

**BASE DE DATOS DE Norma DEF.-****TRIBUNAL SUPREMO***Sentencia 15/2021, de 13 de enero de 2021**Sala de lo Social**Rec. n.º 104/2019***SUMARIO:**

**Vacaciones. Calendario fijado por la empresa (tras finalizar el periodo de consultas sin acuerdo con la representación legal de los trabajadores -RLT- ex. art. 41 ET) que no respeta lo previsto en el convenio colectivo sectorial de aplicación, pero que se ajusta, sin embargo, a las peticiones efectuadas a título individual por la gran mayoría de los trabajadores, sin causar perjuicio a quienes voluntariamente hayan querido someterse al calendario fijado en el convenio colectivo.** Solo los cambios en las condiciones de trabajo que tengan carácter sustancial quedan sometidos al procedimiento previsto en el artículo 41 del ET. Sin embargo, todas las alteraciones de las condiciones de trabajo previstas por el convenio, sean sustanciales o no, deben quedar sometidas al descuelgue, de manera que la modificación de las condiciones de trabajo establecidas en los convenios colectivos deberá realizarse conforme a lo establecido en el artículo 82.3 del ET, teniendo en cuenta que la decisión de modificación de condiciones de trabajo puede imponerla finalmente la empresa, en defecto de acuerdo con la RLT, mientras que la inaplicación de condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo no puede llevarse a efecto de forma unilateral por el empresario: es necesario el pacto o el laudo sustitutivo. La posibilidad de acogerse al descuelgue no permite en modo alguno la inaplicación unilateral del convenio, debiendo en todo caso agotarse el procedimiento legalmente establecido para alcanzar ese resultado. Así, de no alcanzarse acuerdo con la RLT legitimada, solo el agotamiento de las vías que el texto legal abre -como acudir a la comisión paritaria del convenio, a los procedimientos del art. 83 del ET en su caso, y, finalmente, a la correspondiente Comisión consultiva de convenios- pueden acabar por permitir a la empresa el apartamiento de la cláusula convencional controvertida, descartándose la adopción de medidas de descuelgue de forma unilateral. Y entre las materias que deben considerarse dentro de las previsiones del artículo 82.3 del ET, ninguna duda cabe que ha de incluirse el régimen de disfrute de las vacaciones. En el caso analizado, la empresa pretende dar prevalencia a los acuerdos individuales en masa sobre la negociación colectiva, lo que significaría una infracción del derecho de libertad sindical en su manifestación de derecho a la negociación colectiva, en tanto que supone la promoción de pactos individuales en masa con la finalidad de eludir la insoslayable negociación colectiva que el artículo 82.3 del ET exige como condición indispensable para que la empresa pueda dejar de aplicar cualquiera de las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo, supuesto en el que ni tan siquiera se concede al empresario la posibilidad de imponer unilateralmente la medida sobre la que no ha conseguido alcanzar un acuerdo con la RLT durante el periodo de consultas. El hecho de que tales acuerdos no hayan estado viciados en su manifestación de voluntad individual no puede en ningún caso ser justificación para negar otro ámbito de actuación como el que ostentan y tiene legalmente reconocida la RLT a la que ahora se le ha privado de actuar en defensa de los intereses colectivos de los trabajadores que representan.

**PRECEPTOS:**

RDLeg. 2/2015 (TRET), arts. 3.5, 38.2, 41 y 82.3.

Resolución de 28 de enero de 2016 (Convenio Colectivo de Minoristas de Alimentación del Principado de Asturias para los años 2015-2017), art. 8.

**PONENTE:***Don Sebastián Moralo Gallego.***CASACION núm.: 104/2019**

Ponente: Excmo. Sr. D. Sebastián Moralo Gallego

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Santiago Rivera Jiménez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

## SENTENCIA

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D<sup>a</sup>. Rosa María Virolés Piñol  
D. Antonio V. Sempere Navarro  
D. Sebastián Moralo Gallego  
D<sup>a</sup>. Concepción Rosario Ureste García  
D. Ricardo Bodas Martín

En Madrid, a 13 de enero de 2021.

