

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

SENTENCIA

En Madrid, a 11 de mayo de 2021.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado D. Pedro Granja Roca, en nombre y representación de Atento Teleservicios España SAU, contra la sentencia de 13 de junio de 2018 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en el recurso de suplicación núm. 710/2018, formulado frente a la sentencia de 13 de octubre de 2017, dictada en autos nº 848/2015, por el Juzgado de lo Social núm. 3 de los de A Coruña, seguidos a instancia de D.^a. Gema contra la entidad Atento Teleservicios España SA, sobre reclamación de derechos.

Ha comparecido en concepto de recurrido la Letrada D.^a. Teresa Míguez Gástelos, en la representación que ostenta de D.^a. Gema.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Concepción Rosario Ureste García.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 13 de octubre de 2018, el Juzgado de lo Social n.º 3 de los de A Coruña, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que debo estimar y estimo parcialmente la demanda formulada por D.^a. Gema, asistida por la letrada D.^a Teresa Míguez Gástelos, contra la entidad Atento Teleservicios España SA, representada por el letrado D. Daniel Sánchez Sellas, y en consecuencia, debo declarar y declaro el derecho de la actora a disfrutar de vacaciones por el periodo comprendido entre la fecha del despido y la de efectiva readmisión, y al no ser posible su disfrute en el periodo reclamado, procede condenar a la entidad demandada al abono a la actora como compensación económica sustitutoria de la suma de 292,40 euros, suma que devengará los intereses del art. 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil desde la fecha de notificación de la presente resolución y hasta el completo pago".

SEGUNDO.- En dicha sentencia, y como hechos probados, se declaraban los siguientes: "PRIMERO.- La actora D Gema ha venido trabajando por cuenta de la demandada Atento Teleservicios España SA, con una antigüedad del día 10 de julio de 1998, con la categoría profesional de gestor telefónico, y con un salario mensual de 1.096,53 euros mensuales, incluido el prorrateo de pagas extraordinarias.- SEGUNDO.- Con fecha 10 de abril de 2015 la actora es despedida junto con otras 16 personas más por causas organizativas y productivas, vinculadas al cierre de la actividad del número 11822 en A Coruña.- TERCERO.- Por el sindicato Confederación General de Trabajadores (CGT) se impugnó dicho despido colectivo, al que se adhirieron los sindicatos USO, FASGA y CSIF, que dio lugar a los autos núm. 134/15, seguido ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, en los que recayó sentencia en fecha 3 de julio de 2015, por el que desestimando las excepciones de caducidad y falta de agotamiento de la vía previa, declaró la nulidad del despido, condenando, a la empresa Atento Teleservicios SAU a estar y pasar por dicha declaración, así como a readmitir a los trabajadores despedidos en las mismas condiciones anteriores al despido, más los salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta que la readmisión tenga lugar.- CUARTO.- La readmisión de la actora tuvo lugar, de forma efectiva en fecha 17 de julio, de 2015.- QUINTO.- En fecha 31 de julio de 2015 la actora D.^a Gema solicita la concesión de vacaciones del 3 al 10 de noviembre de 2015, ambos incluidos, correspondientes a, 10 8 días generados entre la fecha del despido y la reincorporación.- SEXTO.- Con fecha 3 de agosto de 2015 la empresa contesta a dicha solicitud denegándola por tener

los salarios de tramitación carácter indemnizatorio, pues con ellos se compensa al trabajador de, la no percepción de retribución alguna desde la fecha del despido hasta la readmisión en su puesto de trabajo y por cuanto el derecho a vacaciones atiende a la finalidad de procurar la trabajador el reposo necesario para que pueda recuperarse del desgaste fisiológico producido por su actividad laboral, y en la medida en que en el período comprendido entre la fecha del despido y la readmisión no ha habido prestación de servicios, la empresa e informa que dicha solicitud de vacaciones no será tramitada.- SEPTIMO.- Con fecha 20/11/2015 se celebró el acto de conciliación ante el SMAC de A Coruña, que finalizó con el resultado de celebrado sin avenencia entre las partes".

