



CONDICIONES DE TRABAJO

ETEA. Córdoba

LA COMPATIBILIDAD DE LAS VACACIONES Y EL DESCANSO POR MATERNIDAD

STJCE, de 18 de marzo 2004

PILAR NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS *

SUPUESTO DE HECHO: La Sra. Merino Gómez, operaria en Continental Industrias del Caucho S.A. (en adelante Industrias Continental) desde septiembre del 2004, estuvo disfrutando su baja maternal del 5 de mayo al 24 de agosto del 2001. En Industrias Continental existía un acuerdo colectivo para el año 2001 sobre fijación de las vacaciones que establecía dos turnos generales entre el 16 de julio y el 12 de septiembre, si bien con carácter excepcional, tan solo seis trabajadores, podrían disfrutar de vacaciones en el mes de septiembre; dando preferencia para este último a los trabajadores que no hubieran elegido turno en el año 2000. Precisamente la Sra. Merino Gómez había elegido vacaciones en el año 2000, lo que, conforme al mencionado acuerdo colectivo, le impedía elegir nuevamente en el 2001. A pesar de ello, la Sra. Merino Gómez solicitó disfrutar sus vacaciones en el turno de septiembre, concretamente desde el 25 de agosto al 21 de septiembre del 2001, o subsidiariamente desde el 1 de septiembre al 27 de septiembre; es decir un período de vacaciones a continuación del término del período de su baja por maternidad. Industrias Continental no concedió a la Sra. Merino el período de vacaciones solicitado por coincidir su permiso por maternidad con uno de los períodos de vacaciones anuales de su centro de trabajo establecido en acuerdo colectivo al respecto. Con base a esta denegación, la trabajadora formuló demanda contra Industrias Continental ante los juzgados de lo social de Madrid, relativa a las vacaciones reclamadas. En el marco de este litigio, el Juzgado de lo Social núm. 33 de Madrid planteó al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante TJCE) mediante Auto de 3 septiembre de 2001 dos cuestiones prejudiciales ya que

* Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Institución Universitaria de la Compañía de Jesús (ETEA), Córdoba.

no compartía el criterio de los tribunales españoles de pérdida del período de vacaciones por solapamiento con el permiso por maternidad en supuestos como el presente en que las vacaciones anuales se han acordado colectivamente.

RESUMEN: El TJCE resolvió en la Sentencia de 18 de marzo del 2004 comentada las cuestiones prejudiciales planteadas por el Juzgado de lo Social núm. 33 de Madrid, declarando que los artículos 7.1 de la Directiva 93/104, 11.2 de la Directiva 92/85 y 5.1 de la Directiva 76/207 han de interpretarse en el sentido de que una trabajadora deberá poder disfrutar de sus vacaciones anuales en un período distinto al de su permiso de maternidad, también en caso de coincidencia entre el permiso por maternidad y el fijado con carácter general, mediante un acuerdo colectivo, para las vacaciones anuales del conjunto de la plantilla.

ÍNDICE

1. PLANTEAMIENTO Y ANTECEDENTES
2. AUSENCIA DE REGULACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO INTERNO
3. LA INTERVENCIÓN PREJUDICIAL DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS
4. PROBLEMAS DE ARTICULACIÓN DE LA COMPATIBILIDAD DE LAS VACACIONES Y EL DESCANSO POR MATERNIDAD
 - 4.1. Beneficiarios
 - 4.2. Dificultades en la compatibilidad del disfrute de ambos derechos: soluciones aportadas por la negociación colectiva

1. PLANTEAMIENTO Y ANTECEDENTES

En numerosas ocasiones, se había hecho eco la doctrina de la inequidad y el perjuicio que suponía para la trabajadora la pérdida del disfrute de las vacaciones cuando coinciden con el descanso por maternidad¹. Esta era la solución adoptada por la Jurisprudencia, a partir de la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1995, ante la ausencia de una regulación específica; desde entonces, el criterio jurisprudencial unificado sostenía que cuando la fecha de disfrute de las vacaciones haya sido acordada colectivamente, no cabe su modificación individual como consecuencia de

¹ Por todos, GORELLI HERNÁNDEZ, *La protección por maternidad*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia 1997, pág. 98; RIVAS VALLEJO, P., *La suspensión del contrato de trabajo por nacimiento o adopción de hijos*, ed. Aranzadi, Pamplona 1999.

que algún afectado se encuentre en dicha fecha en situación de descanso por maternidad².