Esta Sala ha visto el recurso de casación interpuesto por la letrada D.<sup>a</sup> Eugenia Menéndez Blanco, en nombre y representación de la mercantil Hijos de Luis Rodríguez, S.A., contra la sentencia dictada el 22 de marzo de 2019 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, en procedimiento de conflicto colectivo núm. 5/2019 en materia de vacaciones, seguido a instancia del sindicato CCOO de Asturias, en el que ha actuado como coadyuvante el sindicato UGT, contra Hijos de Luis Rodríguez, S.A.(Más y Más).

Han sido partes recurridas el sindicato CCOO de Asturias, representado y defendido por la letrada D.<sup>a</sup> Nuria Fernández Martínez, y el sindicato Unión General de Trabajadores, representado y defendido por el letrado D. Marcelino Suárez Baró.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Sebastián Moralo Gallego.

## ANTECEDENTES DE HECHO

### Primero.

La representación del sindicato CCOO presentó demanda por procedimiento de conflicto colectivo en materia de vacaciones, registrada con el núm. 5/2019, de la que conoció la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias. En el correspondiente escrito, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho, terminaban suplicando se dictara sentencia: "por la que, estimando la presente demanda, declare nulo el calendario vacacional 2019 de la empresa demandada por las razones expuestas, y reconozca el derecho de la plantilla a seguir rigiéndose en esta materia por lo establecido en el convenio colectivo, y a continuar distribuyendo las vacaciones en dos periodos siendo el de verano de 18 días y de junio a septiembre, o bien de 20 días de mayo a septiembre, que deberán disfrutarse de manera continuada condenado a la empresa a estar y pasar por tal declaración y a adoptar las medidas necesarias para la efectividad de lo acordado".

### Segundo.

Admitidas a trámite la demanda, se celebró el acto del juicio. Seguidamente, se recibió el pleito a prueba, practicándose las propuestas por las partes y, tras formular éstas sus conclusiones definitivas, quedaron los autos conclusos para sentencia.

### Tercero.

Con fecha 22 de marzo de 2019 se dictó sentencia por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, en la que consta el siguiente fallo: "Que estimando la demanda de conflicto colectivo formulada por el sindicato CC.OO Asturias frente a la empresa HIJOS DE LUIS RODRÍGUEZ SA, con nombre comercial MAS Y MAS, procedimiento en el que ha actuado como coadyuvante el sindicato UGT, declaramos nulo el calendario vacacional 2019 de la empresa demandada, reconociendo el derecho de la plantilla a seguir rigiéndose en esta materia por lo establecido en el convenio colectivo, y a continuar distribuyendo las vacaciones en dos periodos siendo el de verano de 18 días de junio a septiembre, o bien 20 días de mayo a septiembre, que deberán disfrutarse de manera continuada, condenando a la empresa a estar y pasar por tal declaración y a adoptar las medidas necesarias para su efectividad".

**Cuarto.**

En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos:

1º.- La empresa demandada, que gira con el nombre de Más y Más, se dedica al sector de alimentación y dispone en Asturias de 56 centros de trabajo, donde prestan servicios unos 1.259 trabajadores, todos ellos sujetos al Convenio Colectivo de Minoristas de Alimentación del Principado de Asturias, publicado en el BOPA el 10 de febrero de 2016. La representación de los trabajadores se ejerce por un comité de 23 delegados de la que 9 fueron elegidos por UGT, 8 por CC.OO y 6 por USO.

2º.- El Art. 8 del Convenio, regulador de las vacaciones, dispone que "todos los trabajadores tendrán derecho a 30 días naturales de vacaciones de los que 18 deberán disfrutarse de manera continuada y dentro de los meses de junio a septiembre (ambos inclusive) o bien 20 días dentro de los meses de mayo a septiembre (ambos inclusive), a elección del trabajador.

3º.- La demandada no ha aplicado nunca la regla establecida en el Convenio. La práctica habitual, pacíficamente aceptada por los trabajadores, era que el disfrute de las vacaciones se hiciera en dos periodos: 13 días en invierno y 17 en verano, entre los meses de mayo a septiembre, realizando turnos rotatorios anuales.