TERCERO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por la representación procesal de Atento Teleservicios España, SAU, ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, la cual dictó sentencia en fecha 13 de junio de 2018 en la que, manteniendo el relato fáctico de instancia, consta la siguiente parte dispositiva: "Que desestimamos el recurso de suplicación formulado por ATENTO TELESERVICIOS S.A.U contra la sentencia dictada el 13/10/17 por el Juzgado de lo Social N° 3 de A CORUÑA en autos N° 848-2015 sobre VACACIONES contra ATENTO TELECOMUNICACIONES S.A.U resolución que se mantiene en su integridad. En cuanto a depósito, aseguramiento y costas estese a lo razonado".

CUARTO.- Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, por la representación procesal de Atento Teleservicios España, SAU se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina ante la misma Sala de suplicación. Se aporta como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 20 de abril de 2018 (Rec. 1324/2017). El motivo de casación alegaba la infracción del artículo 38 ET en conexión con el artículo 27 del Convenio Colectivo de Contac Center, artículo 40.2 CE y los artículos 4.1 y 5 del Convenio n.º 132 de la OIT.

QUINTO.- La Sala procedió a admitir a trámite el citado recurso e impugnado el recurso por la parte recurrida, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal que emitió informe en el sentido de considerar procedente el recurso, e instruida la Excm. Sra. Magistrada Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 11 de mayo de 2021, en el que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. La mercantil Atento Teleservicios España S.A.U cuestiona en casación unificadora el reconocimiento del derecho a las vacaciones generado entre la fecha del despido de la trabajadora y la reincorporación tras la declaración de su nulidad.

Impugna la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia el 13.06.2018, confirmatoria del fallo de instancia que declaró aquel derecho al disfrute de vacaciones por el periodo comprendido entre la fecha del despido y la efectiva readmisión, condenado a la demandada a satisfacer la cantidad de 292,40 euros como compensación económica sustitutoria (y desestimando la petición de 4.000 € en concepto de daños y perjuicios). La actora viene prestando servicios para la demandada [Atento Servicios España SA] desde el 10.07.1998, con la categoría profesional de gestor telefónico, siendo despedida el 10.04.2015 por causas organizativas y productivas junto a otros 16 trabajadores, y vinculado al cierre de la actividad del número 11822 en A Coruña. La Audiencia Nacional declaró la nulidad del despido colectivo, condenando a la demandada a readmitir a los trabajadores, lo que en el caso de la demandante tuvo lugar el 17.07.2015. El 31 siguiente la misma solicitó la concesión de vacaciones del 3 al 10.11.2015, por los días generados entre la fecha del despido y la reincorporación. La Sala de suplicación afirma que en aquel periodo no prestó servicios por causa ajena a su voluntad, debiendo computarse a los efectos de las vacaciones y recordando la naturaleza indemnizatoria y no salarial de los salarios de trámite.

2. El Ministerio Fiscal informa la procedencia del recurso, entendiendo que en aquel lapso no hay prestación de servicios ni la consecuente necesidad de descanso.

La representación de la parte actora impugna el recuso, indicando en primer término el desconocimiento acerca del alcance de firmeza de la resolución de contraste, extremo que ninguna incidencia tiene cuando efectivamente se comprueba en las actuaciones dicha firmeza. Y seguidamente argumenta la confirmación de la sentencia recurrida con sustento en el art. 38 del ET en relación con el 27 del convenio Colectivo de aplicación y los arts. 4 y 5 del Convenio N.º 132 de la OIT.

