BASE DE DATOS NORMACEF SOCIO-LABORAL
TRIBUNAL SUPREMO
Sentencia de 5 de noviembre de 2014
Sala de lo Social
Rec. n.º 210/2013

SUMARIO:

Vacaciones anuales. *Carrefour. Disfrute en año posterior al de su devengo como consecuencia de haber estado en incapacidad temporal. Práctica empresarial consistente en reconocer el disfrute de las vacaciones atrasadas pero obligando a los trabajadores afectados a incrementar y redistribuir su jornada anual, de tal forma que se organizan los descansos y tiempos de trabajo para que, al finalizar el año, el trabajador haya cumplido la jornada programada.* La transferencia vacacional a un año posterior al que correspondía su disfrute, por fuerza, ha de comportar una revisión de las magnitudes temporales previstas para dicho período. La esencia de la institución vacacional no se limita a la inactividad productiva del asalariado, sino que exige que la proporción entre las horas trabajadas y la retribución percibida habrá de alterarse, ya que, en caso contrario, sería imposible que discurriera una interrupción del contrato de trabajo: se cobrará lo previsto, pero se trabajará menos de lo previsto. Cuando la empresa reordena temporalmente la prestación laboral de la persona que debe disfrutar vacaciones atrasadas y se acaba cumpliendo la jornada anual ordinaria que estaba planificada, es claro que no ha habido menos tiempo trabajado que si tales vacaciones no hubieran existido: exigir su recuperación lo priva de su verdadera naturaleza.

PRECEPTOS:

Directiva 2003/88/CE (Ordenación del tiempo de trabajo), art. 7.1.
Convenio 132 OIT, arts. 3 y 6.2.
RDLeg 1/1995 (TRET), arts. 34.2 y 38.3.

PONENTE:

Don Antonio Vicente Sempere Navarro.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a cinco de Noviembre de dos mil catorce.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud del recurso de casación interpuesto por CENTROS COMERCIALES CARREFOUR, S.A., representado y defendido por el Letrado Sr. de los Mozos Villar, contra la sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, de 21 de febrero de 2013, en autos nº 355/2012 , seguidos a instancia de la FEDERACIÓN DE ASOCIACIONES SINDICALES FASGA, FETICO y FECOHT-CCOO, contra dicho recurrente, CENTROS COMERCIALES CARREFOUR SA, FEDERACION ESTATAL DE COMERCIO, HOSTELERIA, TURISMO Y JUEGO DE UGT Y COMITE INTERCENTROS DE CARREFOUR HIPERMERCADOS, sobre conflicto colectivo.

Ha comparecido ante esta Sala en concepto de recurrido la FEDERACIÓN DE TRABAJADORES INDEPENDIENTES DE COMERCIO, representada y defendida por la Letrada Sra. Dueñas Estrella.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro ,

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

La FEDERACIÓN DE ASOCIACIONES SINDICALES FASGA, mediante escrito de fecha 11 de diciembre de 2011, interpuso demanda ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, en el que ésta, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminaba suplicando se dicte sentencia por la que se declare nula y sin efecto, la práctica empresarial consistente en incrementar y redistribuir la jornada de aquellos trabajadores que disfruten de un periodo vacacional en el año en curso correspondiente a las vacaciones no disfrutadas, en todo o en parte, en el año anterior como consecuencia de su coincidencia con un proceso de incapacidad temporal; reconociendo el derecho de dichos trabajadores a disfrutar de esas vacaciones de un modo

real y efectivo, condenando a la demandada a estar y pasar por dicha declaración junto con los demás pronunciamientos favorables que en derecho procedan.

En ella se expone que el conflicto afecta a toda la plantilla de la empleadora (33.000 trabajadores, aprox.), y viene referido a la práctica de la empresa, en relación al derecho al disfrute de vacaciones en los supuestos de coincidencia con un proceso de incapacidad temporal, conforme a la interpretación de este derecho, dada por la sentencia de la Sala de lo Social de la AN de 23-09-2009 (Proc. 212/2009) confirmada por el TS.

Segundo.

Asimismo, con la misma fecha de 11 diciembre de 2012, FETICO interpone demanda de conflicto colectivo frente a Centros Comerciales Carrefour. Se basa en lo que disponen los arts. 36 y 37 del Convenio Colectivo de Grandes Almacenes y 38 del ET , porque la mercantil demandada, en el supuesto en que un trabajador no haya podido disfrutar de sus vacaciones por coincidir con un proceso de incapacidad temporal, le concede al trabajador una nueva fecha de disfrute de las mismas, pero si éste se produce fuera del año natural de devengo, la empresa redistribuye la jornada anual, lo que en la práctica conlleva un incremento de la jornada laboral por aumento de la jornada desarrollada. Invoca en su demanda el art. 38 ET y el Convenio 132 OIT.

