utilizado por éste voluntariamente, en ningún caso se le impone, como una manera de presionar sindicalmente sobre los trabajadores y porque tratándose de un tipo especial de suspensión debe regirse por las normas específicas de la misma —el DLRT— que limita su efecto al de la no percepción del salario por parte del trabajador —artículo 6.2—. Todo lo anterior, naturalmente, en el supuesto de que el cierre sea legal; en caso contrario, ni siquiera se produce la suspensión de la relación laboral.

6. Hemos hablado anteriormente de ausencias cuya existencia parece depender, en principio, de la voluntad del trabajador: mutuo acuerdo y huelga, a las que habría que añadir —no tratándose de suspensión de la relación laboral— las ausencias injustificadas del trabajador. Por lo que a la huelga legal se refiere, basta recordar los argumentos de las sentencias que se han expuesto al inicio del trabajo. Los días de ausencia por causa de la misma se computan a efectos de vacaciones, dando lugar a las mismas por una serie

de razones que van desde entender que la decisión de huelga no es sin más equiparable a la cesación voluntaria en el trabajo por motivos individuales, dado el carácter colectivo de aquélla y la implicación en la misma de intereses también colectivos, hasta la peculiaridad de su regulación en el DLRT, que determina como efecto de la misma la suspensión de la relación laboral y el no pago del salario, dejando subsistentes los demás efectos —entre ellos la generación del derecho a vacaciones—, pasando por el propio carácter de derecho fundamental del derecho de huelga que exige, por tanto, una especial protección de su ejercicio y que éste no redunde en perjuicio de quienes legítimamente lo usan. Pero quizá la razón más importante, al menos desde el punto de vista interpretativo, es la de que en base al artículo 40.2 de la Constitución, que exige una interpretación favorable al derecho a vacaciones, debe cambiar la perspectiva de análisis de la incidencia de las ausencias del trabajador en el derecho a vacaciones; esto es, no se trata de considerar como regla general la de que las ausencias no se computan salvo las estrictamente no debidas a la voluntad del trabajador, sino que, al contrario, debe partirse de la presunción de que todas las ausencias del trabajador durante el año de servicios generan derecho a vacaciones, salvo que se trate, claramente, de ausencias al trabajo derivadas de una decisión libremente tomada por el trabajador «... con desprecio del principal deber que le viene impuesto por el contrato laboral...», lo que evidentemente no sucede en el caso de la huelga legal. Se trata, en definitiva, de la inversión del sentido de la presunción. Supuestos como los de suspensión por mutuo acuerdo quedarían así amparados también por esta presunción favorable al derecho a vacaciones, tratándose, además, de supuestos donde la voluntariedad de la ausencia no depende, en exclusiva, de la voluntad individual del trabajador —casos de los acuerdos colectivos en esta materia— y ni siquiera de la voluntad sólo de la parte trabajadora; incluso los términos del mutuo acuerdo que previeran una repercusión negativa en las vacaciones de las ausencias podrían verse invalidados por el tenor del artículo 3.5 del ET, en lo referente a la prohibición de disposición de determinados derechos.

Por lo que hace a las ausencias por huelga ilegal, parece que su tratamiento debe ser idéntico al de las ausencias injustificadas del trabajador, no generando derecho ninguno al descanso y no computándose a efectos de vacaciones. Debo señalar, no obstante, que algunos de los argumentos antes utilizados a efectos de la huelga legal, sirven también en este supuesto, como por ejemplo, el de la naturaleza colectiva de la decisión y la implicación en la misma de intereses y circunstancias del mismo signo, que la diferencian en alguna medida de la simple decisión individual de faltar al trabajo. Sin embargo, aun prescindiendo de ello y considerándolas sin más ausencias injustificadas, todavía podría señalarse con Matía que «la ausencia injustificada conlleva obviamente, en un plano de derecho estricto, la ausencia de salario y la posibilidad de imponer una sanción al trabajador —en su caso, el des-

pido— por incumplimiento contractual; pero entre esas sanciones el artículo 34.3 de la LRL —hoy el 58.3 del ET— excluye expresamente “la reducción de la duración de vacaciones u otra minoración de los derechos de descanso del trabajador”. Ciertamente podría estimarse, de forma puramente teórica, que tal reducción proporcional de las vacaciones no es un tipo de sanción, sino una forma de recuperación del tiempo no trabajado, abonando entonces el salario», concluyendo sobre la base de que no se trataría de una disminución proporcional al tiempo de ausencia, sino de un cumplimiento atrasado, de que no existe motivo para imputar tal recuperación a vacaciones y no a otro período distinto, y de que el tenor de la norma citada es tan claro como para impedir una reducción del descanso, so pretexto de una diferente naturaleza que, «... en definitiva, nada exige que las vacaciones dependan del cumplimiento del total número de jornadas que componen un año...» (27).

Esta es la conclusión que, a mi juicio, debe aceptarse en la materia, si bien con dos precisiones que creo de interés subrayar: una, que los períodos de ausencia que se han analizado, en algunos casos, superan la duración del año, planteándose el problema de si las vacaciones se generan cada uno de los años o sólo en aquéllos en que la ausencia cubre parcialmente su duración; la solución dependerá de la tesis que se adopte en materia de compensación a metálico de las vacaciones por imposibilidad de su disfrute o en materia de acumulación a años posteriores de las no disfrutadas. La otra precisión es la de que tratándose toda esta cuestión de una materia en la que la regulación normativa deja mucho que desear por las numerosas lagunas existentes, la solución de los supuestos conflictivos deberá, siempre con el objetivo de una interpretación favorable a las vacaciones, tener presente el criterio de equidad que reclama la sentencia de 12 de marzo de 1980 (1.952) al afirmar que «... en la decisión judicial habría de evaluar con equidad el derecho de los trabajadores, ya que estos supuestos posibles, pero no probables ni a veces previsibles, por suponer un derecho de modo absoluto y fuera del contexto en que la norma tiene sentido, son los que siempre contempló para darles remedio la máxima *Sumum ius Suma injuria...*» (28).

SANTIAGO GONZÁLEZ ORTEGA
 Facultad de Derecho
 Universidad de Sevilla

(27) MATÍA PRIM, *op. cit.*, págs. 383-384.

(28) En el mismo sentido, la sentencia de 14 de marzo de 1980 (1.961).

