



Roj: **STS 1887/2019 - ECLI:ES:TS:2019:1887**

Id Cendoj: **28079140012019100337**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **27/05/2019**

Nº de Recurso: **1518/2017**

Nº de Resolución: **400/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación para la unificación de doctrina**

Ponente: **JESUS GULLON RODRIGUEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ M 1010/2017,**  
**STS 1887/2019**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Social**

#### **Sentencia núm. 400/2019**

Fecha de sentencia: 27/05/2019

Tipo de procedimiento: UNIFICACIÓN DOCTRINA

Número del procedimiento: 1518/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 21/05/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Gullón Rodríguez

Procedencia: T.S.J.MADRID SOCIAL SEC.3

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Margarita Torres Ruiz

Transcrito por: Alp

Nota:

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 1518/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Gullón Rodríguez

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Margarita Torres Ruiz

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Social**

#### **Sentencia núm. 400/2019**

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Jesús Gullón Rodríguez, presidente

D. Fernando Salinas Molina

Dª. María Luisa Segoviano Astaburuaga

D. Sebastián Moralo Gallego



D<sup>a</sup>. María Luz García Paredes

En Madrid, a 27 de mayo de 2019.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la letrada D<sup>a</sup> Elena García García, en nombre y representación de D. Victorino , contra la sentencia de 18 de enero de 2017 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el recurso de suplicación núm. 457/2016 , formulado frente a la sentencia de 23 de febrero de 2016 dictada en autos 1113/2015 por el Juzgado de lo Social núm. 28 de Madrid seguidos a instancia de D. Victorino contra Telefónica de España, S.A. sobre derecho y cantidad.

Ha comparecido ante esta Sala en concepto de parte recurrida, Telefónica de España, SAU representada por la procuradora D<sup>a</sup> Carmen Ortiz Cornago.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Jesús Gullón Rodríguez.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Con fecha 23 de febrero de 2016, el Juzgado de lo Social núm. 28 de Madrid, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: "Que desestimo la demanda de D. Victorino contra Telefónica de España S.A. y absuelvo a la parte demandada de las pretensiones deducidas en su contra".

En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: " **Primero.-** D. Victorino , parte actora en este procedimiento, presta sus servicios para la demandada, en las circunstancias que constan en su demanda, no debatidas en el juicio y que se tienen por reproducidas.- **Segundo.-** El actor como consecuencia de la tramitación de su despido estuvo sin prestar servicios, aunque recibiendo como compensación los salarios dejados de percibir, desde el día 1-2-12 al 4-2-15.- En caso de que le correspondiera la compensación económica de las vacaciones reclamadas en la demanda, ambas partes están de acuerdo en que las cantidades que le corresponderían serían 782'27 euros por los días correspondientes a las vacaciones de 2015 y 3.352'57 euros por las vacaciones de 2014.- **Tercero.-** Consta intento de conciliación administrativa previa".

**SEGUNDO.-** Interpuesto recurso de suplicación contra la anterior resolución, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia Madrid, dictó sentencia con fecha 18 de enero de 2017 , en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que desestimamos el Recurso de Suplicación número 457/2016 formalizado por la letrada DOÑA ELENA GARCÍA GARCÍA en nombre y representación de DON Victorino , contra la sentencia número 60/2016 de fecha 23 de febrero, dictada por el Juzgado de lo Social número 28 de los de Madrid , en sus autos número 1113/2015, seguidos a instancia del recurrente frente a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A., en reclamación de derecho y cantidad y confirmamos la resolución impugnada."

**TERCERO.-** Contra la sentencia dictada en suplicación, se formalizó, por la representación procesal de D. Victorino el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias en Las Palmas de fecha 17 de abril de 2007 , así como la infracción del art. 9 del Convenio 132 OIT , art. 38 ET y 122 de la normativa laboral de Telefónica; art. 56.2 ET , en relación con arts. 7 y 1256 del Código Civil

**CUARTO.-** Por providencia de esta Sala de 15 de diciembre de 2017, se admitió a trámite el presente recurso, dándose traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

**QUINTO.-** Evacuado el trámite de impugnación, se dio traslado al Ministerio Fiscal para informe, dictaminado en el sentido de considerar procedente la desestimación del recurso, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el 21 de mayo de 2019, fecha en que tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La cuestión que ha de resolverse en el presente recurso de casación para la unificación de doctrina consiste en determinar si el trabajador que ha sido despedido de manera improcedente por la empresa y que en su condición de representante unitario de los trabajadores asume la opción ofrecida por la sentencia que así lo declaró en favor de la readmisión, y que es llevada a cabo por la empresa de manera regular abonando además los salarios de tramitación, tiene derecho al disfrute de las vacaciones -o a su compensación en metálico- durante el tiempo con el que se corresponden dichos salarios de tramitación cobrados y referidos al periodo de sustanciación del proceso por despido en el año en que se produce la readmisión y en el anterior.