Solicita que se declare el derecho de los trabajadores al disfrute íntegro de sus vacaciones en los días que les correspondan, a lo largo de los 18 meses siguientes a su devengo, por causa de incapacidad temporal, todo ello sin que su jornada anual se vea redistribuida por dicho motivo, y que se declare como contraria a Derecho la práctica llevada a cabo por la mercantil.

Tercero.

Por su lado, el 19 de diciembre de 2012, la Federación estatal de comercio, hostelería y turismo de comisiones obreras (FECHOT-CCOO) presenta demanda en su condición de sindicato más representativo; manifiesta que el conflicto colectivo se extiende a todos los centros de trabajo de la demandada. Invoca los arts. 36 y 37 del Convenio Colectivo del sector como norma convencional de aplicación al regular el régimen de vacaciones. Apunta que los representantes de los trabajadores, en la reunión de 6 de noviembre de 2012 del Comité Intercentros con la empresa, manifestaron su desacuerdo con la reprogramación que hace la empresa, respecto de la programación de los turnos de vacaciones 2013 y vacaciones con IT, ya que ni el disfrute de las vacaciones, ni los descansos, ni los festivos, excusan del cumplimiento de la jornada efectiva anual.

A su criterio, la conducta denunciada infringe lo que dispone el art. 132 de la OIT , arts. 38 , 82 y 85 del ET, Convenio Colectivo de aplicación, arts. 1256 y 1258 CC .

Cuarto.

El 1 de enero de 2013 se presentó demanda por parte de la Federación estatal de empleados de Comercio, Hostelería, Turismo y Juego de UGT. Insiste en lo anómalo de la práctica empresarial a que se refieren las demandes antes reseñadas. Considera UGT que esta conducta vulnera lo recogido en el Convenio 132 de la OIT, art. 38 del ET y arts. 36 y 37 del Convenio Colectivo de aplicación.

Solicita que se declare la nulidad de la práctica de la empresa y que Carrefour se avenga a reconocer el derecho de todos los trabajadores a disfrutar las vacaciones de forma íntegra durante los días que correspondan en el año siguiente al de su devengo y ello sin ampliar ni modificar la jornada correspondiente a ese nuevo año.

Quinto.

La Sala de lo Social de la Audiencia Nacional admitió a trámite las referidas demandas de conflicto colectivo, acordando la acumulación de las actuaciones. Se celebró el acto del juicio en el que las partes actoras se afirmaron y ratificaron en sus demandas, oponiéndose la demandada, según consta en acta. Recibido el juicio a prueba, se practicaron las propuestas por las partes y declaradas pertinentes.

Sexto.

Con fecha 21 de febrero de 2013 se dictó sentencia, en la que consta el siguiente fallo, completado con el posterior Auto aclaratorio: "Que estimamos las demandas interpuestas por FASGA, FETICO, FECOHT-CCOO y UGT contra CENTROS COMERCIALES CARREFOUR SA, Y COMITE INTERCENTROS DE CARREFOUR HIPERMERCADOS, y en consecuencia declaramos el derecho de los trabajadores que no hubieran podido disfrutar, total o parcialmente, de sus vacaciones por coincidir con períodos de incapacidad temporal por contingencias distintas de las previstas en el segundo párrafo del art. 38.3 ET , a disfrutarlas en los dieciocho

meses siguientes a partir del final del año en que se hayan originado, sin que la empresa redistribuya su jornada anual por tal motivo, siendo nula esta última práctica empresarial".

Séptimo.

La mencionada sentencia de la Audiencia Nacional contiene un relato de hechos probados, que no se ha impugnado ante este Tribunal Supremo, y que interesa reproducir de manera literal, por cuanto la fundamentación jurídica ha de construirse a partir de ellos:

1º.- La empresa CENTROS COMERCIALES CARREFOUR S.A., cuenta con centros de trabajo en el ámbito territorial de más de una Comunidad Autónoma. Rige sus relaciones laborales por el Convenio Colectivo de Grandes Almacenes, para el periodo 2009-2012, publicado en el B.O.E. núm. 240, de 5 de octubre de 2009.