4º.- En el mes de septiembre de 2017, el comité de empresa reclamó excluir del periodo de vacaciones de verano el mes de mayo y cumplir con el Convenio Colectivo. En el curso de las negociaciones, la empresa propuso que los periodos de vacaciones fueran de 15 días, manteniendo el mes de mayo en el periodo de vacaciones de verano, y ofreció la posibilidad de establecer rotaciones distintas de las vacaciones, con el fin de evitar que un mismo trabajador pudiera verse afectado durante años sucesivos por periodo poco atractivos. En reunión de 14 de noviembre de 2017 se decidió someter la propuesta a sondeo de los trabajadores. El sondeo llevado a cabo dio como resultado, sobre 1.071 trabajadores, 689 votos a favor y 298 en contra de la propuesta. Al mostrar su disconformidad los representantes de los trabajadores, por seguir incluido el mes de mayo en el periodo vacacional de verano, la empresa hizo una nueva propuesta: 15 días de disfrute de junio a septiembre, ambos incluidos, con un sistema de rotaciones para el año 2019, que también fue sometido a sondeo. La respuesta de la plantilla fue de apoyo a la propuesta en un 76%, por lo que en el año 2018 la distribución fue de 15 días en verano (de junio a septiembre) y 15 días en invierno.

5º.- El 5 de noviembre de 2018 la empresa se reunió con el comité para plantear posibles opciones de disfrute de las vacaciones 2019, recordando que las quincenas disfrutadas en el 2018 era una primera opción, pero que desean aportar más opciones buscando acuerdo y consensuarlo con el comité. "UGT y CC.OO deciden que no quieren escuchar propuestas verbales y que las solicita por escrito al ser esto un descuelgue del Convenio".

6º.- El día 8 de noviembre de 2018, la empresa comunica formalmente el inicio de un periodo de consultas con los representantes de los trabajadores, al amparo del Art. 41.4 del ET, con la finalidad de negociar y llegar a un acuerdo en la fijación del calendario de vacaciones para el año 2019.

7º.- Se celebraron reuniones los días 13, 20 y 28 de noviembre de 2018. En la primera reunión la empresa expuso que "la no aplicación del régimen del Convenio Colectivo no obedece a un tema propiamente económico sino a ventajas que se derivan de la sostenibilidad del empleo", explicando que para mantener el empleo durante todo el año de los 180 trabajadores de estructura destinados a cubrir vacaciones de los trabajadores de tiendas, "es preciso destinar ocho quincenas a vacaciones de verano y otras ocho a vacaciones de invierno, de esta manera se les garantiza ocho meses de trabajo. A ello se suma la necesidad habitual de incremento de personal durante los meses de octubre y diciembre por incremento de ventas. Los dos meses restantes estos trabajadores cubran días compensatorios, aperturas en festivos y disfrutan de sus propias vacaciones". Hizo tres propuestas: 15 días en verano (de junio a septiembre) y 15 en invierno; 16 días en verano (de junio al 8 de octubre) y 14 en invierno; 17 días en verano (de mayo a septiembre) y 13 en invierno.

8º.- Durante las reuniones celebradas, cuyas actas se dan por reproducidas, UGT y CC.OO manifestaron reiteradamente que las propuestas empresariales no cumplen con el Convenio Colectivo y que el procedimiento a seguir ha de ser el de descuelgue de Convenio Colectivo. USO descartó la propuesta de 17 días de vacaciones en verano y 13 en invierno, por estar incluido el mes de mayo como periodo vacacional de verano, y propuso 31 días de vacaciones, 16 en verano y 15 en invierno. Por parte de la empresa se negó que el procedimiento a seguir sea el de descuelgue de Convenio, pues desde hace más de 20 años viene negociando y acordando con el comité de empresa los periodos de disfrute de vacaciones, sin que sea necesaria la tramitación de un procedimiento de descuelgue, a lo que UGT y CC.OO contestaron que nunca se ha negociado y acordado periodos de disfrute de vacaciones fuera del Convenio Colectivo, insistiendo en que una negociación de esa naturaleza es posible pero en el marco de una inaplicación del Convenio. La empresa propuso entonces efectuar una consulta vinculante a la totalidad de los trabajadores de tiendas para que votaran las propuestas, manifestando el comité que era el único legitimado para consultar y negociar por parte de los trabajadores, ya que es el órgano representativo del conjunto de trabajadores en la empresa. Ante la imposibilidad de llegar a un acuerdo, la empresa se comprometió a colgar en todos los tablones de los puntos de venta el 30 de noviembre el plan de vacaciones 2019 (18 días de verano y 12 de invierno), el calendario laboral y los 9 días festivos aperturables en el 2019.