Para resolver la cuestión así suscitada, conviene recordar los elementos de hecho esenciales que concurren en este caso y que constan en las actuaciones, con arreglo a los que podemos ver lo siguiente:

1. El demandante recibió comunicación escrita de la empresa en virtud de la que se acordaba su cese con efectos de 22 de febrero de 2012, por haber alcanzado la edad de jubilación y estar previsto en el Convenio Colectivo de la demandada tal cese de la actividad por la referida causa.
2. Interpuesta demanda por despido, el Juzgado de lo Social nº 41 de los de Madrid desestimó la misma y dicho fallo fue confirmado por la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 22 de julio de 2013 .
3. Se sustanció recurso de casación para la unificación de doctrina frente a esa sentencia, que fue estimado por la de esta Sala del Tribunal Supremo de fecha 4/02/2015 (rcud. 233/2014 ), aclarada por auto de 9/04/2015 , declarándose la improcedencia del despido y condenándose en consecuencia a la empresa a estar y pasar por tal pronunciamiento, en el que la opción entre el abono de una indemnización allí fijada de 170898 euros, o la readmisión, correspondía al trabajador y los salarios de tramitación se extendían desde la fecha del despido hasta la de notificación de la sentencia.
4. Optó el actor por la readmisión incorporándose a la empresa con efectos de 20 de marzo de 2015, abonándose por ésta los salarios de tramitación fijados en la sentencia del Tribunal Supremo.
5. El 14/05/2015 solicitó el demandante el disfrute de las vacaciones completas correspondientes al año 2014 y también las del año 2015, siéndole concedidas únicamente las que correspondía proporcionalmente al año 2015, esto es, 23 días laborables.
6. Como entendiéndose que le correspondían completas las de los años 2014 (30 días) y 2015 (7 días) planteó demanda para que se dispusiera el disfrute de tales días, y, subsidiariamente, que se le abonase ese tiempo en metálico, fijado por las partes para el caso de que se estimase la demanda en 782,27 euros para 2015 y 3352,57 euros para el año 2014
7. La sentencia del Juzgado de lo Social 28 de los de Madrid, de fecha 23 de febrero de 2016 desestimó la demanda.

Recurrida esta última sentencia en suplicación, la Sala de lo Social del TSJ de Madrid, en la de fecha 18/01/2017 que ahora se recurre en casación para la unificación de doctrina, desestimó el recurso y confirmó la decisión de instancia. Para llegar a tal conclusión, la Sala de Madrid se remite a los razonamientos que literalmente transcribe de la STS de 12/06/2012 (rcud. 2484/2011 ).

**SEGUNDO.-** Recurre ahora el trabajador frente a esa decisión de la Sala de Madrid denunciando la infracción del artículo 9 del Convenio 132 de la OIT, del art. 38 y 56.2 ET , en relación con los arts. 7 y 1256 CC ., y el art. 122 de la Normativa Laboral de la empresa demandada, proponiendo como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Canarias, sede de Las Palmas, de fecha 17/04/2007 , en la que, como va a verse enseguida, concurre en relación con la sentencia recurrida la identidad sustancial de hechos, fundamentos y pretensiones que exige el artículo 219 LRJS para la viabilidad del recurso.

En todo caso, debe decirse que, en contra del parecer de la parte recurrida y del Ministerio Fiscal, en el escrito de interposición del recurso se lleva a cabo, aunque de manera dispersa, la necesaria relación precisa y circunstanciada de la contradicción invocada, tal y como exige el art. 224.1 a) LRJS y puede verse del conjunto de los apartados primero, segundo y cuarto del escrito de interposición.

Del mismo modo ha de rechazarse la alegación formulada por la empresa en su escrito de impugnación del recurso, en el sentido de que el recurso carece de la expresión y fundamentación de la infracción legal cometida en la sentencia impugnada, exigida por la letra b) del número 1 del art. 224 LRJS , para lo que basta con leer el contenido del apartado tercero del referido escrito en el que se denuncia y justifica la infracción de las normas antes citadas al comienzo del presente fundamento.

Decíamos que existe una evidente contradicción entre las sentencias comparadas, puesto que en la de contraste también se trata de un despido ocurrido el 30/09/2001 , que concluye con la declaración de improcedencia de éste y la readmisión de la trabajadora, lo que ocurre el 1 de noviembre de 2002, con abono de los salarios de tramitación. Reanudada esa relación de trabajo, solicita la demandante los 25 días de vacaciones no disfrutadas correspondientes a los diez primeros meses del año 2002, incluidos en el periodo de tramitación durante la sustanciación del despido, ante lo que la sentencia de contraste, confirmado la decisión de instancia, decide ratificar la respuesta afirmativa sobre la existencia de tal derecho al disfrute postulado, puesto que la actora no había tenido ocasión de disfrutarlas por causas totalmente ajenas a su voluntad, como era el acto extintivo producido de manera improcedente por la empresa y que terminó con la readmisión de



aquella, razón por la que en el caso le concede el derecho a la compensación en metálico de los días no disfrutados correspondientes al año 2002.