SEGUNDO.- 1. Procede, en primer término, averiguar si se ha cumplimentado el requisito atinente a la contradicción preceptuado en el art. 219 de la LRJS. Esta norma y la jurisprudencia perfilan una igualdad "esencial", sin que por lo tanto medie diferencia alguna que permita concluir que, a pesar de la contraposición de pronunciamientos en las sentencias contrastadas, ambos puedan resultar igualmente ajustados a Derecho y que por ello no proceda unificar la doctrina sentada. Entre otras muchas, recuerdan esta doctrina las SSTs de fechas 10.02.2021, rcud 3485/2018 y 3740/2018, y 2.03.2021, rcud 1577/2019.

La resolución referencial en este caso es la dictada por la Sala de Madrid el 20.04.2018 (rec. 1324/2017), cuyos datos expresan que la actora fue despedida el día 11.08.2014 por aplicación del despido colectivo promovido por la demandada que afectó a 672 trabajadores. La sentencia de la Sala Social de la Audiencia Nacional de 11.11.2014 lo anuló. El 4 de diciembre siguiente las partes que integraban el procedimiento de despido colectivo alcanzaron un acuerdo transaccional, que fue homologado por Auto de la AN de 12.12.2014, que reconocía la reincorporación de aquellos trabajadores afectados por el despido colectivo que así lo manifestaran. La demandante comunicó su intención de reincorporarse con fecha de efectos 19.12.2014, dejando la empresa sin efecto el despido, y negando luego la solicitud de reconocimiento y disfrute de las vacaciones completas del año 2014. La sentencia de contraste con cita y parcial reproducción de la dictada por esta Sala de 12-6-2012 (rec. 2484/2011), desestimó la pretensión rectora de autos.

2. Conforme a la exposición precedente la contradicción ha de declararse existente. Ambas sentencias parten de una realidad fáctica casi simétrica, llegando no obstante a soluciones distintas: en un caso, se sustenta la decisión en la STS 10.4.1990, y reconoce el derecho a las vacaciones interesadas, cuando tras el despido se restablece el vínculo laboral, como ha sido el caso; por el contrario, la de contraste se apoya en STS 12.06.2012 (rec. 2484/11), y concluye, de manera divergente que es presupuesto necesario para el disfrute de tal derecho la previa prestación de servicios, alcanzando aquél su total dimensión temporal cuando estos se hubieron desarrollado durante todo el año anterior, con disminución proporcional en otro caso.

Cumplimentado el requisito atinente a la contradicción, pasaremos a examinar el fondo del debate suscitado.

TERCERO.- 1. La demandada muestra su disconformidad con la solución alcanzada por la Sala de segundo grado y denuncia que vulnera el art. 38 del ET, en conexión con el art. 27 del Convenio Colectivo del sector del Contact Center, art. 40.2 CE y los arts. 4.1 y 5 del Convenio n.º 132 de la OIT. Insiste en la línea argumental consistente en que durante el lapso referido no hubo una efectiva prestación de servicios y no se generó el derecho al descanso, citando en su apoyo la sentencia de esta Sala que se acaba de identificar.

La resolución recurrida, con sustento en un pronunciamiento precedente y de la STS de 10.04.1990, argumenta el derecho al cómputo del lapso en el que no se realizó la prestación de trabajo por causa ajena a la voluntad de la trabajadora. Esta Sala IV, ante la oposición entonces formulada por la parte

recurrida de que la interrupción del desempeño laboral como consecuencia del despido conciliado enervaba el cómputo del tiempo transcurrido entre tal despido y el acuerdo de readmisión, concluye que la misma resulta improcedente, pues con dicha conciliación fue reestablecido el vínculo laboral, sin que la interrupción habida sea computable por haber quedado sin efecto el despido como consecuencia de aquélla. Seguidamente se acudía a la cita del art. 4.1 del Convenio número 132 de la Organización Internacional del Trabajo, que por su ratificación por España e inserción en el "Boletín Oficial del Estado" forma parte de nuestro ordenamiento interno (art. 96.1 de la Constitución y el art. 1.5 del Código Civil).