Esta solución comportaba un perjuicio objetivo para la trabajadora, cifrado en la minoración de su tiempo de descanso retribuido, que quedaba, por así decirlo, absorbido por el descanso por maternidad; a pesar de que ambos períodos tienen un fundamento y una finalidad totalmente distintos. Además, esta situación se producía en un momento de la trayectoria vital de la trabajadora en que la disponibilidad de tiempo adquiere una importancia especial; sin que tampoco pudiera ella resarcirse de dicha pérdida por la vía de la compensación económica, incompatible con la naturaleza del derecho a las vacaciones³. Podríamos decir, que, en realidad, el perjuicio se derivaba de la opción hecha por la trabajadora por la maternidad y el cuidado de su hijo recién nacido; lo cual en un momento de clara expansión de la protección de los trabajadores con responsabilidades familiares, suponía cuando menos un contrasentido. La situación descrita se tornaba más desventajosa cuando la trabajadora no reuniese los requisitos para el cobro de la prestación por maternidad. En cuyo caso, en el escenario descrito, aplicando el criterio jurisprudencial, perdería el disfrute de un descanso retribuido y mantendría un derecho al descanso sin contraprestación, que es lo mismo que vaciar de contenido este derecho. En la práctica, las consecuencias negativas de la posible pérdida del disfrute de las vacaciones en estos

² STS de 30 de noviembre de 1995 (RJ 1995/8771): «La trabajadora...no tiene derecho a disfrutar de un nuevo período de vacaciones disfrutado por ella de forma aislada y exclusiva, con independencia del que se señaló con carácter común para toda la empresa. Las razones en que esta sentencia se apoya pueden ser resumidas del modo siguiente: a) el art. 40.2 de la CE garantiza las vacaciones periódicas retribuidas pero la determinación del concreto período para su disfrute se deja a la voluntad de las partes, pudiendo la empresa y la representación de los trabajadores, como autoriza el art. 38.2 b) del ET, pactar un período común para todas las actividades laborales; b) en tales casos no es posible fijar un nuevo señalamiento de las personas que estuviesen de baja por maternidad, por imperativo del pacto colectivo que impuso el disfrute conjunto para toda la plantilla...».

³ El perjuicio que esta solución acarrea a las trabajadoras ha provocado que en numerosas ocasiones se haya solicitado la compensación económica de las vacaciones que no se han podido disfrutar, sin que a las trabajadoras se les haya reconocido tal derecho por los tribunales; por todas, STSJ de Andalucía de 31 de enero de 1997 (AS/1997/252), STSJ de la Comunidad Valenciana de 9 de julio de 1996 (AS 1996/3247), STSJ de 17 de abril de 1996 (AS 1996/2074). El argumento principal para la denegación de dicha compensación se encuentra en la naturaleza del derecho a las vacaciones, la finalidad de estas no es retributiva sino que constituyen la obligada respuesta al natural y transitorio desgaste que el trabajo produce con el fin de obtener la recuperación física y psíquica del trabajador. La compensación económica por su falta de disfrute sólo es posible excepcionalmente cuando se produzca la cesación del servicio antes de que se haga efectivo el descanso anual (TSJ de Navarra de 25 de marzo de 1999 (AS 1999/986); y no después de haber tenido lugar éste por estar de baja por maternidad (AS 1999/986).

supuestos se paliaban por una doble vía: por voluntad de las partes plasmada en convenio o en contrato⁴; o por concesión unilateral del empresario.

Personalmente, me hice eco de esta problemática en un estudio anterior realizado poco después de promulgarse la Ley de la Conciliación de la Vida Laboral y Familiar⁵. A mi juicio, la pérdida del disfrute de las vacaciones, en las situaciones descritas, comporta una discriminación por razón de sexo de carácter indirecto⁶. La solución dada por la Jurisprudencia se apoya en la fuerza vinculante de un convenio colectivo o de un pacto, aparentemente neutro, es decir que afecta por igual a todos los trabajadores independientemente del sexo; pero que, dado que la mujer es la que habitualmente disfruta del permiso por maternidad, ella es la que resulta más perjudicada por la norma⁷.

⁴ Así sucedía en un buen número de convenios, entre ellos, el convenio de marroquinería, cueros, repujados y similares de Madrid y zona centro aprobado por Resolución de 29-10-1998 (BOE 22-12-1998, revisado por Resolución 14-5-1999, RCL 1999/1512); el convenio colectivo del personal laboral de la Administración del Estado, aprobado por Resolución de 24-11-1998 (RCL 1998/2798); el cc para empresas mayoristas e importadoras de productos químicos de droguería y perfumería aprobado por resolución de 1-6-1999 (RCL 1999/1650); el convenio colectivo de fabricación del calzado artesanal manual y ortopedia a medida; y talleres de conservación del usado y duplicado de llaves, aprobado por Resolución 26-5-1999 (RCL 1999/1607); el cc de centros de asistencia y educación infantil, aprobado por resolución 30-7-1997, revisado por Resolución 5-3-1998 (RCL 1998/837).

⁵ NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P., *La licencia por maternidad de la trabajadora*, ed. Dykinson, Madrid 2002, pág. 157.