Como puede verse, ante situaciones sustancialmente iguales las sentencias comparadas llegaron a soluciones contrapuestas, pues en la recurrida se negó el derecho a las vacaciones del trabajador readmitido y en la de contraste se acogió el derecho de la demandante a las mismas en idéntica situación, como sostiene también el Ministerio Fiscal en su informe.

Procede entonces que, de conformidad con lo previsto en los arts. 219 y 228 LRJS, la Sala entre a conocer del fondo de asunto y determine la doctrina que resulte ajustada a derecho.

**TERCERO.**- 1. Desde ahora debemos afirmar que la doctrina correcta se contiene en la sentencia de contraste, puesto que, en primer término, la recurrida se basa únicamente en una transcripción literal, sin otros argumentos, de la sentencia de esta Sala de 12/06/2012, dictada en el rcud. 2484/2011, en la que es cierto que no se acoge la pretensión referida al disfrute de las vacaciones del demandante, pero se trataba allí de un supuesto completamente distinto al que ahora resolvemos, en el que tras la declaración de la improcedencia del despido, únicamente se produjo la opción por parte de la empresa por la indemnización, con lo que el acto extintivo determinaba los efectos relativos a la terminación de la relación laboral y de la inexistencia del derecho a las vacaciones, puesto que no hubo allí ni prestación de servicios, ni tiempo equivalente producido como consecuencia de la readmisión y consecuente restablecimiento completo de la relación de trabajo.

2. En segundo término, recordemos que el art. 38 ET establece el derecho a las vacaciones anuales retribuidas, no sustituibles por compensación económica -salvo el supuesto de imposibilidad de hacerlo por terminación de la relación de trabajo- con una duración que será la pactada en convenio colectivo o en el contrato de trabajo.

Por otra parte, el artículo Art. 7 de la Directiva 2003/88 previene lo siguiente:

"1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que todos los trabajadores dispongan de un período de al menos cuatro semanas de vacaciones anuales retribuidas, de conformidad con las condiciones de obtención y concesión establecidas en las legislaciones y/o prácticas nacionales.

2. El período mínimo de vacaciones anuales retribuidas no podrá ser sustituido por una compensación financiera, excepto en caso de conclusión de la relación laboral."

El art. 31.2 de la Carta de Derechos Fundamentales Unión Europea, por su parte y en el mismo sentido establece que:

"Todo trabajador tiene derecho a la limitación de la duración máxima del trabajo y a períodos de descanso diarios y semanales, así como a un período de vacaciones anuales retribuidas".

Y el artículo 4 del Convenio 132 OIT especifica que "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 los textos citado puede extraerse una primera aproximación a la resolución del problema de autos en el sentido de que no existe norma expresa que se refiera de manera específica al mismo, sobre el efecto que ha de tener en la relación de trabajo y en el derecho a las vacaciones del trabajador su readmisión efectiva después de un despido declarado improcedente.

No obstante, hemos de afirmar que en el caso concreto que analizamos, ese tiempo de sustanciación del proceso de despido y de los recursos interpuestos, cuando finalmente se opta por la readmisión efectiva del trabajador, ha de ser considerado como tiempo de actividad laboral, puesto que si en ese lapso de tiempo no ha habido trabajo efectivo, no ha sido precisamente por la voluntad del trabajador, sino que la inactividad se debe a un acto extintivo de la empresa que después se declara ilícito, y cuyos efectos antijurídicos se tratan de restaurar completamente a través de la readmisión, tal y como se desprende de los arts. 278, 282 y 284 para la ejecución de sentencias de despido con readmisión. Por ello, ese tiempo de tramitación equiparable a tiempo de trabajo tras la readmisión, proyectará sus efectos sobre los parámetros de la relación laboral, entre los que se encuentra el derecho a las vacaciones no disfrutadas por el trabajador debido a causas que en absoluto le son imputables.

3. En consecuencia, si el demandante, después de ejercitar legítimamente su opción en favor de la readmisión como representante unitario de los trabajadores, obtuvo las remuneraciones correspondientes a los salarios de tramitación e inició de nuevo su actividad laboral incorporándose a la empresa con efectos de 20 de marzo de 2015, en ese momento fue cuando pudo realmente solicitar las vacaciones no disfrutadas que ahora postula, referidas al año 2014 y 2015. Las correspondientes a éste último año, deberán ser reconocidas en su totalidad,



esto es, 30 días y no 23, como se le concedieron, puesto que se completó la integridad del año de trabajo a todos los efectos, como se ha razonado.