2º.- En el caso de trabajadores a quienes coincide su período vacacional con la suspensión del contrato por incapacidad temporal, la empresa admite el disfrute de tales vacaciones una vez finalizado el año natural, si bien redistribuye en la misma proporción la jornada del año en que se disfrutan, de modo que se cumpla con la jornada anual pactada.

3º.- El 6-11-12 tuvo lugar reunión del Comité Intercentros, siendo uno de los puntos del orden del día "4.- Turnos de vacaciones 2013, planificación Contratos Duración Determinada y Vacaciones coincidentes con IT". Según consta en el acta de dicha reunión, la representación de los trabajadores manifestó "su desacuerdo con la reprogramación de la jornada anual en los casos en los que a los trabajadores se le planifica un nuevo periodo de vacaciones por coincidencia de las que tenía planificadas con un proceso de incapacidad temporal". La empresa contestó que "se estará a lo dispuesto en la normativa vigente en cada momento, y en cuanto a la redistribución de la jornada anual esto se aplica en disfrute de vacaciones en el año siguiente ya que ni el disfrute de vacaciones, ni los descansos ni los festivos excusan del cumplimento de la jornada efectiva anual." Los representantes de los trabajadores se mostraron disconformes con esta interpretación, por entender que no se ajusta a la normativa vigente.

4º.- Se celebraron las pertinentes mediaciones previas ante la Fundación SIMA, con el resultado de falta de acuerdo".

Octavo.

Contra la expresada resolución se preparó recurso de casación a nombre de CENTROS COMERCIALES CARREFOUR, S.A. Su Letrado, Sr. de los Mozos Villar, en escrito de fecha 10 de mayo de 2013, formalizó el correspondiente recurso, basándose en el siguiente motivo: "UNICO.- Al amparo del art. 207.e) de la Ley de Procedimiento Laboral , por error en la aplicación del art. 38. 1 y 3 del Estatuto de los Trabajadores , en relación con el art. 7 de la Directiva CEE 2003/88 y Convenio 132 de la OIT, y del art. 34 del Estatuto de los Trabajadores en relación con los arts. 31 , 32 , 36 y 37 del Convenio Colectivo de Grandes Almacenes para los años 2009-2012".

Considera la recurrente que la sentencia interpreta erróneamente estos artículos, puesto que los trabajadores disfrutan de las vacaciones de una manera efectiva y perciben durante tal periodo la retribución ordinaria, sin merma alguna en su salario, y se cumplen las premisas legales de que el descanso permita la reparación del esfuerzo realizado sin esfuerzo adicional correspondiente a la jornada debida cumplida conforme a las reglas de distribución de jornada, pactadas en el Convenio Colectivo de aplicación.

Noveno.

Por parte de la UGT se formalizó impugnación del recurso, insistiendo en los argumentos de la demanda y acogiendo los de la sentencia de instancia para rebatir lo expuesto por aquél.

Al amparo de lo previsto en el art. 211.3 LRJS la empresa recurrente presentó alegaciones a la impugnación, insistiendo en cuanto su recurso argumenta.

Décimo.

Evacuado el traslado de impugnación, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar improcedente el recurso. Considera que el recurso debe ser desestimado, pues lleva razón la sentencia recurrida al afirmar que cuando la empresa redistribuye la jornada anual, para que al cabo del año el número de horas trabajadas sea exactamente el mismo que si no se disfrutaran las vacaciones, no está reconociendo un periodo vacacional retribuido, porque el descanso y su retribución quedan neutralizados al exigirse su compensación con trabajo suplementario.

Undécimo.

Instruido el Sr. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 29 de octubre de 2014, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. *El debate casacional.*

A) El presente recurso, al igual que las cuatro demandas de que trae causa, versa sobre una estricta cuestión de interpretación jurídica referida al propio concepto de las vacaciones, en concreto al modo en que haya de actuarse en año posterior al que corresponden, en concreto cuando allí se traslada su efectivo disfrute a consecuencia de la incapacidad temporal del trabajador.

Dada cumplida cuenta de los antecedentes relevantes para la solución del caso, ahora solo es menester resaltar los aspectos de ellos que resultan decisivos:

Constituye hecho probado, no combatido en este grado jurisdiccional, que "en el caso de trabajadores a quienes coincide su período vacacional con la suspensión del contrato por incapacidad temporal, la empresa admite el disfrute de tales vacaciones una vez finalizado el año natural, si bien redistribuye en la misma proporción la jornada del año en que se disfrutan, de modo que se cumpla con la jornada anual pactada".