9º.- El 29 de noviembre de 2018, la empresa se reunió con todas las encargadas de tiendas, para hacerles entrega del calendario de vacaciones, de 18 días de verano y 12 de invierno, y que procedieran a colgarlo en el tablón de anuncios de personal. Les dio traslado también de las actas firmadas en el periodo de consultas, para que hicieran llegar dicha información a sus equipos. Finalizada la reunión, las encargadas solicitaron permanecer en el local para comentar entre ellas la información recibida. Ninguna estaba de acuerdo con el plan de 18 días en verano y 12 en invierno, al no ser el que se había votado el año anterior y suponer la pérdida de las rotaciones establecidas, por lo que decidieron por unanimidad plantear a la empresa y a los trabajadores la posibilidad de que las vacaciones fueran de 17 días de verano y 13 de invierno, tal y como había propuesto USO en el periodo de consultas, por considerar que era la propuesta más favorable. La empresa contestó que valoraría la propuesta, en función del número de solicitudes, y casi mil trabajadores solicitaron por escrito e individualmente disfrutar de 16 días de vacaciones en verano y 15 en invierno, con el sistema de rotación establecido en el año anterior, tras ser informados por las encargadas, en reuniones celebradas en cada uno de los centros, durante la jornada laboral, de lo ocurrido en el periodo de consultas y de las alternativas que proponían. Toda esta actuación se llevó a cabo al margen del comité de empresa.

10º.- El calendario de vacaciones 2019 de la empresa tiene dos modalidades de disfrute: 1º- 31 días de vacaciones, 16 de verano y 15 de invierno de aplicación a los trabajadores que lo hayan solicitado expresamente, que se encuentra en las oficinas y 2º- 30 días de vacaciones, 18 en verano, conforme al Convenio Colectivo, de aplicación al resto de los trabajadores, que se encuentra colgado en los tabloneros de anuncios de las tiendas.

11º.- En reunión celebrado con la empresa en enero de 2019, el comité de empresa exigió "una explicación de por qué está circulando un calendario vacacional que no cumple lo establecido en el artículo 8 del Convenio Colectivo de Minoristas de Alimentación del Principado de Asturias máxime cuando no se ha negociado con el comité de empresa la fijación del periodo o periodos de disfrute de vacaciones de acuerdo con este mismo artículo y el artículo 38 del Estatuto de los Trabajadores", señalando que el calendario circulante del 15/16 es nulo. La empresa manifestó que "hasta la fecha ha habido 966 solicitudes individuales de vacaciones por parte de trabajadores de 15 días en invierno y 16 días en verano y a posteriori, conforme se iban aceptando por la empresa las vacaciones solicitadas por los trabajadores se elaboraron los cuadrantes de vacaciones en las tiendas. La empresa entiende que los acuerdos individuales con los trabajadores sobre las fechas de disfrute de las vacaciones no vulneran derecho laboral alguno, legal o convencional; de hecho, varios miembros del comité de empresa han solicitado 31 días de vacaciones, conforme a los indicados periodos".

12º.- El acto de mediación celebrado ante el SACEC el día 21 de febrero de 2019, a solicitud de CC.OO y UGT, finalizó con el resultado de sin avenencia".

#### **Quinto.**

1.- En el recurso de casación formalizado por la mercantil demandada se consignan los siguientes motivos:

Único.

Al amparo del artículo 207 e) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, por infracción de los artículos 8 del Convenio Colectivo de Minoristas de Alimentación de Asturias y 3.1.b), 38.2 y 82.3 ET.

2.- El recurso fue impugnado conjuntamente por los sindicatos CCOO y UGT.

#### **Sexto.**

Recibidas las actuaciones de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, y admitido el recurso de casación, se dio traslado por diez días al Ministerio Fiscal, que emitió informe en el sentido de considerar que el presente recurso resulta improcedente.

Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose el día 12 de enero 2021 para la deliberación y votación, fecha en que tuvo lugar.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

#### **Primero.**

1.- La cuestión a resolver es la de determinar si resulta ajustado a derecho el calendario de vacaciones para el año 2019 fijado por la empresa, tras finalizar el periodo de consultas sin alcanzar un acuerdo a tal efecto con la representación legal de los trabajadores, que no respeta lo previsto en el Convenio Colectivo sectorial de

aplicación, pero que se ajusta sin embargo a las peticiones efectuadas a título individual por la gran mayoría de los trabajadores, así como por la totalidad de las encargadas de sus diferentes centros de trabajo.

La sentencia recurrida es la dictada en instancia por la Sala de lo Social del TSJ de Asturias de 22 de marzo de 2019, que acoge la demanda de conflicto colectivo formulada por el sindicato accionante y declara nulo dicho calendario, reconociendo el derecho de la plantilla a seguir rigiéndose en esta materia por lo establecido en el convenio colectivo, y a continuar distribuyendo las vacaciones en dos periodos, siendo el de verano de 18 días de junio a septiembre, o bien 20 días de mayo a septiembre, que deberán disfrutarse de manera continuada, condenando a la empresa a estar y pasar por tal declaración y a adoptar las medidas necesarias para su efectividad.

**2.-** La empresa articula su recurso de casación en un único motivo al amparo del art. 207 letra e) LRJS, denunciando infracción del art. 8 del Convenio Colectivo de Minoristas de Alimentación de Asturias, en relación con los artículos 3.1 b), 38.2 y 82.3 ET.

Explica la recurrente que su actuación se ha limitado a publicar el calendario de vacaciones de 2019 conforme a los periodos fijados en dicho Convenio Colectivo, para acceder posteriormente a las peticiones individuales efectuadas por un total de 997 trabajadores -de los 1256 empleados de tiendas-, que solicitaron disfrutar de las vacaciones en periodos diferentes a los estipulados en el Convenio Colectivo.

Sostiene que la fijación del periodo vacacional no afecta a derechos individuales de carácter necesario, por lo que no contraviene lo dispuesto en el art. 3.5 ET por el hecho de que hubiere accedido a la petición de la mayor parte de la plantilla para modificar las fechas fijadas para las vacaciones en el convenio colectivo.

## **Segundo.**

**1.-** La resolución del recurso exige partir de lo que dispone el art. 8 del Convenio Colectivo en esta materia: "todos los trabajadores tendrán derecho a 30 días naturales de vacaciones de los que 18 deberán disfrutarse de manera continuada y dentro de los meses de junio a septiembre (ambos inclusive) o bien 20 días dentro de los meses de mayo a septiembre (ambos inclusive), a elección del trabajador".

Tal y como establecen los hechos probados, la empresa no ha aplicado nunca esa regla del Convenio, sino que la práctica habitual, pacíficamente aceptada por los trabajadores, era que el disfrute de las vacaciones se hiciera en dos periodos: 13 días en invierno y 17 en verano, entre los meses de mayo a septiembre, realizando turnos rotatorios anuales.

En esas circunstancias, el Comité de Empresa solicitó, en el mes de septiembre de 2017, excluir del periodo de vacaciones de verano el mes de mayo y cumplir con el Convenio Colectivo.

Se iniciaron negociaciones al respecto que finalizaron sin acuerdo. Se efectuó posteriormente un sondeo entre todos los trabajadores de la empresa, y para el año 2018 la distribución fue de 15 días en verano (de junio a septiembre) y 15 días en invierno.

De cara al periodo vacacional para 2019, la empresa comunica formalmente el inicio de un periodo de consultas al amparo del art. 41.4 ET, con la finalidad de negociar el calendario de vacaciones para esa anualidad. Se celebran diferentes reuniones a tal efecto, en las que los representantes legales de los trabajadores reiteran que la propuesta de la empresa no respeta lo previsto en el Convenio Colectivo, y supone un descuelgue de lo pactado en el mismo.

