

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-
TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID
Sentencia 819/2016, de 15 de diciembre de 2016
Sala de lo Social
Rec. n.º 374/2016

SUMARIO:

Días de libre disposición establecidos en convenio colectivo. Derecho al disfrute o compensación de los no utilizados desde la fecha del despido declarado nulo por vulneración de derechos fundamentales hasta la readmisión del trabajador. La declaración de nulidad del despido recogida en el artículo 55.6 del ET prevé la readmisión inmediata del trabajador y el abono de los salarios dejados de percibir, operando así una específica indemnización de daños y perjuicios *ex lege*, dada la evidencia empírica del perjuicio que supone la pérdida injustificada del sustento salarial. En cambio, los días de libre disposición no se integran en el acervo contractual con la misma trascendencia y profundidad que el salario, de modo que aquellos deban ser restituidos -con la consecuencia del disfrute añadido a los que pudieren corresponder en la actualidad- para compensar su falta de disfrute en el periodo en que se estuvo bajo los efectos del despido. A diferencia del salario y las vacaciones anuales, que gozan de protección reforzada al constituirse como mínimos de derecho necesario, los días de libre disposición no la tienen, pues no se prevé expresamente en la relación de permisos y licencias recogidas en el artículo 37 del ET, cabiendo en todo caso el reconocimiento en vía convencional. Por ello, su privación como consecuencia de un despido no determina *per se* la restitución de los días no disfrutados, a menos que en el convenio aplicable haya una previsión específica al respecto o pueda acreditarse la existencia de unos daños y perjuicios efectivos. En el supuesto analizado, ni está previsto en el convenio ni la actora ha acreditado haber sufrido perjuicios por su falta de disfrute, en la medida en que ha podido atender las necesidades o satisfacciones que, de haber existido prestación de servicios efectiva, le hubieran llevado a solicitar los días de permiso. El derecho que se reclama, como derecho al descanso, es un derecho recíproco al trabajo previo. Compensa una actividad laboral que aquí no ha existido y no es, desde luego, índice de insuficiencia indemnizatoria de la infracción de derechos fundamentales, en cuanto que la empresa demandada ha abonado más de dos años de salarios a la trabajadora con la correspondiente cotización, sin recibir contraprestación laboral de esta.

PRECEPTOS:

RDLeg. 1/1995 (TRET), arts. 4.2 f), 26, 33, 37, 38.3 y 55.6.

PONENTE:

Don José Ramón Fernández Otero.

Ilmos. Sres.

D. JOSÉ RAMÓN FERNÁNDEZ OTERO
Dña. VIRGINIA GARCÍA ALARCÓN
D. JOSE IGNACIO DE ORO PULIDO SANZ

En Madrid, a quince de diciembre de dos mil dieciséis, habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección 3 de la Sala de lo Social de este Tribunal Superior de Justicia, compuesta por los Ilmos. Sres. citados, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española ,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY
Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE
EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el Recurso de Suplicación 374/2016, formalizado por la Letrada Dña. MARIA EUGENIA BLANCO RODRIGUEZ, en nombre y representación de Dña. Elena , contra la sentencia de fecha 23/02/2016 dictada por el Juzgado de lo Social nº 04 de Madrid en sus autos número Procedimiento Ordinario 1251/2015, seguidos a instancia de Dña. Elena frente a AYUNTAMIENTO DE CAMARMA DE ESTERUELAS, en reclamación por Otros derechos laborales individuales, siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo./Ilma. Sr./Sra. D. /Dña. JOSÉ RAMÓN FERNÁNDEZ OTERO, y deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

Según consta en los autos, se presentó demanda por la citada parte actora contra la mencionada parte demandada, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, tras los pertinentes actos procesales de tramitación y previa celebración de los oportunos actos de juicio oral, en el que quedaron definitivamente configuradas las respectivas posiciones de las partes, dictó la sentencia referenciada anteriormente.

Segundo.

En dicha sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos en calidad de expresamente declarados probados:

PRIMERO. La trabajadora actora, Doña Elena , ha prestado servicios para el AYUNTAMIENTO DE CAMARMA DE ESTERUELAS en los siguientes periodos: .14/11/2008-13/05/2009; .01/06/11-31/05/12; .04/06/12-31/03/13; .01/04/13 (fecha efectos alta 29/04/15...(Informe de Vida Laboral emitido por la T.G.S.S. - doc. 1 actora).