⁶ Desde la perspectiva actual, reconducir estas situaciones de mantenimiento de condiciones de trabajo durante el disfrute de la licencia a supuestos de discriminación indirecta no habría posibilitado una vía muy expeditiva de solución. La primera definición normativa de la discriminación indirecta por razón de sexo aparece en el artículo 2.2 de la Directiva 97/80 relativa a la carga de la prueba en los procesos de discriminación por razón de sexo. Con posterioridad, dos Directivas del año 2000, en concreto la 2000/43 del Consejo, de 29 de junio del 2000 y la Directiva 2000/78/ CE del Consejo, de 27 de noviembre, relativas a la aplicación del principio de igualdad de trato definieron la discriminación indirecta en sus respectivos ámbitos de actuación; la transposición de estas dos directivas se ha llevado a cabo de modo reciente en nuestro ordenamiento por la Ley 62/2003, de 30 diciembre, que expresamente aborda la definición de discriminación indirecta e incluye el derecho de los trabajadores a no ser discriminados directa o indirectamente por razón de sexo en una nueva redacción dada al art. 4.c) del Estatuto de los Trabajadores. Asimismo la Directiva 2002/73 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre del 2002, por la que se modifica la Directiva 76/207/CEE introdujo una definición de discriminación directa e indirecta por razón de sexo, en ambos casos de carácter peyorativo, en la línea de sus predecesoras las Directivas 2000/43 y 2000/78.

⁷ SÁEZ LARA, C., *Mujeres y mercado de trabajo. Las discriminaciones directas e indirectas*, ed. Consejo Económico y Social, Madrid, 1994, págs. 50 y 108: «...La discriminación directa es una diferencia de trato sobre del sexo del trabajador. La discriminación indirecta deriva o es consecuencia de la aplicación de una medida neutra que desfavorece en mayor medida a las mujeres injustificadamente. La intención de discriminar no es necesaria en el su-

2. AUSENCIA DE REGULACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO INTERNO

La promulgación de la ley de la Conciliación de la Vida Laboral y Familiar el 5 de noviembre de 1999 no supuso un gran avance en la búsqueda de una salida satisfactoria a la problemática aludida. Como es sabido, esta Ley dedicó, fundamentalmente, sus esfuerzos a solucionar el problema de la permanencia de la mujer en el mercado de trabajo cuando sobrevienen cargas familiares, dejando en el tintero numerosas cuestiones⁸; entre ellas, la que ahora tratamos. Y ello a pesar de que, las normas comunitarias anteriores que incidieron en su promulgación, sobre todo la Directiva 92/85, de 19 de octubre, aunque también la 76/207, contenían reglas relativas al mantenimiento de derechos durante el disfrute del permiso por maternidad, en las que se podía dar cabida a la compatibilidad de este derecho con el disfrute de las vacaciones. El problema era que estas disposiciones eran poco precisas y necesitadas de concreción⁹. A pesar de ello, la Ley 39/99 al tras-

puesto de hecho del ilícito discriminatorio indirecto ... El TC en nuestro país considera que la discriminación indirecta es aquella que incluye tratamientos formalmente no discriminatorios, de los que derivan por diferencias fácticas que tienen lugar entre trabajadores de diverso sexo, consecuencias desiguales perjudiciales por el impacto diferenciado y desfavorable que tratamientos formalmente neutros o tratamientos razonablemente desiguales tienen sobre los trabajadores de uno y otro sexo a causa de la diferencia de tampoco proporcionaba una salida ya que si necesidad de actualización de su sexo (S. 145/1991)...».

⁸ Sobre las deficiencias de la Ley 39/99, CRUZ VILLALÓN, J., «El fomento de la integración plena y estable de la mujer en el trabajo asalariado (comentario a la Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras)», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* núm. 1, extraord., págs. 71-102; y también, BALLESTER PASTOR, *La Ley de conciliación de la vida familiar y laboral*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, págs. 8-13.

⁹ En particular, el art. 8, apartado 1, de la Directiva 92/85 establece:

«Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para que las trabajadoras a que se refiere el art. 2 disfruten de un permiso de maternidad de cómo mínimo 14 semanas ininterrumpidas, distribuidas antes y/o después del parto, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales». El art. 11 de la misma Directiva dispone: «Derechos inherentes al contrato de trabajo. Como garantía para las trabajadoras a que se refiere el art. 2, del ejercicio de los derechos de protección de su seguridad y salud reconocidos en el presente artículo se establece lo siguiente: (...) 2. En el caso citado en el art. 8, deberán garantizarse:

a) los derechos inherentes al contrato de trabajo de las trabajadoras a las que hace referencia el art. 2, distintos de los indicados en la siguiente letra b);

b) el mantenimiento de una remuneración y/o el beneficio de una de una prestación adecuada de las trabajadoras a que se refiere el art. 2. (...)».