Por lo que se refiere al año 2014, el actor reclama también el otorgamiento de ese periodo de tiempo completo de vacaciones, 30 días, también deberán ser reconocidos, puesto que el artículo 38.1 ET antes transcrito se remite a la regulación que se contenga en los convenios colectivos, lo que en el caso de autos supone la aplicación del art. 122 de la Normativa Laboral de Telefónica, publicada en el BOE de 20/08/1994, con arreglo al que se contempla la posibilidad de que si las vacaciones no pudieran ser disfrutadas "*...por imperiosa necesidad del servicio dentro del año, se acumularán a las del siguiente.*", debiendo entenderse que la actuación ilícita de la empresa cuando decidió proceder a la extinción del vínculo de manera improcedente equivale a la existencia de esa necesidad del servicio, siempre vinculadas precisamente a una decisión o actuación empresarial, como es el caso, que además impidió que el trabajador pudiera ejercitar en tiempo su derecho.

4. Finalmente, esta solución que adoptamos se adecúa perfectamente a la más reciente doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la interpretación del artículo 7 de la Directiva 2003/88 y del art. 31.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que en sentencias como las de 6 de noviembre de 2018, Shimizu, C-684/16, y las que en ella se citan, afirma lo siguiente:

"54 .... solo pueden establecerse limitaciones al derecho fundamental a vacaciones anuales retribuidas consagrado en el artículo 31, apartado 2, de la Carta si se respetan los estrictos requisitos previstos en el artículo 52, apartado 1, de esta y, en particular, el contenido esencial de ese derecho. Por tanto, los Estados miembros no pueden establecer excepciones al principio que se deriva del artículo 7 de la Directiva 2003/88, leído a la luz del artículo 31, apartado 2, de la Carta, según el cual un derecho a vacaciones anuales retribuidas adquirido no puede extinguirse a la conclusión del período de devengo o de un período de aplazamiento fijado por el Derecho nacional cuando el trabajador no haya podido disfrutar de sus vacaciones (véase, en este sentido, la sentencia de 29 de noviembre de 2017, King, C-214/16, EU:C:2017:914, apartado 56).

55 De estas consideraciones se desprende que tanto el artículo 7 de la Directiva 2003/88 como, en lo que se refiere a las situaciones comprendidas en el ámbito de aplicación de la Carta, el artículo 31, apartado 2, de esta deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional con arreglo a la cual la circunstancia de que un trabajador no haya solicitado ejercer su derecho a vacaciones anuales retribuidas, adquirido en virtud de dichas disposiciones, durante el período de referencia tiene como consecuencia automática, sin que, por lo tanto, se haya comprobado con carácter previo si dicho trabajador pudo efectivamente ejercer este derecho, que dicho trabajador pierda ese derecho y, correlativamente, su derecho a la compensación económica por las vacaciones anuales retribuidas no disfrutadas en caso de extinción de la relación laboral.

56 En cambio, si el trabajador se abstuvo, deliberadamente y con pleno conocimiento de causa en cuanto a las consecuencias que podían derivarse de su abstención de tomar sus vacaciones anuales retribuidas tras haber podido ejercer efectivamente su derecho a estas, el artículo 7, apartados 1 y 2, de la Directiva 2003/88, así como el artículo 31, apartado 2, de la Carta, no se oponen a la pérdida del derecho ni, en caso de extinción de la relación laboral, a la consiguiente falta de compensación económica por las vacaciones anuales retribuidas no disfrutadas, sin que el empresario esté obligado a imponer al trabajador que ejerza efectivamente el citado derecho".

**CUARTO.-** De lo razonado hasta ahora se desprende que, oído el Ministerio Fiscal, debe estimarse el recurso de casación para la unificación de doctrina planteado, lo que exige casar y anular la sentencia recurrida para resolver el recurso de suplicación planteado en su día estimándolo y revocando la sentencia de instancia para estimar la demanda en sus pretensiones principales, reconociendo el derecho del demandante al disfrute de 7 días de vacaciones correspondientes al año 2015 y 30 días al año 2014.

De conformidad con lo previsto en el art. 235.1 LRJS, no procede la imposición de costas.

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido:

1º) Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la letrada D<sup>a</sup> Elena García García, en nombre y representación de D. Victorino, contra la sentencia de 18 de enero de 2017 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el recurso de suplicación núm. 457/2016.

2º) Casar y anular la sentencia recurrida y resolviendo el debate planteado en suplicación estimar el de tal clase interpuesto por el trabajador y, con revocación de la sentencia de 23 de febrero de 2016 dictada por el



Juzgado de lo Social núm. 28 de Madrid en autos 1113/2015, estimar la demanda interpuesta por D. Victorino contra Telefónica de España, S.A. sobre derecho y cantidad.

3º) Sin imposición de costas.

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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