SEGUNDO. De la relación de hechos declarados probados en la sentencia firme nº 933/14 dictada por el Juzgado de lo Social nº 26 de Madrid en fecha de uno de julio de dos mil catorce en los autos nº 641/2013, seguidos entre los mismos litigantes, cabe recoger, en lo que aquí es pertinente: Hecho Probado Segundo. 'La actora y la Mancomunidad de Servicios 2016 suscribieron contrato de Obra o Servicio determinado desde el 1 de diciembre de 2010 y hasta 31 de mayo de 2011; el objeto fue "servicio de dinamización de infancia, juventud y mayores. En fecha 1 de junio de 2011 la actora suscribe contrato eventual con el ayuntamiento demandado, que después de una prórroga del mismo se pone fin en fecha 31 de mayo de 2012; objeto es "acumulación de tareas y puesto de trabajo Dinamizadora Social. En fecha 4 de junio de 2012 se realiza nuevo contrato "Eventual por circunstancias de la producción" y en el objeto consta: "acumulación de tareas. Continuación de proyectos de la concejalía de Educación, cultura y Juventud. Cumplida la duración de este otro contrato, en fecha 31 de diciembre de 2012, se pacta nueva prórroga de tres meses, y cumplida la misma la empleadora da de baja en Seguridad Social a la demandante, y le comunica la rescisión del contrato de trabajo'; Hecho Probado Tercero. 'La actora fue contratada para el primer contrato con la Mancomunidad como Animadora Sociocultural; y el nivel de estudios que consta en el contrato es de primera etapa de educación secundaria con título de Graduado Escolar. En el segundo contrato formalizado con el ayuntamiento demandado consta como titulación la de diplomado, categoría de Dinamizadora social. El salario que ha venido percibiendo es de 2.049,06 euros con prorrata de pagas extras'; Hecho Probado Cuarto. 'En fecha 31 de marzo de 2013 la actora recibe comunicación de la Seguridad Social sobre la baja que la empleadora ha comunicado a dicha entidad. La actora se pone en contacto con el Ayuntamiento (5 de abril de 2013) y le fue comunicado, que no se había producido despido sino llegada del término del contrato. "En primer lugar, le comunicamos que usted no ha sido despedida, sino que se ha producido

la terminación de un contrato de trabajo de duración determinada. Circunstancia conocida perfectamente por usted, ya que antes del comienzo de las pasadas vacaciones de Semana Santa procedió a retirar sus efectos personales de su puesto de trabajo. Por otra parte comunicarle que tiene a su disposición los recibos correspondientes de liquidación y la documentación preceptiva...". En fecha 9 de abril de 2013 se dictó resolución de la alcaldía expresando que la actora no había sido despedida, sino extinguido el contrato; declarar la liquidación de haberes como consecuencia de la extinción del contrato; y ordenar la notificación de esta resolución a la interesada a los efectos oportunos (nos remitimos a los citados textos). Esta resolución fue comunicada en fecha 12 de abril de 2013'; Hecho Probado Quinto. 'El Ayuntamiento demandado no tiene aprobados presupuestos sino prorrogados los mismos. Consta en la documental presentada por el demandado en fecha 8 de mayo de 2014, los contratos de trabajo solicitados por la demandante; y "contratos de colaboración social al amparo de la Orden 2445/2013 de 16 de mayo Consejería de la Comunidad de Madrid (nos remitimos a dicha documental). Consta certificado de los contratos realizados y duración en el año 2012 y 2013 (4 páginas); no consta contrato de Dinamizadora'; Hecho Probado Sexto. 'La población del Ayuntamiento demandado es de 7.162 habitantes; no es obligación la prestación de servicios de Dinamizadora social. Las funciones de coordinación que realizaba la actora con asociaciones de ocio (cultura y deporte) se están llevando a cabo por la concejala de Cultura y Deporte. Se han reducido las subvenciones de la red de teatros por parte de la Comunidad Autónoma. La actora coordinaba esas funciones con asociaciones culturales, se encargaba de reservar auditorio para actividades culturales (abrir y cerrar el auditorio). Documento nº 9 de la demandada se ratifica la Concejala de Cultura y Deportes sobre las funciones que realizaba la actora, al que nos remitimos. En el año 2012 se decide recorte de presupuestos para actividades de cultura y ocio, y no se ha contratado a persona para realizar las actividades que venía realizando la actora; ha sido cubierta la actividad con la Concejala; menor actividad por recorte de actividad y de presupuestos (doc. nº 18 y 19 de la parte demandada). La plaza aparece en la RPT pero no está presupuestada la plaza de Dinamizadora (documental de la demandada). De las tareas que relata en el hecho sexto de la demanda, en la testifical de la Concejala responsable de ese servicio, se explicita que realizaba esas funciones en coordinación y colaboración con la concejala'; Hecho Probado Séptimo. 'La actora se inscribió como pareja de hecho con el concejal del grupo de la oposición, IU-Los Verdes, don Víctor Manuel a finales de 2012 (13 de diciembre de 2012); la relación sentimental entre la actora y el citado concejal era conocida por la concejala que trabajaba con la actora desde antes de la inscripción como pareja de hecho; incluso antes de que el concejal ocupara el puesto de concejal, que fue dejado vacante por otro compañero (18 de abril de 2012, doc. nº 18 de la demandante). El citado concejal en el marco de sus tareas pidió la dimisión del Concejal de Deporte (cuñado del alcalde) en julio de 2012; en diciembre de 2013 la madre del concejal de la oposición (don Víctor Manuel) ha sido contratada entre las ofertas documentadas por el demandado'; Hecho Probado Octavo. 'El grupo de concejales del PSOE en fecha 29/11/2012 solicitaron explicaciones al Gobierno municipal sobre el contrato laboral de la actora y la secretaria de alcaldía. Respecto a la actora la Concejala de Personal responde que la dinamizadora tuvo contrato temporal sujeto a subvención para las corporaciones locales; luego contrato realizado por la Mancomunidad; y finalmente el contrato temporal que tiene con el Ayuntamiento lo es hasta que se cubra la plaza mediante concurso (doc. nº 19 de la actora). En el Pleno de enero de 2013 (finales) se presentaron mociones de censura al Gobierno, al alcalde tanto por el Grupo Socialista como por IU-Los verdes; se subraya la gestión del concejal de urbanismo (pág. 34 doc. nº 20 de la actora). En el Pleno de 2 de abril de 2013 Don Víctor Manuel (concejal de IU-Los Verdes) introduce la enmienda "que no se incluya en la partida de gastos el salario del Alcalde" (pág. 38 del doc. Nº 23 de la parte actora)'.
En el Fallo de dicha sentencia se dispuso 'Que estimando la demanda en la petición subsidiaria formulada...frente a la empresa demandada AYUNTAMIENTO DE CAMARMA DE ESTERUELAS, debo declarar y declaro la IMPROCEDENCIA del despido de la parte actora, condenado a la demandada a estar y pasar por tal declaración, y a que en el plazo de 5 días, desde la notificación de la presente sentencia, opte la demandada entre la readmisión del demandante en las mismas condiciones anteriores al despido o el abono al mismo de una indemnización cifrada en la cantidad de 4.614,60 euros. En el supuesto de que optase por la readmisión, la empleadora deberá abonar a la actora los salarios dejados de percibir desde el 1 de abril de 2013 y hasta la efectiva readmisión. Y se condena a las partes a estar y pasar por la presente resolución con las consecuencias jurídicas y económicas inherentes a la misma'.