Y también, el art. 2, apartados 1 y 3 de la Directiva 76/207:

«El principio de igualdad de trato en el sentido de las disposiciones siguientes, supone la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, bien sea directa o indirectamente, en lo que se refiere en particular al estado matrimonial o familiar» (...) 3. La presente Directiva no

poner la Directiva 92/85¹⁰ omitió toda referencia a cuestiones de esta índole (condiciones de trabajo, salarios, promoción, acceso al empleo), centrándose exclusivamente sobre las vicisitudes de la relación laboral y funcional cuando sobrevienen cargas familiares¹¹.

3. LA INTERVENCIÓN PREJUDICIAL DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS (LA SENTENCIA DEL 18 DE MARZO DEL TJCE)

Procedía, por tanto, en un intento de zanjar definitivamente la cuestión, la intervención prejudicial del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que aclarara, completara, y precisara el alcance de dichas disposiciones¹²; y, de esta manera, arrojara luz sobre las reglas contenidas en ellas¹³. En base a precedentes pronunciamientos del TJCE, el Juzgado de lo Social núm. 33 de Madrid¹⁴, planteó dos cuestiones prejudiciales. La primera de

obstará las disposiciones relativas a la protección de la mujer, especialmente en lo que se refiere a al embarazo y a la maternidad». A tenor del art.5 de la misma Directiva «1. La aplicación del principio de igualdad de trato en lo que se refiere a las condiciones de trabajo, implica que se garanticen a hombres y mujeres las mismas condiciones, sin discriminación por razón de sexo. 2. Para ello, los Estados miembros tomarán las medidas necesarias a fin de que: (...)b) se anulen, puedan ser declaradas nulas o puedan ser modificadas, las disposiciones contrarias al principio de igualdad de trato que figuren en los convenios colectivos o en los contratos individuales de trabajo, en los reglamentos internos de las empresas, así como en los estatutos de las profesiones independientes».

¹⁰ A pesar de que la Ley de la conciliación señale expresamente en su Exposición de Motivos: «...por la presente Ley se completa a la legislación española la transposición de las directivas comunitarias... en el ámbito comunitario, la maternidad y la paternidad, en su más amplio sentido, se han recogido en las directivas del Consejo 92/85/CEE, de 19 de octubre, y 96/34/CE, del Consejo, de 3 de junio. La primera de ellas contemplan la maternidad desde el punto de vista de la salud y seguridad en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (...) Mediante la presente Ley se contempla la transposición a la legislación española de las directrices marcadas por la normativa internacional y comunitaria superando los niveles mínimos de protección previstos en las mismas...».

¹¹ RIVAS VALLEJO, P., «La relación entre trabajo y familia: Ley 39/99, una reforma técnica», *Tribuna Social* 108, 1999, pág. 9.

¹² En este sentido, MAZUELOS FERNÁNDEZ-FIGUEROA, M.: «Crónica de una cuestión prejudicial: protección del despido de las mujeres embarazadas y la sentencia del Tribunal de Justicia del 4 de octubre del 2001», *Actualidad Jurídica Aranzadi* núm. 520, ed. Aranzadi, Pamplona 2002, pág. 8.

¹³ LUJÁN ALCARAZ, J.: «La interpretación y aplicación del Derecho comunitario por el Juez español: la cuestión prejudicial en el orden social (II)», *Aranzadi Social* (Vol. V Parte Tribuna) 1996, págs. 165-180.

¹⁴ Asunto BECTU, C-173/99, Rec. P. I-4881; Asunto Boyle y otros, C-411/96, Rec. P.I-6401; Asunto Thibault, C-136/95, Rec.p.I-2011, Asunto Lewen, C-333/97, Rec. P.I-7243.