Esa misma doctrina se alcanza en la STS IV de 27.05.2019, rcud 1518/2017, enjuiciando el derecho a las vacaciones no disfrutadas durante el tiempo en que el actor estuvo despedido.

Un matiz previo que cabe extraer de esta sentencia es aquél que clarifica el criterio emitido en la de fecha 12.06.2012 (rec. 2484/11). Ello atendido que el recurso sustenta gran parte de su argumentación en el contenido de esta última resolución, aludida a su vez en la que ofrece como referencial. Sin embargo, la Sala precisa que, si bien "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". De otro modo, no resulta parangonable ni al caso entonces examinado, ni tampoco al actual.

2. Contribuye, por tanto, a dar respuesta a la reciente controversia la proposición apuntada en aquella sentencia de 1990 y que desarrolla la emitida en 2019, con integración de las correspondientes actualizaciones normativas. Esta última, aborda el efecto que ha de tener en la relación de trabajo y en el derecho a las vacaciones la readmisión efectiva del trabajador después de un despido declarado improcedente.

De la misma trasladamos las referencias al art. 38 ET, regulador del 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 la duración pactada en convenio colectivo o en el contrato de trabajo, precepto al que se remite el art. 27 del convenio colectivo de ámbito estatal del sector de contact center aquí aplicable; al art. 7 de la Directiva 2003/88 -"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."-; al art. 31.2 de la Carta de Derechos Fundamentales Unión Europea: "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 al art. 4 del Convenio 132 OIT: "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".

Afirmaba correlativamente que el 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.

Destacaremos que, en el caso precedente, el demandante, representante unitario de los trabajadores, ejerció legítimamente su opción en favor de la readmisión, obtuvo las remuneraciones correspondientes a los salarios de tramitación e inició de nuevo su actividad laboral incorporándose a la empresa, momento en el que pudo realmente solicitar las vacaciones no disfrutadas.

La Sala adopta la antedicha solución en línea con la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea interpretativa de los reseñados arts. 7 de la Directiva 2003/88 y 31.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: sentencia de 6 de noviembre de 2018, Shimizu, C-684/16, y las que en ella se citan, extractando los siguientes párrafos "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".

3. Resultará transportable el mismo desenlace, aun cuando la calificación del despido en el litigio anterior fuera la de improcedencia y en el actual de nulidad. La homogeneidad la proporcionan la misma involuntariedad en la interrupción en la prestación de servicios, la readmisión y restauración completa del vínculo laboral que definitivamente se produce en ambos supuestos -en un caso por mor de la opción ejercitada por el demandante (representante unitario de los trabajadores) tras la declaración de ilicitud de su despido, y en el otro, derivada del pronunciamiento judicial de nulidad del despido colectivo y correspondiente condena de readmisión-, o el percibo de salarios de tramitación.

La restitución cabal de la relación que también provoca una declaración de nulidad del despido de la parte actora, apareja o anuda irremediamente el devengo de vacaciones en ese lapso en el que no desempeñó su trabajo por causa imputable al empleador.

4. Por último, resulta muy clarificador el trazado descrito por la STJUE de 25.06.2020, asuntos acumulados C-762/18 y C-37/19. Con relación a la cuestión prejudicial de si el art. 7, apartado 1, de la Directiva 2003/88, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una jurisprudencia nacional en virtud de la cual un trabajador ilícitamente despedido y posteriormente readmitido en su puesto de trabajo, de conformidad con el Derecho nacional, a raíz de la anulación de su despido mediante resolución judicial, no tiene derecho a vacaciones anuales retribuidas en relación con el período comprendido entre la fecha del despido y la fecha de su readmisión, debido a que, durante ese período, dicho trabajador no ha realizado un trabajo efectivo al servicio del empleador, la sentencia del TJUE de manera categórica afirma y resuelve "que el período comprendido entre la fecha del despido ilícito y la fecha de la readmisión del trabajador en su puesto de trabajo, de conformidad con el Derecho nacional, a raíz de la anulación de dicho despido mediante resolución judicial, debe asimilarse a un período de trabajo efectivo a fin de determinar el derecho a vacaciones anuales retribuidas".