La sentencia de instancia fue revocada por la STSJ de Madrid nº rec. 933/2014, de 6 marzo 2015 , en la que se dispuso que '..en su consecuencia, debemos revocar y revocamos la resolución judicial recurrida y, con estimación de la pretensión principal ejercitada en la demanda rectora de autos, debemos declarar, como

declaramos, nulo por lesivo del derecho fundamental a no ser discriminada por circunstancias familiares el despido de la actora ocurrido el 31 de marzo de 2.013, condenando a la citada Corporación municipal a estar y pasar por esta declaración y a que, por tanto, readmita inmediatamente a la demandante en su puesto de trabajo en las condiciones que regían antes de tal decisión extintiva, bien que como personal laboral indefinido no fijo, con abono, en todo caso, de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta que la readmisión tenga lugar, a razón de un salario diario de 67,37 euros...'

TERCERO. La actora ha sido readmitida y se le han abonado parte de los salarios de tramitación, habiendo solicitado el abono de la parte pendiente; también solicitó las vacaciones pendientes no disfrutadas desde el treinta y uno de marzo de dos mil trece, fecha del despido, las cuales le fueron reconocidas y ya las ha disfrutado (Hechos Sexto y Séptimo de la demanda admitidos expresamente por la Administración demandada).

CUARTO. Resulta aplicable el Convenio Colectivo del Personal Laboral del Ayuntamiento de Camarma de Esteruelas, registrado y publicado en el B.O.C.M. de veintiuno de enero de dos mil nueve.

QUINTO. La trabajadora actora interpuso reclamación administrativa previa que tuvo entrada en el Registro en fecha de dos de diciembre de dos mil quince.

SEXTO. El día dos de diciembre de dos mil quince tuvo entrada en el Decanato de los juzgados de lo social, demanda en reclamación de derechos mediante la que la actora solicitaba que se dictase una sentencia, en virtud de la cual, se condenase a la Administración demandada a reconocerle el derecho a disfrutar los días de libre disposición no disfrutados desde el despido el treinta y uno de marzo de dos mil trece hasta la readmisión del despido nulo por vulneración de derechos fundamentales, con todos los efectos inherentes a tales reconocimientos.

Tercero.

En dicha sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:

Que debo desestimar y DESESTIMO la demanda formulada por DOÑA Elena contra el AYUNTAMIENTO DE CAMARMA DE ESTERUELAS, ABSOLVIENDO a ésta de las pretensiones deducidas por aquélla.

Cuarto.

Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte Dña. Elena , formalizándolo posteriormente; tal recurso fue objeto de impugnación por el AYUNTAMIENTO DE CAMARMA DE ESTERUELAS, representado por la Procuradora Dña. SOFIA MARIA ALVAREZ-BUYLLA MARTINEZ y asistido por el Letrado D. ÁNGEL GABRIEL TUÑÓN GALLEGO.

Quinto.

Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, en unión de la pieza separada de recurso de suplicación, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta Sección en fecha 30/05/2016, dictándose la correspondiente y subsiguiente providencia para su tramitación en forma.

Sexto.

Nombrado Magistrado-Ponente, se dispuso el pase de los autos al mismo para su conocimiento y estudio, señalándose el día 13/12/2016 para los actos de votación y fallo.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Único.