ellas fue sobre el art. 7, apartado 1, de la Directiva 93/104¹⁵, en relación con la interpretación del artículo 11, apartado 2, a) de la Directiva 92/85; y la segunda sobre el art. 5, apartado 1, de la Directiva 76/207¹⁶. Dichas cuestiones se suscitaron en el marco de un litigio sobre una solicitud de vacaciones anuales presentada por la Sra. Merino contra la sociedad Continental Industrias del Caucho S.A., cuyo permiso por maternidad coincidía con uno de los períodos de vacaciones anuales de su centro de trabajo establecido en un acuerdo colectivo. La empresa Continental Industrias regula convencionalmente las relaciones con sus trabajadores a través del Convenio para la Industria Química. Este último, al regular la suspensión del contrato por maternidad, fija, en su art. 46, un período de 16 semanas igual al legal. En el art. 43, se regulan las vacaciones anuales y se fija su duración en 30 días naturales, indicándose que al menos 15 días deberán disfrutarse entre los meses de junio y septiembre. Por acuerdo colectivo, suscrito entre Continental Industrias y los representantes de los trabajadores el 7 de mayo de 2001, que fue el resultado de la conciliación alcanzada en procedimiento de conflicto colectivo, se fijaron dos períodos generales para el disfrute de vacaciones de toda la plantilla, uno del 16 de julio al 12 de agosto; y otro del 6 de agosto al 2 de septiembre, ambos del 2001. En ese acuerdo se establecía también que, con carácter excepcional, seis trabajadores podrían disfrutar de vacaciones en el mes de septiembre. Para ese turno excepcional se fijaba la preferencia de los trabajadores que no hubieran podido elegir turno el año anterior. La Sra. Merino estuvo de baja por maternidad desde el 5 de mayo al 24 de agosto de 2001 y había podido elegir turno de vacaciones en el año 2000, por tanto no habría podido acceder en el 2001 al turno excepcional del mes de septiembre, para disfrutar de vacaciones. A pesar de todo la Sra. Merino solicitó disfrutar de vacaciones terminado su período de baja maternal, período de vacaciones que le fue denegado. El Juzgado de Social núm. 33 de Madrid argumenta que, a la vista de la doctrina del

¹⁵ Art. 7 de la Directiva del Consejo, 93/104, de 23 de noviembre, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo: «Vacaciones anuales 1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que todos los trabajadores dispongan de un período de al menos cuatro semanas de vacaciones anuales retribuidas, de conformidad con las condiciones de obtención y concesión establecidas en las legislaciones y/o prácticas nacionales. 2. El período mínimo de vacaciones retribuidas no podrá ser sustituido por una compensación financiera, excepto en caso de conclusión de la relación laboral».

¹⁶ El art. 5 de la Directiva 76/207, del 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo: «1. La aplicación del principio de igualdad de trato en lo que se refiere a las condiciones de trabajo, comprendidas las condiciones de despido, implica que se garanticen a hombres y mujeres las mismas condiciones, sin discriminación por razón de sexo».

TJCE sobre las tres directivas implicadas, la imposibilidad en el disfrute de las vacaciones derivada de la coincidencia de las fechas, supone, en definitiva, la anulación de uno de los derechos, el de vacaciones. El acuerdo de fijación de turnos de vacaciones en la empresa aplicable al caso debería, pues, haber garantizado el derecho de las trabajadoras embarazadas, haciendo previsión de un turno distinto o de la posibilidad de alterar el momento de disfrute de sus vacaciones anuales. Al no haber procedido de esta forma el acuerdo vulnera la normativa comunitaria aplicable¹⁷.

En anteriores ocasiones, el TJCE se había pronunciado¹⁸ respecto al carácter discriminatorio de decisiones empresariales o acuerdos colectivos en los que se niega a una trabajadora la obtención de derechos generados a lo largo del año por estar disfrutando del permiso por maternidad. Según el criterio establecido por el TJCE, el disfrute de dicho permiso por maternidad no puede suponer un trato desfavorable para la trabajadora en lo relativo a sus condiciones de trabajo, en el sentido de acarrear la pérdida de derechos como una gratificación económica (Asunto Lewen); una calificación profesional para un ascenso o los derechos generados durante el transcurso del año para la obtención de una pensión. En dichas ocasiones, el TJCE había sostenido que si las disposiciones referentes al permiso por maternidad no van acompañadas del mantenimiento de los derechos inherentes al contrato de trabajo carecerían de efecto útil (Asunto Boyle). Parece, por tanto, razonable considerar discriminatorio un acuerdo colectivo que privara a la trabajadora de su derecho a las vacaciones por encontrarse su contrato suspendido por maternidad en el momento de su disfrute; cuando dichas vacaciones tienen como finalidad retribuir retroactivamente el trabajo realizado a lo largo del año.

Apoyándose en los criterios anteriormente establecidos, El TJCE resolvió las cuestiones prejudiciales suscitadas¹⁹ por Sentencia de 18 de marzo del 2004. El Alto Tribunal se pronunció sobre la interpretación que debe darse al art. 7.1, apartado 1, de la Directiva 93/104, señalando que *«en caso de coincidencia entre las fechas de un permiso por maternidad de una trabajadora y de las vacaciones anuales de la totalidad de la plantilla, no pueden considerarse cumplidas las exigencias de la Directiva relativas a las*

¹⁷ En este sentido, MARTÍNEZ MORENO, C., «Soluciones inesperadas en relación con el disfrute de las vacaciones. En particular sobre la coincidencia con el permiso por maternidad», *Aranzadi Social* 3/2004, pág. 3.

¹⁸ Asunto BECTU, C-173/99, Rec. P.I-4881; Asunto Boyle y otros, C-411/96, Rec. P.I-6401; Asunto Thibault, C-136/95, Rec.p.I-2011, Asunto Lewen, C-333/97, Rec. P.I-7243.

