

El TSJ de Madrid reconoce a un trabajador una compensación económica por vacaciones no disfrutadas al no haber demostrado el empresario la diligencia debida para que el trabajador ejercitase el derecho a sus vacaciones anuales pagadas

Es objeto de impugnación la sentencia que concedió al recurrente el importe económico de las vacaciones de 2020, no disfrutadas, pero no las del año 2019 con el argumento de que el art. 38 del ET impide que se pueda sustituir el disfrute de vacaciones por cantidad alguna, por lo que, si no disfrutó de las vacaciones en ese año, debió solicitarlas.

Son hechos declarados probados que el actor empezó a prestar servicios en marzo de 2019, teniendo suspendido el contrato por un ERTE desde marzo de 2020, y, encontrándose en esa situación, es despedido por causas objetivas. Señala la Sala que, conforme a la doctrina del TJUE, es posible reclamar una compensación económica por vacaciones no disfrutadas más allá del último año de trabajo, en aquellos supuestos en que el empresario no prueba haber actuado con la diligencia debida para que el trabajador pueda efectivamente disfrutar de sus vacaciones anuales pagadas. En el caso presente la empresa demandada no demostró haber ofrecido la posibilidad al actor de disfrutar las vacaciones del año 2019, máxime cuando en marzo de 2020 se acoge a un ERTE, por lo que resulta procedente la compensación de las vacaciones generadas y no disfrutadas en el periodo reclamado mediante su abono en metálico, puesto que ya no cabe la alternativa a disfrutarlas por haber sido despedido.

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID

Sala de lo Social

Sección 1.ª

SENTENCIA 1020/2022, DE 25 DE NOVIEMBRE DE 2022

RECURSO Núm: 1015/2022

Ponente Excmo. Sr. IGNACIO MORENO GONZALEZ-ALLER

En la Villa de Madrid, a 25-11-22, habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección Primera de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, compuesta por los Ilmos. Sres. citados, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución española de 27 de diciembre de 1.978,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A

En el recurso de suplicación número 1015-22, interpuesto por D. Jesús Carlos contra la sentencia de fecha veinte de mayo de dos mil veintidós, dictada por el Juzgado de lo Social número 5 de MADRID, en sus autos número 1249-20, seguidos a instancia del aquí recurrente frente a IN BOCCA AL LUPO

RESTAURACIÓN SLU que no comparece, con citación del FONDO DE GARANTÍA SALARIAL sobre DESPIDO, siendo Magistrado-Ponente el Ilmo. Sr. D. IGNACIO MORENO GONZÁLEZ-ALLER, 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 probados:

PRIMERO.- D. Jesús Carlos ha venido prestando sus servicios para IN BOCCA AL LUPO RESTAURACIÓN SLU desde el 19 de marzo de 2.019, con una categoría profesional de camarero y percibiendo por ello un salario mensual incluida la parte proporcional de las pagas extra de 1.336,27 €

SEGUNDO.- El 21 de marzo de 2.020 la empresa comunica a los trabajadores la suspensión de los contratos de la totalidad de la plantilla con efectos de 14 de marzo de 2.020 por la tramitación de un Expediente de regulación temporal de empleo.

TERCERO.- El 6 de septiembre de 2.021, la empresa cursa la baja del actor por Despido por causas objetivas.

CUARTO.- El actor está de alta en el servicio de notificación telefónica de altas y bajas en la Seguridad Social

QUINTO.- El 2 de septiembre de 2.021 y con efectos de 6 de septiembre de 2.021, la empresa remite al actor carta de extinción del contrato de trabajo por causas objetivas. Se tiene por reproducida la carta que obra unida a los autos a los folios 5 y 6. Se le reconoce una indemnización de 2.236,75 €.

SEXTO.- El 8 de octubre de 2.021 se presenta papeleta ante el SMAC sin que se haya citado a las partes a conciliación.

SÉPTIMO.- El actor tiene devengada la suma de 267,25 € en concepto de vacaciones de 2.020.

OCTAVO.- El actor solicita abogado de oficio el 15 de noviembre de 2.021.

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

Que estimando la excepción de CADUCIDAD debo desestimar la demanda por despido interpuesta por D. Jesús Carlos contra IN BOCCA AL LUPO RESTAURACIÓN SLU, concitación del FONDO DE GARANTÍA SALARIAL absolviendo a la empresa de los pedimentos relativos a dicha extinción y siendo firme la decisión de despido objetivo se condena a la empresa al pago de la indemnización reconocida en la carta que asciende a 2.236,75 € más otros 534,5 € por diferencias de preaviso, Se estima parcialmente la petición de cantidad y se condena a la empresa al pago de 267,25 € en concepto de vacaciones de 2.020, cantidad esta que devengará un interés del 10 % en concepto de mora.