La sentencia de instancia ha desestimado la demanda razonando, en el fundamento de derecho segundo, lo siguiente:

«SEGUNDO. De conformidad con el artículo 97.2 de la Ley 36/2011, de diez de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social, procede expresar a continuación los razonamientos y convicciones que han llevado a dictar la presente resolución, tras el examen, tanto individualizado como conjunto, que de la prueba ha realizado este juzgador.

Dado que la función y la responsabilidad del poder judicial consiste en determinar qué es y cuál es el derecho, procede explicar e interpretar las normas aplicables al caso para resolver si el supuesto de hecho particular sometido a la consideración de este Juzgador encuentra favorable acogida al amparo de dicha normativa.

Y dado que estamos ante una controversia eminentemente jurídica, de interpretación de los preceptos del Convenio Colectivo del Personal Laboral del Ayuntamiento de Camarma de Esteruelas, hay que recordar la fuerza de los Convenios Colectivos en el marco de las relaciones laborales, su condición de fuente del derecho y por consiguiente centro originador de los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral; así, como tuvo a bien reflejar el Tribunal Supremo en sentencia de 4 mayo 1994, <..los Convenios Colectivos tienen plena fuerza vinculante entre las partes que los han suscrito, de modo que vienen a constituir la norma más directa y específica que regula las relaciones jurídico-laborales existentes entre ellas, por ser una verdadera fuente de Derecho, tal como se desprende de lo que disponen el artículo 37.1 de la Constitución Española y los artículos 3.1 b) y 82 del Estatuto de los Trabajadores >. En idéntico sentido se ha manifestado el TC, así, en sentencia 58/1985 de 30 abril valoró que <..la fuerza vinculante de los convenios colectivos implica la atribución a los mismos de una eficacia jurídica en virtud de la cual el contenido normativo de aquéllos se impone a las relaciones de trabajo incluidas en sus ámbitos de aplicación de manera automática.>

En el artículo 16 del Convenio se establece que 'En materia de licencias y permisos se estará a lo dispuesto por la legislación vigente y aplicable y, en todo caso, a lo establecido por los artículos siguientes'; en el artículo 17 se regulan las vacaciones, disponiéndose que 'Con carácter general...serán de veintidós días hábiles anuales por año completo de servicio o en forma proporcional al tiempo de servicios prestados. Se distribuirán de forma obligatoria dentro del año natural y hasta el 31 de enero del año siguiente, en períodos mínimos de cinco días consecutivos, con arreglo a la planificación que se efectúe por parte de la dirección de cada departamento u organismo, previa consulta con los representantes legales de los empleados públicos..'; el mismo artículo continúa estableciendo que 'En caso de baja por maternidad, cuando esta situación coincida con el periodo vacacional, quedará interrumpido el mismo y podrán disfrutarse las vacaciones finalizado el periodo de permiso por maternidad a partir de su incorporación de dicho permiso', añadiéndose que 'Se aplicará la misma proporción al personal que cese por cualquier motivo durante el año, aumentándose o deduciéndose el exceso del periodo vacacional, si lo hubiera, de la liquidación finiquito que le correspondiera'; por su parte, el artículo 18, que regula las licencias y permisos retribuidos, expresa que 'Todo el personal laboral al servicio del Ayuntamiento tendrá derecho a disfrutar, además de sus libranzas semanales y vacaciones estivales, de los días legislados cada año como festivos, no recuperables a nivel nacional, autonómico o local. En los servicios donde no se puedan disfrutar estos festivos se retribuirán los mismos a través de las correspondientes compensaciones económicas'.

Y es en el artículo 19 donde se regulan los días de libre disposición discutidos, en éste precepto se regula que 'Se establecen diez días de licencia al año no recuperables. Se disfrutarán en forma continuada o partida en diversos períodos de tiempo, a elección del/la trabajador/a. Esta licencia podrá disfrutarse en cualquier época del año, a elección del trabajador municipal, pero no podrá acumularse al periodo de vacaciones anuales y tampoco concederse cuando por acumulación de peticiones para un solo periodo de tiempo y servicio sea necesario establecer turnos, debiendo dar traslado de esta situación a los representantes sindicales legalmente constituidos. Cuando por razones de servicio no se disfrute del mencionado permiso a lo largo del año, podrá concederse durante el mes de enero siguiente, pudiendo establecerse los turnos correspondientes'.

Por la STSJ de Madrid nº rec. 933/2014, de 6 marzo 2015, se dispuso que '..debemos revocar y revocamos la resolución judicial recurrida y, con estimación de la pretensión principal ejercitada en la demanda

rectora de autos, debemos declarar, como declaramos, nulo por lesivo del derecho fundamental a no ser discriminada por circunstancias familiares el despido de la actora ocurrido el 31 de marzo de 2.013, condenando a la citada Corporación municipal a estar y pasar por esta declaración y a que, por tanto, readmita inmediatamente a la demandante en su puesto de trabajo en las condiciones que regían antes de tal decisión extintiva, bien que como personal laboral indefinido no fijo, con abono, en todo caso, de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta que la readmisión tenga lugar, a razón de un salario diario de 67,37 euros...'