Constituye hecho probado, no combatido ante esta Sala, que la empresa justifica su proceder argumentando que "la redistribución de la jornada anual aplica en disfrute de vacaciones en el año siguiente ya que ni el disfrute de vacaciones, ni los descansos ni los festivos excusan del cumplimento de la jornada efectiva anual".

B) No se discute que el derecho al disfrute de vacaciones se transfiera a una anualidad posterior a la que corresponden, como consecuencia de la superposición de una situación de incapacidad temporal. Lo que sucede es que existe una discrepancia acerca de qué significa esa materialización postergada: Para la empresa hay disfrute cuando se admite que el trabajador deje de prestar servicios manteniéndosele la retribución, aunque luego se le obligue a trabajar esas horas a lo largo del año, para cumplir la jornada anual, que fue programada sin esas vacaciones pendientes de disfrute. Para los demandantes el disfrute vacacional no se agota en disponer de unos días continuados de no trabajo, sino que precisa que esos días sean remunerados sin necesidad de tener que trabajarlos. En el momento en que la empresa reprograma la jornada anual, para que el número de horas trabajadas sea exactamente el mismo que si no se disfrutaran las vacaciones, lo único que se hace es redistribuir las horas, pero no reconocer un periodo vacacional retribuido.

C) La sentencia recurrida estima las demandas pues considera que el disfrute de las vacaciones al amparo del art. 38.3 ET , no puede verse condicionado por una jornada que fue programada sin tener en cuenta la posibilidad de ejercitar este derecho. Se apoya en diversa jurisprudencia europea, que cita, sobre el alcance del derecho a vacaciones retribuidas.

En particular, se invoca la STJUE 22-4-10, Caso Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols, C-486/08 pues, para un caso en que se pretendía adaptar la materialización de las vacaciones pendientes a la jornada imperante en el año de disfrute, declara expresamente que "el disfrute de las vacaciones anuales en un período posterior al período de referencia no tiene ninguna relación con la jornada de trabajo realizada por el trabajador durante dicho período posterior. Por tanto, la modificación, y, en particular, la disminución de la jornada de trabajo de tiempo competo a tiempo parcial no puede reducir el derecho a las vacaciones anuales que el trabajador ha adquirido durante el período de trabajo a tiempo completo".

D) El recurso de la empresa, aunque con errónea cita de la Ley de Procedimiento Laboral, desarrolla un único motivo por infracción jurídica, en concreto por error en la aplicación del art. 38. 1 y 3 del Estatuto de los Trabajadores , en relación con el art. 7 de la Directiva CEE 2003/88 y Convenio 132 de la OIT, y del art. 34 del Estatuto de los Trabajadores en relación con los arts. 31 , 32 , 36 y 37 del Convenio Colectivo de Grandes Almacenes para los años 2009-2012.

E) El debate se centra sobre el modo en que haya de aplicarse lo previsto por el actual artículo 38.3, en su tercer párrafo, conforme al cual : En el supuesto de que el período de vacaciones coincida con una incapacidad temporal por contingencias distintas a las señaladas en el párrafo anterior que imposibilite al trabajador disfrutarlas, total o parcialmente, durante el año natural a que corresponden, el trabajador podrá hacerlo una vez finalice su incapacidad y siempre que no hayan transcurrido más de dieciocho meses a partir del final del año en que se hayan originado .

Segundo. *Nuestra doctrina sobre disfrute individualizado de las vacaciones en caso de incapacidad temporal.*

A) Nuestra sentencia de Pleno de 28 de mayo de 2013, (rcud 1914/2012) ya invocó el tenor de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (contenida especialmente en SSTJUE 10- septiembre-2009 y 21-junio-2012) sobre el tema indirectamente abordado, con pronunciamientos tales, como que "el trabajador tiene derecho a disfrutar de sus vacaciones en otro período que no coincida con su baja por enfermedad, cuando no hubiera podido disfrutarlas durante ésta", o respecto a "la posibilidad de que el ejercicio del derecho al disfrute de las vacaciones que se vieron imposibilitadas por la enfermedad se lleve a cabo fuera del año natural" y "sin excluir a priori que ese período pueda quedar fuera del período de referencia de las vacaciones anuales en cuestión"; y a los posibles limites que puedan pactarse o establecerse legalmente. El derecho a vacaciones anuales retribuidas no se extingue al finalizar el período de referencia fijado por el Derecho nacional en caso de que el trabajador haya estado en situación de baja por enfermedad durante la totalidad o parte del período de referencia y no haya tenido efectivamente la posibilidad de ejercitar este derecho").