El periodo de consultas finaliza sin acuerdo, tras lo que la empresa se reúne con todas las encargadas de las diferentes tiendas para hacerles entrega del calendario de vacaciones, de 18 días de verano y 12 de invierno. Las encargadas acuerdan por unanimidad solicitar un calendario de 17 días de verano y 13 de invierno, por considerar que era la propuesta más favorable.

Casi mil trabajadores solicitaron individualmente 16 días de vacaciones en verano y 15 en invierno.

Finalmente, la empresa ha fijado un calendario con dos diferentes modalidades de disfrute: a) de 31 días, con 16 días en verano y 15 en invierno para los trabajadores que así lo han solicitado; b) y de 30 días, con 18 en verano, conforme al convenio colectivo, de aplicación al resto de la plantilla.

**2.-** Estamos de esta forma ante un supuesto en el que la empresa activa el procedimiento del art. 41 ET para negociar con los representantes legales de los trabajadores el calendario de vacaciones para el año 2019, que finaliza sin acuerdo. Tras consultar con las encargadas de los diferentes centros de trabajo, adopta finalmente la decisión de establecer dos distintos sistemas de vacaciones, en función de las peticiones individuales de los trabajadores de la empresa, desoyendo las reiteradas advertencias del comité de empresa que reclama la necesidad de poner en marcha para ello el procedimiento de descuelgue previsto en el art. 82 ET, por cuanto ese sistema supone la inaplicación de lo previsto en el Convenio Colectivo del sector.

Acepta la empresa que el calendario de vacaciones no se acomoda a las previsiones convencionales, pero defiende su legalidad porque se trataría de una cuestión meramente personal y subjetiva, que no contraviene lo dispuesto en el art. 3.5 ET, al no afectar a derechos indisponibles de carácter necesario, y respeta en todo caso las

peticiones individuales de la gran mayoría de los trabajadores, sin causar perjuicio a quienes voluntariamente hayan querido someterse al calendario fijado en el convenio colectivo.

### **Tercero.**

1.- La STS 3/07/2019, rec. 51/2018, compendia perfectamente los criterios jurisprudenciales que rigen en esta materia.

Al igual que en el caso de autos, resuelve un asunto en el que la empresa activa el procedimiento del art. 41 ET, para adoptar una serie de medidas que los representantes legales de los trabajadores consideran que debieron canalizarse a través del procedimiento previsto en el art. 82 ET, por cuanto suponen la inaplicación de lo previsto expresamente en el convenio colectivo estatutario al que se encuentra sometida.

Con cita de las SSTs 17 diciembre 2014 (rec. 24/2014), 23 junio 2015 (rec. 315/2013) y STS 616/2016 de 6 julio (rec. 155/2015), explicamos en dicha sentencia las principales diferencias y semejanzas entre los procedimientos de MSCT previstos en el art. 41 ET, y los de descuelgue del convenio colectivo a los que se refiere el art. 82 ET.

Recordamos que las causas para una y otra son similares, pues en ambos casos se pretende buscar una solución a un problema por el que atraviesa la empresa, y que lista de materias susceptibles de modificación sustancial y de descuelgue son casi coincidentes.

Seguidamente identificamos la principal diferencia -a estos efectos-, entre una y otra situación jurídica, al significar que "Sólo los cambios en las condiciones de trabajo que tengan carácter sustancial quedan sometidos al procedimiento previsto en el art. 41 ET. Sin embargo, todas las alteraciones de las condiciones de trabajo previstas por el convenio, sean sustanciales o no, deben quedar sometidas al descuelgue", de manera que "la modificación de las condiciones de trabajo establecidas en los convenios colectivos deberá realizarse conforme a lo establecido en el artículo 82.3 ET ( art. 41.6 ET)", teniendo en cuenta que la decisión de modificación de condiciones de trabajo, puede imponerla finalmente la empresa, en defecto de acuerdo con la representación legal de los trabajadores, mientras que la inaplicación de condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo "no puede llevarse a efecto de forma unilateral por el empresario: es necesario el pacto o el laudo sustitutivo".