El TSJ, una vez llegó a la conclusión de la procedencia de declarar la nulidad del despido, no hizo sino anudar a esa declaración la consecuencia automática recogida ex lege en el artículo 55.6 ET , esto es, la readmisión inmediata de la trabajadora con el abono de los salarios dejados de percibir. La actora va más allá del precepto legal citado y alega en el Hecho Duodécimo de su demanda que la consecuencia del despido nulo supone la reposición del estado de cosas que había antes del despido, debiendo restituírsele en el disfrute de todos los derechos que pudo haber ejercitado de no haber sido despedida.

Hay que tener presente que la declaración de nulidad del despido tiene efectos ex tunc, que viene pues a comportar que dicho acto no debió de existir en derecho; efectos indudables especialmente en relación con la garantía de indemnidad de los derechos fundamentales, siendo, como se recoge en la STSJ de Madrid nº rec. 1309/2006 , de 18 julio, que <...Es jurisprudencia constitucional consolidada la consideración de nulidad ex tunc de toda medida pública o privada sancionadora del ejercicio de un derecho fundamental y, en concreto, los despidos lesivos de derechos fundamentales deben ser declarados nulos y sin efecto alguno. De hecho la doctrina más autorizada ha señalado que la expresión «garantía de indemnidad» es sobre todo una nueva denominación de la ineficacia de actos empresariales lesivos de derechos fundamentales>. Ahora bien, si no se discute que la declaración de nulidad de un despido supone que éste queda sin efecto desde que se dictó, no puede obviarse que el disfrute de los derechos anexados a una relación laboral tienen su justificación y razón de ser de su ejercicio, así como un plazo o espacio temporal concreto para su utilización, ligado éste sin duda a las vicisitudes de una relación laboral diaria que cohabita y es en ocasiones 'conflictiva' con las circunstancias personales de cada trabajador. No cabe duda de que el despido, sea declarado improcedente o nulo, genera un perjuicio al trabajador al éste verse privado indebidamente de empleo y sueldo, con repercusiones negativas obvias en su mantenimiento y satisfacción personal en el ámbito de su vida privada. Es por ello que el legislador haya establecido de forma automática y taxativa en el referido artículo 55.6 ET que, caso de nulidad del despido, debe readmitirse de manera inmediata al trabajador y abonársele los salarios, operando así una específica indemnización de daños y perjuicios ex lege. Como vemos, la declaración de nulidad del despido supone el reintegro de los salarios que hubiere percibido un trabajador de no haber sido despedido porque el legislador ha elevado a categoría legal dicha protección dado la evidencia empírica del perjuicio que supone la pérdida injustificada del sustento salarial. Obligación ésta, la de abono del salario, que se constituye como la prestación básica a cargo del empresario y que define precisamente, junto con la prestación de servicios dependiente y ajena, la relación laboral ex artículo 1.1 ET .

En cambio, cabe cuestionarse si los días de libre disposición demandados por la trabajadora se han integrado en su acervo contractual con la misma trascendencia y profundidad que el salario, de modo que aquéllos deban serle restituidos -con la consecuencia del disfrute añadido a los que pudieren corresponderle en la actualidad- para compensar su falta de disfrute en el periodo en que estuvo bajo los efectos del despido. Es relevante destacar que al contrario que el salario - artículos 4.2 f), 26 y 33 ET - y las vacaciones anuales - artículo 38 ET -, los cuales tienen una protección reforzada al constituirse como mínimos de derecho necesario, los días de libre disposición o permiso retribuido no tienen esa consideración o protección reforzada, pues no se prevé expresamente en la relación de permisos y licencias recogidas en el artículo 37 ET , cabiendo en todo caso que se reconozca en vía convencional.

Siendo que la norma legal no eleva el derecho de libre disposición a la categoría de derecho de mínimo necesario, ya se advierte que, por su naturaleza, la falta de privación de los mismos como consecuencia de un despido no puede determinar per se la restitución de los días no disfrutados. En efecto, cuando antes destacamos el alcance restitutorio de la declaración de nulidad a los salarios de tramitación, se justificaba de forma clara por el perjuicio sufrido por un trabajador al no haber respetado el empresario los términos del pacto contractual y privarle de las prestaciones a que tenía derecho. Y en cuanto a las vacaciones, 'protegidas' en el artículo 38 ET , se ha de recordar que, en principio, éste artículo prescribe que el período de vacaciones retribuidas no es sustituible de ser compensado económicamente; en este sentido, como valora la sentencia nº 2601/2007, de once de septiembre, dictada por el TSJ de Andalucía, dicho artículo <...Da cumplimiento, así, al contenido del art. 12 del Convenio núm.