En este sentido debe hacerse especial referencia a la STS/IV 3-octubre-2012 (rcud. 249/2009 -Sala General), --con doctrina seguida, entre otras, en las SSTS/IV 29-octubre-2012 (rcud. 4425/2011) y 17- enero-2013 (rcud. 1744/2010)--, dictada tras haberse planteado una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que concluyó con una clara Declaración de dicho Tribunal, de fecha 21-junio-2012 , en el sentido que "El art. 7, apartado 1, de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003 , relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, debe interpretarse en el sentido de que se opone a disposiciones nacionales que establezcan que un trabajador que se encuentre en situación de incapacidad laboral sobrevenida durante el período de vacaciones anuales retribuidas no tiene derecho a disfrutar posteriormente de las vacaciones anuales coincidentes con el período de incapacidad laboral" y declarándose, en nuestra citada sentencia de Sala General, que "el trabajador tiene derecho a disfrutar de sus vacaciones en otro período que no coincida con su baja por enfermedad, cuando no hubiera podido disfrutarlas durante ésta".

B) Como se sabe, la Ley 3/2012 añadió al art. 38.3 la previsión que se ha reproducido más arriba y que asume ese criterio, como explicó la STS 24 mayo 2004 (rec. 2201/2013).

C) A su vez, la STS 19 marzo 2013 (rec. 528/2012) precisa que en cuanto a cuáles sean las fechas hábiles para estos nuevos días de descanso por vacaciones no plenamente disfrutadas, la propia sentencia STS/IV 3-octubre-2012 (rcud 249/2009 -Sala General) se ha hecho eco de la evolución legislativa en la materia, cuyo último episodio ha sido añadir un párrafo 2 º y un párrafo 3º al apartado 3 del artículo 38 ET , mediante el RD-L 3/2012 y la Ley 3/2012 de reforma del mercado laboral.

D) Como explica la STS 17 enero 2013 (rec. 1744/2010), salvo supuestos de fraude, "procede determinar un nuevo período de disfrute de vacaciones cuando, antes, simultáneamente o después de iniciadas, el trabajador pasa a la situación de incapacidad temporal que le impide disfrutarlas".

Tercero. *El disfrute de vacaciones en año posterior al natural.*

A) Debemos comenzar recordando el significado que posee la calificación de las vacaciones como "anuales" (art. 38.1 ET). No se trata de que se posea derecho al disfrute tras un previo año de prestación de servicios, sino de que dentro del año natural ha de haber un tiempo configurado como tal clase de descanso. Lo deseado por el ordenamiento jurídico es que el período de vacaciones se disfrute efectivamente dentro del año a que corresponde; por eso, cuando el contrato finaliza y procede al abono de las no disfrutadas («liquidación») únicamente debe atenderse a lo sucedido desde el 1º de enero del año en curso y no al período que arranca el primer día de trabajo tras las anteriores vacaciones, como aclaró nuestra STS 17 septiembre 2002 (R. 4255/2001).

B) La jurisprudencia comunitaria ha venido insistiendo en que los Estados miembros pueden establecer las condiciones de ejercicio y aplicación del derecho a vacaciones anuales retribuidas, pero no pueden supeditar a ningún tipo de requisito la constitución de este derecho ni impedir el propio nacimiento de dicho derecho concedido expresamente a todos los trabajadores (STJUE 24 enero 2012, C-282/10 , Maribel Domínguez).

C) Precisamente porque son un verdadero derecho, paulatinamente se abrió paso la idea de que no podían perderse como consecuencia de la imposibilidad de disfrutarlas efectivamente cuando correspondía. Acogiendo lo sustancial de la doctrina sentada por la STJUE de 22 noviembre 2011, C-214/10, caso KHS , el actual artículo 38.3 ET , consagra el derecho sobre cuyo alcance ahora discutimos, en los términos ya expuestos más arriba.