¹⁹ Hoffman, 184/83, Rec p.3047, apartado 25; Thibault C-136/95, Rec.p.I-2011, apartado 25; Asunto Boyle y otros, C-411/96, Rec. P.I-6401.



vacaciones anuales retribuidas»²⁰; y también al art. 11, apartado 2, letra a) de la Directiva 92/85, que «*dispone que en el caso de un permiso por maternidad deberán garantizarse los derechos inherentes al contrato de trabajo de la trabajadora... Por lo tanto, será de aplicación en relación con el derecho a disfrutar de vacaciones anuales retribuidas*»; así como al art. 5.1 de la Directiva 76/207. Respecto a esta última norma, la Sentencia de 18 de marzo del 2004 del TJCE expresamente establece que el ejercicio de los derechos reconocidos en ella a las mujeres (el art. 2, apartado 3) con ocasión del embarazo y la maternidad no puede dar lugar a un trato desfavorable en lo que se refiere a sus condiciones de trabajo; por tanto, una trabajadora podrá disfrutar de sus vacaciones en un período distinto al de su permiso por maternidad. De no ser así se estaría garantizando una igualdad meramente formal y no real, ya que los trabajadores femeninos tienen más probabilidades que los trabajadores masculinos de encontrarse en tales situaciones. Como consecuencia de todo lo anterior, la Sentencia de 18 de marzo, conforme a lo establecido en el art. 5, apartado 2, letra b) de la Directiva 76/207, ordena que los Estados miembros adopten las medidas necesarias a fin de que se anulen, puedan ser declaradas nulas o puedan ser modificadas las disposiciones contrarias al principio de igualdad de trato que figuren en los convenios colectivos²¹.

Ahora bien, respecto a los efectos de la decisión prejudicial, como es sabido, la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia es un acto jurisdiccional que se enmarca en el procedimiento iniciado por el Juez Nacional y cuyo efecto es vincular al Juez Nacional que la ha solicitado en cuanto a la interpretación de las disposiciones comunitarias. Ahora bien la sentencia prejudicial se limita a resolver una cuestión de Derecho comunitario, aparte de ello sigue correspondiendo al Juez la responsabilidad de su decisión final²².

4. PROBLEMAS DE ARTICULACIÓN DE LA COMPATIBILIDAD DE LAS VACACIONES Y EL DESCANSO POR MATERNIDAD

4.1. Beneficiarios

Antes de abordar algunos de los problemas de articulación de la compatibilidad en el disfrute de ambos derechos, cabría plantearse si esta nueva

²⁰ FERRANDO GARCÍA, F., «Sobre la Directiva 93/104/CE, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo», *Aranzadi Social*, Vol. III Parte Estudio, 1995, págs. 2291-2327.

²¹ Sobre la eficacia en nuestro ordenamiento, *vid.* en extenso, JIMÉNEZ SÁNCHEZ, I.: *La eficacia de las sentencias dictadas por el TJCE*, Thomson Aranzadi, Pamplona, 2004.

²² PESCATORE, P., «Las cuestiones prejudiciales. Art 177 del Tratado CEE», en *El Derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*, ed. Civitas, Madrid, 1993, pág. 568.

posibilidad podría negársele en nuestro derecho interno al padre, tomando como referencia la literalidad del art. 11, apartado 1, de la Directiva 92/85, que habla solo de «trabajadoras». Esta Directiva 92/85 vendría a materializar la tutela de la mujer trabajadora en aplicación de la Directiva 89/31, cuyo artículo 15 determinaba la necesidad de una especial protección frente a los riesgos derivados del trabajo de los denominados grupos especialmente sensibles, entre los cuales habría que entender incluidas a las mujeres embarazadas y a las madres lactantes. Asimismo la jurisprudencia del TJCE²³ al interpretar el alcance de la Directiva 92/85 resaltaba que la especial vulnerabilidad de las trabajadoras que habían sido recientemente madres aconseja que les sea concedido un permiso por maternidad; durante el cual su situación no puede asimilarse a la de un hombre ni a la de una mujer en incapacidad temporal por enfermedad. Por tanto, cabría interpretar que las medidas de protección de la Directiva 92/85 están dirigidas exclusivamente al colectivo de las mujeres trabajadoras, pues contemplan un trato más favorable para la mujer por razón de su maternidad. Insistimos que la Directiva habla solo de las «trabajadoras»; no obstante remite a las legislaciones nacionales la concreción de este término²⁴. Ahora bien, esta solución no sería admisible en nuestro derecho interno, que en este concreto aspecto habría superado los niveles de protección de la Directiva 92/85, instaurando un sistema de protección, cada vez más, dirigido a los trabajadores con responsabilidades familiares y no a la madre trabajadora. La mayor parte de los derechos reconocidos para el cuidado del hijo, salvo aquellos pocos que tienen un claro fundamento biológico (permisos prenatales, descanso posparto, suspensión por riesgo durante el embarazo), se dirigen a la protección, casi en pie de igualdad, de ambos progenitores. Resultaría contrario al fundamento y finalidad de nuestra normativa sobre conciliación de la vida laboral y familiar restringir la posibilidad de ser beneficiaria de dicha compatibilidad exclusivamente a la madre. Si así se interpretara, el padre podría encontrarse ante la disyuntiva de optar entre ambos derechos, solución que sería

²³ Asunto Boyle (C-411/1996).