132 OIT, en cuya virtud, "Los acuerdos por los que se renuncie al derecho a las vacaciones anuales prescritas como mínimo en el párrafo 3 del art. 3 del presente Convenio o por los que se renuncie a tales vacaciones a cambio de una indemnización o de otro modo, serán nulos y si efectos o prohibidos, según sea apropiado a las condiciones nacionales". Igual de rotundas son las normas internacionales sobre la materia, en particular, el artículo 7.2 de la Directiva 93/104 /CE , al imponer que el período mínimo de vacaciones anuales retribuidas "no podrá ser sustituido por una compensación financiera". La justificación de esta prohibición no resulta difícil de entender. Estando destinadas las vacaciones a proporcionar un período de descanso y libre disposición del tiempo, su permuta por cualquier otro concepto supondría atacar la propia finalidad del instituto; se diría más, conduciría a su propia eliminación. Por tanto, no se trata sólo de prohibición para recibir una suma en metálico a cambio del descanso, sino más genéricamente, de impedir que el mismo sea compensado con ventajas económicas. En efecto, ya en unificación de doctrina, se ha fundamentado que siendo la finalidad de las vacaciones el procurar al trabajador el reposo necesario para que pudiera recuperarse del desgaste fisiológico producido por su actividad laboral así como un tiempo de esparcimiento o desalienación, su ejercicio "lleva consigo su disfrute específico... Tanto es así, que o se disfruta el descanso en sentido propio o no hay nada, porque las vacaciones "no tienen por objeto una finalidad retributiva económica, sino que, al igual que los demás descansos, constituyen obligada respuesta al natural y transitorio desgaste que el trabajo produce, con el fin de obtener la recuperación física y psíquica del trabajador" (STSJ Galicia 15 febrero 2001 AS 2001, 116). A la postre, no se trata de otra cosa que garantizar el descanso vacacional "in natura"...>; ahora bien, matiza, no obstante que, <...Es cierto que caben excepciones a la prohibición de compensación. Aunque el ET, siguiendo la tónica de la LRL, silencia toda posible excepción al principio de la prohibición de la compensación sobre vacaciones, no existe más remedio que admitir como inevitable la que se presenta en el caso de quien haya dejado de prestar sus servicios sin haber disfrutado de toda la vacación consolidada; así se dispone en el art.. 7.2 de la Directiva 93/104 /CE , aludiendo como excepción a aquella limitación "la conclusión de la relación laboral"...>;

Una cuestión similar a la planteada en la presente litis se tuvo que resolver en la STSJ de Madrid nº rec. 1931/2013, de 27 mayo 2014 , en la cual, si bien relativo a un despido por causas objetivas y el eventual reintegro de vacaciones, mantuvo que <...a) El derecho a las vacaciones anuales, apuntado por el artículo 40.2 de la Constitución y regulado por el artículo 38 del Estatuto de los Trabajadores , normas paccionadas en su caso aplicables y por el Convenio núm. 132 de la O.I.T.... atiende a la finalidad de procurar al trabajador el reposo necesario para que pueda recuperarse del desgaste fisiológico producido por su actividad laboral, así como un tiempo de esparcimiento o desalienación. Es, por tanto, presupuesto necesario para el disfrute de tal derecho la previa prestación de servicios, alcanzando aquel su total dimensión temporal cuando estos se hubieran desarrollado durante todo el año anterior, con disminución proporcional en otro caso. b) La finalidad que es propia del mencionado derecho lleva consigo que su disfrute específico no pueda sustituirse por compensación económica, salvo en supuestos en que el contrato de trabajo se hubiera extinguido con anterioridad a la fecha fijada para el periodo vacacional, generándose en tal caso derecho a la correspondiente compensación, proporcional al tiempo de prestación de servicios en el año de referencia.". Es patente entonces que durante el tiempo en el que el trabajador percibió los salarios de tramitación no se desplegó actividad laboral alguna, desde el momento en que el vínculo laboral estaba quebrado desde la fecha del despido, si bien a través de los salarios de tramitación se le indemnizó por el perjuicio sufrido y derivado de la improcedencia de tal acto extintivo, junto con lo indemnización legalmente prevista para ello en el artículo 56 ET , lo que determina que el tiempo de trabajo acumulable a efectos del devengo del derecho a vacaciones o a su abono en metálico concluye con el despido, solución que no se opone a lo establecido en el artículo 4.1 y 5 del Convenio 132 OIT, puesto que todas las previsiones de los preceptos citados parten de la existencia de un tiempo de trabajo preexistente al cese o terminación de la relación de trabajo. Por ello el número 4 del artículo 5 de ese Convenio dice que "En las condiciones que en cada país se determinen... 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". El despido y el tiempo de abono de salarios de tramitación que le siguen no puede equipararse a una ausencia al trabajo por motivos independientes a la voluntad del trabajador, porque, como se ha dicho reiteradamente, la relación de trabajo se extinguió y ese acto declarado improcedente determinó el pago de la indemnización de 45 días por año de antigüedad más los salarios de tramitación, y por ello no se puede equiparar a estos efectos a tiempo real de trabajo que exija el descanso vacacional correlativo.>