En sus fundamentos enfatiza el derecho a vacaciones anuales retribuidas, no solo en la condición de principio del Derecho social de la Unión, sino también en su reconocimiento legal en el art. 31, apartado 2, de la Carta, a la que el art. 6 TUE, apartado 1, otorga el mismo valor jurídico que a los Tratados (sentencia de 21 de junio de 2012, ANGED, C-78/11, EU:C:2012:372, apartado 17 y jurisprudencia citada). Excluye una interpretación restrictiva y señala seguidamente que el derecho a vacaciones anuales retribuidas debe determinarse, en principio, en función de los períodos efectivamente trabajados con arreglo al contrato de trabajo (sentencia de 4 de octubre de 2018, Dicu, C-12/17, EU:C:2018:799, apartado 28 y jurisprudencia citada), pero precisando el párrafo 59 lo siguiente: "59 Con todo, en determinadas situaciones concretas en las que el trabajador no puede cumplir sus cometidos, los Estados miembros no pueden supeditar el derecho a vacaciones anuales retribuidas al requisito de haber trabajado efectivamente (véase, en este sentido, la sentencia de 24 de enero de 2012, Domínguez, C-282/10, EU:C:2012:33, apartado 20 y jurisprudencia citada)".

Transcribiremos, para finalizar, los pasajes de la misma resolución que corroboran la respuesta al debate más arriba adelantada y que computa, como decíamos, el período cuestionado en orden a determinar el derecho de vacaciones: "7 Pues bien, ha de señalarse que, al igual que cuando se produce una incapacidad laboral por enfermedad, el hecho de que un trabajador se haya visto privado de la posibilidad de trabajar debido a un despido declarado posteriormente ilícito resulta, en principio, imprevisible y ajeno a la voluntad de dicho trabajador.

68 En efecto, como puso de manifiesto el Abogado General en el punto 48 de sus conclusiones, el hecho de que el trabajador afectado no haya realizado, en el período comprendido entre la fecha de su despido ilícito y la fecha de la readmisión a su puesto de trabajo, de conformidad con el Derecho nacional, a raíz de la anulación de dicho despido mediante resolución judicial, un trabajo efectivo al servicio de su empleador resulta de los actos de este último consistentes en el despido ilícito, sin los que ese trabajador habría podido trabajar durante el citado período y ejercer su derecho a las vacaciones anuales.

69 Por consiguiente, en una situación como la controvertida en los litigios principales en los presentes asuntos, el período comprendido entre la fecha del despido ilícito y la fecha de la readmisión del trabajador en su puesto de trabajo, de conformidad con el Derecho nacional, a raíz de la anulación de dicho despido mediante resolución judicial, debe asimilarse a un período de trabajo efectivo a fin de determinar el derecho a vacaciones anuales retribuidas".

CUARTO.- Las consideraciones expresadas conllevan la confirmación de la sentencia impugnada, que contiene la doctrina correcta, declarando su firmeza, previa desestimación del recurso interpuesto, y oído el Ministerio Fiscal.

Procede imponer las costas a la parte recurrente en cuantía de 1500 euros, ex art. 235 LRJS.

Se acuerda la pérdida del depósito y consignaciones que, en su caso, se hubieran efectuado para recurrir (art.

228 LRJS).

F A L L O

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 para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado D. Pedro Granja Roca, en nombre y representación de Atento Teleservicios España SAU.

Confirmar la sentencia de 13 de junio de 2018 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en el recurso de suplicación núm. 710/2018, declarando su firmeza.

Imponer las costas a la parte recurrente en cuantía de 1500 euros. Con pérdida del depósito y consignaciones que, en su caso, se hubieran efectuado para recurrir Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.