²⁴ Cosa distinta es la titularidad principal del derecho a la licencia por maternidad que en la actualidad corresponde a la madre, tal y como señalábamos para ser titular del derecho a la licencia por maternidad, la mujer habrá de estar embarazada sin alteraciones patológicas, y encontrarse como máximo a diez meses de la fecha presumible del parto, o ser madre. Se considera madre a estos efectos:

- a) la mujer que ha dado a luz a un hijo vivo tras un proceso de gestación de doscientos setenta o doscientos ochenta días;
- b) la mujer que haya tenido un parto prematuro, tras un proceso de gestación habitualmente de más de seis meses con nacimiento de hijo presumiblemente viable;
- c) la mujer que haya dado a luz, tras un embarazo normal a término o prematuro, a un hijo que falleciera en el parto o tras él.



contraria a fomentar el reparto equilibrado de las cargas familiares entre los progenitores. Por su parte la negociación colectiva utiliza indistintamente los términos trabajadoras o trabajadores²⁵; e incluso, a veces, hace una enunciación con referencia extra tanto al «trabajador, como a la trabajadora» como beneficiarios²⁶.

4.2. Dificultades en la compatibilidad del disfrute de ambos derechos: soluciones aportadas por la negociación colectiva

Esta posibilidad de disfrute de las vacaciones cuando haya finalizado el período pactado colectivamente se configura, de facto, como una prolongación del tiempo de descanso retribuido tras el nacimiento del hijo sin coste económico adicional²⁷, tanto si la trabajadora disfruta en solitario del permiso, como si lo comparte con el padre²⁸. Así, al ubicarse la parte del permiso correspondiente al padre necesariamente al final del mismo, mientras ella disfruta de vacaciones él disfrutará del permiso. Con ello, se permite prolongar el tiempo en el que ambos conjuntamente están atendiendo al cuidado del hijo, y se implica al padre en su atención sin que a su vez deje de ser atendido por la madre.

Que duda cabe que esta nueva posibilidad introduce un mecanismo de flexibilización adicional en el disfrute de la licencia, sobre todo si se contempla en combinación con alguna de las modalidades de disfrute introducidas por la Ley 39/99 de conciliación de la vida laboral y familiar. Si bien es cierto que implica un mayor coste organizativo que hace difícil, como más adelante veremos, la compatibilidad de este derecho con algunas de las modalidades de disfrute de la licencia. Para evitar dichos perjuicios organizativos, cuando los padres tengan intención de compartir el permiso y exista previsión de coincidencia con el período de vacaciones, sería exigible, siguiendo la literalidad del art. 48.4 del ET, que la madre realice por

²⁵ Así por ejemplo, el convenio colectivo estatal de Fábricas de pastas alimenticias, aprobado por Res. 30-I-2003 (BOE 18-II-2003).

²⁶ Así por ejemplo, el convenio colectivo estatal de Industrias de marroquinería, cueros, repujados y similares, aprobado por Res. 22-VII-2003 (BOE 7-VIII-2003).

²⁷ Cabría plantarse si es o no suficiente la duración actualmente reconocida a la licencia por maternidad. Un recién nacido que cuenta como mucho con un mes y medio de vida, en caso de que la licencia sea disfrutada enteramente después del parto, sigue demandando los mismos cuidados que cuando acaba de nacer, y también cuando cuenta con seis meses de vida. Por tanto la finalidad de la licencia consiste en fundamentalmente en conceder un período de adaptación a los padres.