Finalmente concluimos que "La posibilidad de acogerse al descuelgue no permite en modo alguno la inaplicación unilateral del convenio, debiendo en todo caso agotarse el procedimiento legalmente establecido para alcanzar ese resultado. Así, de no alcanzarse acuerdo con la representación de los trabajadores legitimada, solo el agotamiento de las vías que el texto legal abre -como acudir a la comisión paritaria del convenio, a los procedimientos del art. 83 ET en su caso, y, finalmente, a la correspondiente Comisión consultiva de convenios- pueden acabar por permitir a la empresa el apartamiento de la cláusula convencional controvertida, descartándose la adopción de medidas de descuelgue de forma unilateral".

Y entre las materias que deben considerarse dentro de las previsiones del art. 82.3 ET, ninguna duda cabe que ha de incluirse el régimen de disfrute de las vacaciones, pues como decimos en STS 27/5/2013, rec. 90/2012, se trata de una cuestión que afecta al régimen horario y de distribución del tiempo de trabajo, y aunque literalmente no se haga referencia expresa a ello en el art.82.3 ET, " está implícita en los apartados relativos a la jornada de trabajo, horario y distribución del tiempo de trabajo, habida cuenta de que -interpretación sistemática, argumentada con acierto por el recurso- el tratamiento legal, como el doctrinal, de las vacaciones se hace dentro del apartado del "tiempo de trabajo" [sección quinta del capítulo II del ET], que en concreto trata de la jornada [art. 34], horas extraordinarias [art. 35], trabajo nocturno, trabajo a turnos y ritmo de trabajo [art. 36], descanso semanal, fiestas y permisos [art. 37] y vacaciones anuales [art. 38], por lo que nada más lógico que entender implícitamente incluido el descanso anual entre aquellos conceptos expresamente susceptibles de modificación -lógicamente, con respeto a los mínimos de derecho necesario- por singular acuerdo colectivo [jornada de trabajo, horario y distribución del tiempo de trabajo].

A lo que en esa misma sentencia añadimos que carecería de sentido que la misma cuestión -vacacional- no fuese susceptible de acuerdo alguno por el hecho de estar regulada en el convenio colectivo y que sí puedan serlo otras materias de importancia cuando menos similar (jornada de trabajo, horario y retribución), siendo esta interpretación la más ajustada a la finalidad de la norma.

2.- Una vez establecido que la decisión de la empresa sobre el calendario de vacaciones para el año 2019 supone la inaplicación de lo previsto expresamente en el convenio colectivo sobre esta materia, debemos analizar si esa medida, adoptada sin seguir el procedimiento del art. 82.3 ET, puede considerarse conforme a derecho en las concretas y específicas circunstancias del caso de autos, al haber sido individualmente aceptada por la mayor parte de la plantilla de la empresa, que voluntariamente se acoge a la opción ofrecida de separarse de lo establecido en el convenio colectivo.

No estamos por lo tanto en la situación jurídica de puntuales y específicos acuerdos individuales entre la empresa y algún concreto trabajador, para establecer, en su beneficio, un calendario de vacaciones distintos al

determinado en el convenio colectivo, sino ante la descrita medida de carácter colectivo implementada por la empresa al margen de lo previsto en el convenio de aplicación.

Como así decimos en la STS 20/6/2019, rec. 98/2018, con la argumentación de la empresa se está pretendiendo dar prevalencia a los acuerdos individuales en masa sobre la negociación colectiva, lo que significaría una infracción del derecho de libertad sindical es su manifestación de derecho a la negociación colectiva, en tanto que supone la promoción de pactos individuales en masa con la finalidad de eludir la insoslayable negociación colectiva, que el art. 82.3 ET exige como condición indispensable para que la empresa pueda dejar de aplicar cualquiera de las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo.

Tal y como en dicha sentencia explicamos, con cita de la STS de 26 de junio de 2018, rec. 83/2017, "La obligación de seguir un período de consultas en los supuestos de modificación sustancial de condiciones de trabajo, además de una previsión directa que establece el referido apartado 4 del artículo 41 ET, es concreción directa de la previsión general contenida en el artículo 64.5 ET según la que los representantes de los trabajadores tendrán derecho a ser informados y consultados, entre otras cuestiones, sobre todas las decisiones de la empresa que pudieran provocar cambios relevantes en cuanto a la organización del trabajo y a los contratos de trabajo en la empresa, pues no cabe duda de que una modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo constituye un cambio relevante en los contratos de trabajo, máxime si, como es el caso, afecta a una de las condiciones básicas de la relación laboral cual es la prestación salarial". Esto es, la intervención de la representación legal de los trabajadores en determinadas situaciones que afectan a las relaciones laborales es exigible y debe atenderse y cumplirse por la empresa".