La anterior STJS citada pone de relieve que incluso a la hora de enfocar y considerar las vacaciones, mínimo de derecho necesario, no se puede prescindir de su naturaleza y esencia, esto es, de su por qué y para

qué. En efecto, si las mismas tienen por objeto procurar al trabajador el reposo necesario para que pudiera recuperarse del desgaste fisiológico producido por su actividad laboral así como un tiempo de esparcimiento o desalienación, es claro que cuando el trabajador está bajo los efectos del despido, sea cual sea la naturaleza de éste, dispone de tiempo para su esparcimiento y alineación, no teniendo reposo que necesitar cuanto menos derivado de un trabajo que no presta. No puede confundirse el hecho de que las vacaciones no disfrutadas en un año -y a salvo de lo que se contenga en la normativa convencional aplicable- puedan generar un derecho a percibir la traducción económica de derecho no disfrutado, con el hecho de que a consecuencia de un despido no hayan podido disfrutarse de vacaciones, pues lo relevante al fin y al cabo es que exista un trabajo que determine la indiscutible necesidad de vacaciones, siendo que su falta de descanso por causas no imputables al trabajador - pese a haber trabajado- genera a aquel un derecho a su compensación económica por ser ya obvio inviable disfrutarlas en el año natural o periodo considerado ya vencido. Lo relevante a estos efectos es que exista un periodo trabajado necesitado de descanso, a salvo de situaciones expresamente previstas como la de incapacidad temporal ex artículo 38.3 ET, pues, como se explica en la ya citada STSJ de Andalucía nº 2601/2007, de once de septiembre, <...Extinguida la relación laboral, nace a favor del trabajador un derecho de crédito por la cuantía de la retribución de los días de vacaciones devengados por la prestación de servicios. Esto es así porque lo que es objeto de compensación económica es la retribución vacacional generada en el transcurso del año. Dicho de otra forma, no es que el derecho a vacaciones desaparezca y genere su extinción un derecho patrimonial, de naturaleza distinta, sino que la compensación económica nace del trabajo prestado, no de las vacaciones no disfrutadas; no ha de olvidarse que descanso y retribución son los dos elementos configuradores del instituto vacacional que se devengan a un mismo tiempo.>

Vemos cómo, en la línea de lo que venimos apuntado en esta resolución, es la existencia de la prestación de servicios lo que genera un derecho a cambio, y solo en los supuestos en los que dicha prestación no pueda tener lugar por un despido luego declarado nulo es cuando la ley concede automáticamente unos efectos, concretamente, el abono de los salarios de tramitación. A partir de ahí, el eventual perjuicio por la falta de disfrute de un derecho va ligado inexorablemente a una prestación de servicios efectiva que no ha tenido su contrapartida, como por ejemplo la falta de disfrute de vacaciones, disfrute que solo podrá exigirse en tanto que se acredite haber realizado trabajo efectivo puesto que la causa que motiva el disfrute de las vacaciones es el trabajo realizado. De lo anterior se desprende que al respecto de los días de libre disposición, que no gozan de la protección reforzada que tienen las vacaciones, no cabe sino mantener la misma postura, esto es, su eventual disfrute va ligado necesariamente, caso de concederse convencionalmente, a una previa prestación de servicios. No obstante, y aunque la actora sostenga en el Hecho Décimo de su demanda que la situación de IT es equivalente a la situación actual -entendemos la situación producida por un despido nulo-, no podemos compartirlo, no ya porque se trata de situaciones de hecho distintas, sino porque el ya citado artículo 38.3 ET, último párrafo, recoge y atiende expresamente a esa contingencia al disponer que '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'.

En el artículo 19 del Convenio, en el que se establecen diez días de licencia al año no recuperables y se matiza que no podrá acumularse al periodo de vacaciones anuales, se admite no obstante que 'Cuando por razones de servicio no se disfrute del mencionado permiso a lo largo del año, podrá concederse durante el mes de enero siguiente, pudiendo establecerse los turnos correspondientes'. En el Convenio aplicable no hay una previsión específica al respecto de la cuestión planteada en la presente litis, y la regulación convencional no permite efectuar una interpretación con el sentido y alcance pretendido por la trabajadora actuante. En el Convenio se regulan otros permisos o licencias, permisos retribuidos -artículo 20-, licencias con sueldo parcial y sin sueldo -artículo 21-; existiendo estos permisos, además de las vacaciones, de seguir la interpretación mantenida por la actora se tendría derecho a disfrutar en el presente, acumulándolos a los del año en curso, de todos aquellos permisos que eventualmente se pudieron disfrutar en el periodo en que estuvo bajo los efectos del despido. No puede resolverse la presente controversia sin atender a la naturaleza de los días de libre disposición. En la medida en que éste derecho, no solo no está reconocido en sede legal, sino que no tiene una finalidad tan primaria o esencial como las vacaciones o, cuanto menos y en menor medida, como el resto de las licencias o permisos recogidos en el artículo 37 ET, debía existir un reconocimiento expreso en sede convencional o la acreditación de unos daños y perjuicios efectivos como para provocar la consecuencia interesada en orden a su

restitución. Ni está previsto en el Convenio ni la actora ha acreditado haber sufrido perjuicios por su falta de disfrute en la medida en que ha podido atender las necesidades o satisfacciones que, de haber existido prestación de servicios efectiva, le hubieren llevado a solicitar los días de permiso. Los días de permiso ex artículo 19 del Convenio no son acumulables ni se integran en el patrimonio del trabajador de modo que éste tenga soberana disposición para elegir el modo y fecha de su disfrute, sino que además tienen fijado convencionalmente un espacio temporal para su disfrute y un condicionamiento para su concesión, pues '..tampoco podrá concederse cuando por acumulación de peticiones para un solo periodo de tiempo y servicio sea necesario establecer turnos..'