²⁸ MARÍN ALONSO, I. y GORELLI HERNÁNDEZ, J., *Familia y trabajo*, ed. Laborum, Murcia 2001, pág. 95.

escrito la opción al iniciarse el período de descanso reflejando la duración de la suspensión paterna y la modalidad de disfrute (simultánea o sucesiva, a tiempo completo o parcial)²⁹; sin que quepa la posibilidad de opciones repentinas o sorpresivas³⁰. A salvo, claro está de aquellas situaciones sobrevenidas en que el mal estado físico de la madre le impida cuidar del hijo, pues normalmente estas situaciones de necesidad no se prevén de antemano. En el caso en el que ambos trabajen en la misma empresa, parece razonable que el empresario, por razones justificadas de funcionamiento, pueda limitar las posibilidades de disfrute por parte de los dos progenitores como sucede en los casos de reducción de jornada y excedencia por cuidado de familiar³¹. Asimismo, habría que descartar, por su excesiva onerosidad, el disfrute de la licencia a tiempo parcial y de las vacaciones sin solución de continuidad, dado que, por razones organizativas, esta modalidad no puede imponerse al empresario sino que previamente deberá acordarse con los trabajadores afectados³². Por tanto, debido a las dificultades de articulación, someramente descritas, y ante la ausencia de regulación, la negociación colectiva ha tenido un papel decisivo en la concreción y racionalización de la compatibilidad del disfrute de ambos derechos. Como es sabido, la práctica totalidad de los convenios colectivos, ya sean de empresa como de sector prevén cláusulas relativas a las vacaciones anuales, mientras que el papel de la negociación colectiva es bastante más exiguo a la hora de regular la suspensión del contrato por maternidad. Por tanto, son las cláusulas sobre vacaciones anuales, las que de manera más frecuente aunque todavía no generalizada, abordan todas estas cuestiones, ofreciendo soluciones más o menos afortunadas. La mayor parte de las ocasiones, los convenios colectivos

²⁹ La literalidad el art. 48.4 ET exige que la opción se produzca «al iniciarse el período de descanso por maternidad».

³⁰ MARÍN ALONSO, I. y GORELLI HERNÁNDEZ, J., *Familia y...*, cit., pág. 85.

³¹ La negociación colectiva ofrece soluciones para situaciones de este tipo, a modo de ejemplo el convenio colectivo estatal de Agencias de viajes, aprobado por Resolución de 19-6-2003, respecto al supuesto de disfrute de la reducción de jornada por cuidado de menor cuando los dos progenitores quieran disfrutar del derecho simultáneamente y trabajen en el misma empresa y centro establece «En los supuestos de que varios trabajadores de un mismo centro se acogieran a las medidas contempladas en la legislación vigente ... para compatibilizar la vida laboral y familiar, se procederá a ajustar de común acuerdo entre trabajadores y empresa el horario de trabajo efectivo, de modo que no queden sin atender las necesidades productivas del centro de trabajo en que presten sus servicios. En el supuesto de imposibilidad para compatibilizar el horario entre diferentes trabajadores, tendrá preferencia para la elección aquél que primero solicite la reducción de jornada».

³² Pensemos el caso de una trabajadora que disfruta del permiso por maternidad a tiempo parcial en la modalidad de media jornada, en cuyo caso se alargaría hasta treinta semanas; después de este largo período de una disponibilidad parcial de la trabajadora, sin solución de continuidad se ausentaría para disfrutar de las vacaciones.



suavizan los inconvenientes descritos mediante previsiones que dan un amplio margen en la fijación de la fecha de disfrute de las vacaciones y permiten diferirlas; casi siempre antes de que finalice el año natural, e incluso después en algunos casos³³. Esta quizás sea la fórmula más utilizada y la que mejor salve dichos inconvenientes, sin embargo, otras veces, los convenios se muestran también excesivamente inconcretos³⁴; o se limitan a remitir la fijación de la fecha de disfrute de las vacaciones al común acuerdo entre empresario y trabajador³⁵.

Como ha quedado de manifiesto, la negociación colectiva venía ofreciendo respecto a la cuestión que nos ocupa pautas de solución bastante asentadas; no obstante, del análisis realizado, sobre todo hay que destacar, para concluir, el carácter productivo y dinamizador del Derecho social comunitario, para seguir resolviendo algunas dudas y problemas aplicativos relativos a instituciones nucleares del Derecho del trabajo, sobre las que, en principio, cabría suponerle una incidencia menor.

³³ Así sucede, por ejemplo en el caso del convenio colectivo estatal de Industrias de marroquinería, cueros repujados y similares, aprobado por Res. 22-VII-2003 (BOE 7-VIII-2003), el art. 48 del convenio colectivo de Productos dietéticos y preparados alimenticios de Cataluña, aprobado por Res. 5-VIII-2002 (DOGC 4-IV-2003); el art. 32 del Convenio Colectivo de Universidades Públicas Andaluzas (Personal Laboral), aprobado por Res. 10-II-2004 (BOJA 23-II-2004).

³⁴ Por ejemplo, el art. 11 del convenio colectivo de Industrias de marroquinería, cueros repujados y similares de Cataluña, aprobado por Res. 14-XII-2000 (DOGC) 31-I-2001.

³⁵ Por ejemplo, el art. 47 del convenio colectivo estatal de Industrias del textil y la confección, aprobado por Res. 29-VII-2003 (BOE 14-VIII-2003).