Con mayor razón si cabe, esa misma obligación de acudir a la negociación colectiva es absolutamente insoslayable en los supuestos de descuelgue del art. 82.3 ET, en lo que ni tan siquiera se concede al empresario la posibilidad de imponer unilateralmente la medida sobre la que no ha conseguido alcanzar un acuerdo con la representación legal de los trabajadores durante el periodo de consultas.

Y como asimismo decimos en nuestra precitada sentencia, el hecho de que tales acuerdos "no hayan estado viciados en su manifestación de voluntad individual no puede en ningún caso ser justificación para negar otro ámbito de actuación como el que ostentan y tienen legalmente reconocido los representantes legales de los trabajadores a los que ahora se les ha privado de actuar en defensa de los intereses colectivos de los trabajadores que representan".

Recordamos en tal sentido la doctrina del TC, con la que ha venido sosteniendo que "ni la negociación colectiva supone negar virtualidad a la libertad de empresa reconocida en el artículo 38 CE, y por ello, a un ámbito de ejercicio de poderes y facultades para la gestión de la empresa, incluidas medidas referentes a la llamada gestión de personal que afectan al desarrollo del contrato de trabajo, ni la negociación colectiva puede anular la autonomía individual, "pues ésta, garantía de la libertad personal, ha de contar con un margen de actuación incluso en unos ámbitos como los de la empresa en los que exigencias de índole económica, técnica o productiva reclaman una conformación colectiva de condiciones uniformes". Siendo ello así, tampoco es posible obviar que la negociación colectiva está dotada de un marco claro de actuación que debe respetarse".

Tras lo que definitivamente concluimos, que "las previsiones del Convenio Colectivo no pueden verse modificadas por decisiones unilaterales del empresario ni por la autonomía individual, en tanto que ello implica eludir el derecho de negociación colectiva. En ese sentido, como ya recuerda la STS de 29 de abril de 2014, rec. 242/2013, con cita de la STC 238/2005, se dice que "La autonomía individual -o la decisión unilateral de la empresa- no puede proceder a la modificación de las condiciones de trabajo establecidas en un convenio colectivo cuando ello, atendiendo a la trascendencia, importancia y significado de las condiciones laborales afectadas, eluda o soslaye la función negociadora de las organizaciones sindicales o vacíe sustancialmente de contenido efectivo al convenio." y que ".... no es lícito pactar de manera individual y masiva o en pactos colectivos sin carácter normativo, en términos distintos a los establecidos en un convenio colectivo, de modo que suponga desvirtuar sus mandatos, tal y como se ha establecido en la sentencia de esta Sala de 12 de abril de 2010, recurso 139/2009".

#### **Cuarto.**

De conformidad con el Ministerio Fiscal, la aplicación de esta misma doctrina al caso de autos impone la desestimación del recurso de la empresa, para confirmar en sus términos la sentencia de instancia que acertadamente declara la nulidad del calendario vacacional fijado por la empresa para el año 2019. Sin costas por tratarse de un procedimiento de conflicto colectivo, y con pérdida del depósito constituido para recurrir.

### **FALLO**

Por todo lo expuesto,

EN NOMBRE DEL REY

y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

desestimar el recurso de casación interpuesto por la mercantil Hijos de Luis Rodríguez, S.A., contra la sentencia dictada el 22 de marzo de 2019 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, en procedimiento de conflicto colectivo núm. 5/2019 en materia de vacaciones, seguido a instancia del sindicato CCOO de Asturias, en el que ha actuado como coadyuvante el sindicato UGT, contra Hijos de Luis Rodríguez, S.A.(Más y Más), para confirmarla en sus términos y declarar su firmeza. Sin costas y con pérdida del depósito constituido para recurrir.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

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.