D) Por otra parte, el art. 6.2 del Convenio 132 OIT estipula que " En las condiciones en que en cada país se determinen por la autoridad competente o por el organismo apropiado, los períodos de incapacidad de trabajo resultantes de enfermedad o de accidente no podrán ser contados como parte de las vacaciones pagadas anuales prescritas como mínimo en el párrafo 3 del artículo 3 del presente Convenio ". Dicho precepto ha venido siendo objeto de distintos Comentarios por parte de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) precisamente en relación a España (en 1988 -Publicación: 75ª reunión CIT (1988)-, 1991-Publicación: 78ª reunión CIT (1991)-, 1995 -Publicación 82ª reunión CIT (1995)-, 2002 -Publicación 91ª reunión CIT (2003)-, 2004 - Publicación 93ª reunión CIT (2005)-, y 2008 -Publicación 98ª reunión CIT (2009)-). En todos ellos se ha reiterado que, aunque el art. 6.2 del Convenio deja a la discreción de la autoridad competente o

del órgano apropiado el hecho de determinar las condiciones en las cuales los períodos de incapacidad resultantes de enfermedad o de accidente no pueden ser contados como parte de las vacaciones anuales mínimas, estas condiciones deben ser enunciadas con un máximo de claridad. Y en todos ellos la Comisión ruega al Gobierno de España que indique " las medidas tomadas o previstas para establecer con claridad las condiciones en las que los períodos de incapacidad de trabajo no son contabilizados en las vacaciones pagadas anuales mínimas en vigor en el sector privado".

La interpretación que la norma del Convenio 132 OIT viene haciendo la CEACR no ofrece dudas sobre la exclusión de las licencias por enfermedad en el cómputo del periodo de vacaciones pagadas. Así se aprecia con claridad en sus Observaciones y Comentarios respecto de las legislaciones de otros Estados Miembros de la OIT [2009, en relación a Brasil -Publicación: 99ª reunión CIT (2010)-, y 2011, respecto de Kenya - Publicación: 101ª reunión CIT (2012)-].

E) Se trata de un tema formalmente inédito en nuestra doctrina (de ahí que, pese a lo denso de sus argumentaciones, ni las partes contendientes ni la sentencia de instancia mencionen jurisprudencia al respecto): determinar si la traslación del descanso, ahora amparada expresamente por la Ley española, debe comportar una minoración de la jornada efectiva que estaba previsto desarrollar durante la anualidad de disfrute.

La empresa recurrente entiende: a) que su interpretación respeta lo dispuesto en el art. 38.3 ET , porque considera que este precepto no ampara una minoración de la jornada efectiva anual; b) que se limita a aplicar la distribución irregular de la jornada está prevista por el Convenio de Grandes Almacenes; c) que solo así se cumple la jornada programada.

Cuarto. *Repercusión de las vacaciones sobre la jornada anual.*

Hemos de apresurarnos a manifestar que la transferencia vacacional a un año posterior al que correspondía su disfrute, por fuerza, ha de comportar una revisión de las magnitudes temporales previstas para dicho periodo. Porque la esencia de la institución vacacional no se limita a la inactividad productiva del asalariado, sino que exige la compensación retributiva equivalente a la efectiva prestación de trabajo; si hablamos de magnitudes anuales, como es el caso, la proporción entre las horas trabajadas y la retribución percibida habrá de alterarse, ya que en caso contrario - ex definitione- sería imposible que discurriera una interrupción del contrato de trabajo (no se trabaja, pero sí se devenga la retribución ordinaria). Dicho abiertamente: se cobrará lo previsto, pero se trabajará menos de lo previsto.

La imprescindible tutela judicial (art. 24 CE), las exigencias generales que pesan sobre toda sentencia (art. 218 y concordantes LEC) y las específicas previsiones respecto del recurso de casación (art. 215 LRJS) exigen que desarrollemos esa premisa (al tiempo conclusiva) y expliquemos las razones por las que ha de fracasar el recurso.

A) Buena parte del recurso y del escrito de alegaciones a la impugnación (que, dicho sea de forma incidental, asume una interpretación excesivamente amplia sobre los supuestos en los que procede a tenor del art. 211.3 LRJS) se dedica a argumentar sobre el error cometido por la Audiencia Nacional cuando equipara "redistribución de jornada" a "compensación con trabajo suplementario", pues la empresa no exige una compensación o recuperación del tiempo de vacaciones, ni de ningún otro, en el que la obligación de trabajar estuvo suspendida.

Debemos recordar que la existencia de una "redistribución" es hecho probado, en los términos acogidos por la sentencia de instancia y ya expuestos, a la par que incombatido por la vía del art. 207.d) LRJS . Por tanto, debe partirse de que, en la empresa Carrefour, cuando las vacaciones de un año no se han podido disfrutar durante el mismo y se trasvasan al siguiente, se organizan los descansos y tiempos de trabajo para que al finalizar el año el trabajador haya cumplido la jornada programada. De este modo, la práctica viene conduciendo a que la jornada anual se cumpla tal y como estaba previsto, sin tener en cuenta el disfrute de vacaciones procedentes de años anteriores.