Las consideraciones antedichas conducen a la desestimación de la demanda al no haber acreditado la actora la concurrencia de un supuesto de hecho que legitimaría la concesión de la consecuencia jurídica interesada en la demanda rectora de las presentes actuaciones.»

Frente a este pronunciamiento se alza la actora denunciando la vulneración del artículo 24 de la Constitución Española en relación con el artículo 16 y 19 del Convenio, el 55.6 del Estatuto de los Trabajadores y 179 y 183 de la Ley 35/2011, alegando que "los días de asuntos de libre disposición no los ha disfrutado por una actuación vulneradora de sus derechos fundamentales" y existe la posibilidad de "compensarles" (sic) sin necesidad de indemnizarlos al haberse repuesto a la trabajadora en su puesto de trabajo sin que "pueda verse perjudicada la actora y por ende beneficiado el Ayuntamiento, vulnerador de derechos fundamentales".

El motivo debe rechazarse en cuanto lo que se pretende es sencillamente ampliar la indemnización por el despido nulo de manera duplicativa y, por ello, sin base material alguna. La indemnización por nulidad del despido ha consistido en la readmisión obligatoria con abono de todos los salarios devengados desde el despido.

No ha resultado beneficiado en absoluto el Ayuntamiento, que ha abonado más de dos años de salarios a la actora sin recibir la contraprestación laboral de ésta, y ha resultado obviamente beneficiada la actora que ha sido indemnizada con más de dos años de salarios con la correspondiente cotización manteniendo además el puesto de trabajo. El derecho que se reclama, como derecho al descanso, es un derecho recíproco al trabajo previo. Compensa una actividad laboral que aquí no ha existido y no es desde luego índice de insuficiencia indemnizatoria de la infracción de derechos fundamentales en cuanto se ha abonado por el Ayuntamiento una compensación (módulo indemnizatorio) no de diez días o veinte de exención de acudir al trabajo licencia no recuperable sino, como se ha dicho, más de dos años equivalentes a una licencia no recuperable.

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la Letrada Dña. MARIA EUGENIA BLANCO RODRIGUEZ, en nombre y representación de Dña. Elena, contra la sentencia de fecha 23/02/2016 dictada por el Juzgado de lo Social nº 04 de Madrid en sus autos número Procedimiento Ordinario 1251/2015, y en consecuencia, debemos confirmar y confirmamos en su integridad la sentencia de instancia. Sin hacer expresa declaración de condena en costas.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta Sección de Sala.

Expídanse certificaciones de esta sentencia para su unión a la pieza separada o rollo de suplicación, que se archivará en este Tribunal, y a los autos principales.

Notifíquese la presente sentencia a las partes y a la Fiscalía de este Tribunal Superior de Justicia.

MODO DE IMPUGNACIÓN : Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación para la unificación de doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de DIEZ DÍAS hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia. Siendo requisito necesario que en dicho plazo se nombre al letrado que ha de interponerlo. Igualmente será requisito necesario que el recurrente que no tenga la condición de trabajador, causahabiente suyo o beneficiario del Régimen Público de la Seguridad Social o no gozare del derecho de asistencia jurídica gratuita, acredite ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso haber depositado 600 euros, conforme al artículo 229 de la LRJS, y consignado el importe de la condena cuando proceda, presentando resguardos acreditativos de haber efectuado ambos ingresos, separadamente en la cuenta corriente nº 2828-0000-00-0374-16 que esta sección tiene abierta en BANCO DE SANTANDER sita en PS. del General Martínez Campos, 35; 28010 Madrid, pudiendo en su caso sustituir la consignación de la condena en metálico por el

aseguramiento de la misma mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito (art.230.1 L.R.J.S).

Se puede realizar el ingreso por transferencia bancaria desde una cuenta corriente abierta en cualquier entidad bancaria distinta de BANCO DE SANTANDER. Para ello ha de seguir todos los pasos siguientes:

Emitir la transferencia a la cuenta bancaria siguiente: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274. En el campo ordenante, se indicará como mínimo el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y si es posible, el nif /cif de la misma. En el campo beneficiario, se identificará al juzgado o tribunal que ordena el ingreso. En el campo "observaciones o concepto de la transferencia", se consignarán los 16 dígitos que corresponden al procedimiento 2828-0000-00-0374-16.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia, devuélvanse los autos originales al Juzgado de lo Social de su procedencia, dejando de ello debida nota en los Libros de esta Sección de Sala.

Así, por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN

Publicada y leída fue la anterior sentencia en el día 21/12/2016 por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado-Ponente en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.

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.