Se denomine de uno u otro modo, esa es la actuación, interpretación o "práctica" cuya validez estamos enjuiciando. Achacar a la sentencia recurrida un error por asumir un concepto o alcance que deriva de la prueba practicada solo cabe hacerlo desde la perspectiva de la solicitud de revisión de hechos probados, lo que no ha sucedido. Lo cierto es que Carrefour está imponiendo que la posposición de las vacaciones a un año ulterior no altere la jornada de trabajo efectivo debida por el trabajador para el año de que se trate.

B) Los invocados arts. 36 y 37 del Convenio Colectivo aplicable establecen unos sistemas de turnos de vacaciones, concediendo al empresario la facultad de excluir como periodo vacacional el que coincida con la mayor actividad productiva estacional de la empresa, lo que posibilita el fraccionamiento del disfrute de vacaciones en dos o más periodos.

Cuando la empresa reordena temporalmente la prestación laboral de la persona que debe disfrutar vacaciones atrasadas y se acaba cumpliendo la jornada anual ordinaria que estaba planificada, es claro que no ha habido menos tiempo trabajado que si tales vacaciones no hubieran existido. Habrá habido una más dilatada

etapa sin actividad productiva, pero el sinalagma contractual se ha mantenido en condiciones de normalidad. Y la materialización de un periodo vacacional en año diverso al que correspondía, es claro, no puede configurarse como supuesto de normalidad; desde luego, no viene contemplada en el convenio colectivo y en los calendarios vacacionales que le dan cumplimiento.

Esta neutralización de una parte de las consecuencias inherentes al trasvase vacacional (las patrimoniales) no constituye infracción tan grosera como la que surge cuando se impide por completo el descanso, pero deja en mal lugar el propio concepto de la institución y colisiona con las exigencias que la jurisprudencia nacional y comunitaria viene predicando.

C) Aunque la cuestión no hubiera sido abordada por nuestra jurisprudencia, sí ha aparecido de modo indirecto y presuponiendo la solución que estamos explicitando.

La citada STS 17 septiembre 2002 (R. 4255/2001) afirma que la expresión "vacaciones anuales" que utiliza el artículo 38.1 ET significa que se tiene derecho a ellas por cada año de trabajo, pero también indica la obligación de disfrutarlas dentro de cada año natural, distinguiéndose entre su devengo (va produciéndose con el transcurso de cada año de servicio) y el disfrute (ha de realizarse dentro del año natural correspondiente). Este criterio está implícito en la regla de proporcionalidad del artículo 4 del Convenio 132 de la OIT, a tenor del cual "toda persona cuyo período de servicios 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".

De ahí deriva que si el periodo referencial se ampliase, al terminar el mismo (los dos, tres o más años) debería producirse igual equivalencia que si las vacaciones se hubieran desarrollado dentro de su anualidad originaria: los tiempos de suspensión comportarán minoración del trabajado, pero no de la duración vacacional. Y sabido es que cuando el descanso consiste en dispensar de prestar trabajo a la vez que se garantiza la percepción del salario correspondiente, exigir su recuperación lo priva de su verdadera naturaleza (STS 5-11-02 , RJ 2003/467).

Asimismo, cuando hemos manifestado, en diversas sentencias precedentes y citadas, que la superposición de vacaciones e incapacidad temporal debía llevar a la fijación de un nuevo periodo de disfrute, es claro que estábamos presuponiendo que se hiciera con las mismas garantías y consecuencias que debían haberse aplicado en su momento.

D) El propio recurso acaba reconociendo también lo que la empresa ya había admitido en la reunión de 16 de noviembre de 2011 (Hecho probado 3º): ni el disfrute de vacaciones, ni los descansos ni los festivos excusan del cumplimento de la jornada efectiva anual.

Ese error de base (considerar que la jornada, prevista en cómputo anual y distribución irregular) conduce a postular que haya de trabajarse lo mismo cuando el año solo contempla las vacaciones habituales que cuando, como consecuencia de lo previsto en el art. 38.3 ET , alberga tiempos adicionales de tal índole. En contra de lo argumentado por el recurso, las normas invocadas son las que conducen a afirmar lo contrario de lo que pretende: el tratamiento brindado a las vacaciones trasladadas ha de ser diverso del que corresponde a las del año en curso.

E) No debe olvidarse que estamos ante una verdadera facultad subjetiva; como tantas veces ha advertido la Jurisprudencia Comunitaria, el derecho de todo trabajador a sus vacaciones constituye un principio de Derecho Social Comunitario especialmente trascendente, sin que sean admisibles excepciones; Por todas, STJUE de 3 mayo 2012 (asunto C-337/10 , Gord Neidel).

Ese derecho se socavaría de manera sustancial si cuando las vacaciones transitan de uno a otro año se traducen en un mero periodo de inactividad, sin paralela disminución del tiempo de trabajo debido (con lo que no acaban siendo verdadera interrupción) y sin remuneración realmente concordante (infringiéndose el primero de los predicados que la Ley les asigna).

F) Aunque no compartimos la interpretación que el recurso asume respecto del tenor de las previsiones contenidas en el convenio colectivo aplicable, es claro que si las cosas fueran como en él se afirma y la jornada planificada hubiera de realizarse en los supuestos debatidos, la consecuencia no sería otra que la ilegalidad de lo pactado.

Recordemos, por ejemplo, que son ilegales los convenios colectivos conforme a los cuales un trabajador que se encuentre en situación de incapacidad temporal durante el período de vacaciones anuales fijado en el calendario de vacaciones de la empresa en la que está contratado no tiene derecho, una vez dado de alta médica, a disfrutar sus vacaciones anuales en un período distinto del fijado inicialmente, en su caso fuera del período de referencia de que se trate, como explicó la STJUE 10 septiembre 2009 , Vicente Pereda.

Quinto. *Desestimación del recurso.*

El derecho a vacaciones retribuidas, configurado como un verdadero principio de Derecho Comunitario, no puede ser objeto de interpretaciones restrictivas (STJUE 21-6-12, Caso ANGED. C-78/11) y comporta la

necesidad de que las vacaciones que pasan de su año natural al siguiente como consecuencia de incapacidad temporal (art. 38.3 ET in fine) sean objeto de una nueva fijación del momento en que han de disfrutarse.

Como no puede hablarse de verdadero descanso retribuido sin repercusión sobre la actividad-tipo que se hubiera prestado caso de ser inexistente el mismo, es claro que durante la anualidad en que se proyecte la vacación trasvasada tampoco habrá una prestación material de trabajo efectivo como estaba previsto, sino que concurrirá una correlativa minoración. Debe considerarse contraria a Derecho la práctica empresarial que conduce a que en el ejercicio de efectivo disfrute se cumpla la jornada anual en los términos ordinarios previstos.

Las dificultades derivadas de la distribución irregular de la jornada, la existencia de turnos vacacionales, las previsiones del convenio colectivo o las prácticas empresariales afectarán a los términos de ejercicio del derecho, pero en modo alguno a su existencia, tal y como la sentencia de la Audiencia Nacional entendió y nosotros confirmamos.

En consecuencia, el recurso ha de ser desestimado, la sentencia de instancia confirmada y aplicadas las previsiones de los artículos 235.1 LRJS ("la sentencia impondrá las costas a la parte vencida en el recurso) y 217.1 LRJS (sobre pérdida del depósito en caso de que el recurrente lo hubiere constituido).

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

FALLAMOS

1) Desestimamos el recurso interpuesto por CENTROS COMERCIALES CARREFOUR, S.A., representado y defendido por el Letrado Sr. de los Mozos Villar, contra la sentencia 32/2013 de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, de 21 de febrero de 2013 , en autos nº 355/2012, seguidos a instancia de la FEDERACIÓN DE ASOCIACIONES SINDICALES FASGA, FETICO (FEDERACIÓN DE TRABAJADIRES INDEPENDIENTES DE COMERCIO), FECOHT-CCOO (FEDERACIÓN ESTATAL DE COMERCIO, HOSTELERÍA Y TURIMOS DE COMISIONES OBRERAS) y FEDERACION ESTATAL DE EMPLEADOS DE COMERCIO, HOSTELERIA, TURISMO Y JUEGO DE UGT, contra dicho recurrente (CENTROS COMERCIALES CARREFOUR S.A.), y el COMITE INTERCENTROS DE CARREFOUR HIPERMERCADOS, sobre conflicto colectivo.

2) Confirmamos la citada sentencia 32/2013 de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, de 21 de febrero de 2013 , dictada en autos nº 355/2012.

3) Condenamos a la empresa recurrente al abono de los honorarios de los Letrados de las partes recurridas.

4) Disponemos que se dé a los depósitos y consignaciones que se hayan constituido el destino legalmente procedente.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional ,con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Antonio V. Sempere Navarro hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.