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte DEMANDANTE, formalizándolo posteriormente.

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 de Madrid, tuvieron los mismos entrada en esta Sección Primera en fecha 24- 11-21, dictándose la correspondiente y subsiguiente providencia para su tramitación en forma.

SEXTO: Nombrado Magistrado-Ponente, se dispuso el pase de autos al mismo para su conocimiento y estudio, señalándose el día 23-11-22 para los actos de votación y fallo.

SÉPTIMO: En la tramitación del presente recurso de suplicación no se ha producido ninguna incidencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se alza en suplicación el trabajador demandante frente a sentencia que, por una parte, apreció la excepción de caducidad respecto a la demanda por despido interpuesta por D. Jesús Carlos contra IN BOCCA AL LUPO RESTAURACIÓN SLU, con citación del FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, absolviendo a la empresa de los pedimentos relativos a dicha extinción y, siendo firme la decisión de despido objetivo, condenó a la empresa al pago de la indemnización reconocida en la carta que asciende a 2.236,75 € más otros 534,5 € por diferencias de preaviso; mientras que, de otra parte, estima parcialmente la petición de cantidad condenando a la empresa al pago de 267,25 € en concepto de vacaciones de 2.020, con más un interés del 10 % en concepto de mora.

SEGUNDO.- El primer motivo, al amparo del apartado b) del art. 193 LRJS, interesa la revisión de los hechos probados quinto y octavo de la sentencia de instancia.

El hecho probado quinto reza así:

"El 2 de septiembre de 2.021 y con efectos de 6 de septiembre de 2.021, la empresa remite al actor carta de extinción del contrato de trabajo por causas objetivas. Se tiene por reproducida la carta que obra unida a los autos a los folios 5 y 6. Se le reconoce una indemnización de 2.236,75 €".

Propone esta redacción alternativa: (las negritas son suyas)

" El 13 de Octubre de 2021 la empresa, a través de su administrador único, remite al actor carta de extinción del contrato de trabajo por causas objetivas. Se tiene por reproducida la carta que obra unida a los autos a los folios 5 y 6. *Se le reconoce una indemnización de 2.236,75 €.*"

El hecho probado octavo reza así:

" El actor solicita abogado de oficio el 15 de noviembre de 2.021"

Propone esta redacción alternativa: (las negritas son suyas).

" El actor solicita abogado de oficio el 12 o el 15 de noviembre de 2.021, sin que se haya podido acreditar la fecha de solicitud exacta "

Ninguna de las revisiones se acepta por la Sala.

Por lo que se refiere a la revisión del hecho probado quinto de los documentos que sustentan la revisión no se deduce de modo indubitado, fidedigno y fehaciente el texto propuesto, más allá de suposiciones, deducciones o conjeturas. La única prueba en relación a esta manifestación es un pantallazo de un correo en el que "Nacho.bonill" la dice "Espero que te llegue ahora" el 13 de octubre de 2.021.

Y de ello no cabe admitir de modo contundente e incuestionable el 13 de octubre de 2021 la empresa, a través de su administrador único, remitiera al actor carta de extinción del contrato de trabajo por causas objetivas. Fue el 2 de septiembre de 2.021, y con efectos de 6 de septiembre de 2.021, cuando la empresa remite al actor carta de extinción del contrato de trabajo por causas objetivas, y esta convicción la alcanza la Juez de instancia, obteniendo inferencias lógicas, del conjunto de la prueba practicada afirmando que: "*Por contra tenemos la carta de despido objetivo que fija la fecha de efectos el 6 de septiembre de 2.021, la baja en Seguridad social que es de esa misma fecha, y la*

diligencia final que señala que el actor había entregado su número de teléfono en TGSS para que se le notifiquen vía SMS las altas y bajas ", siendo que, según el firme hecho probado cuarto, el actor está de alta en el servicio de notificación telefónica de altas y bajas en la Seguridad Social.

Otro tanto de lo mismo, la falta en documento que demuestre el error de la Juez de instancia, cabe decir respecto a la revisión del hecho probado octavo, a lo que se añade el texto alternativo propuesto viene a introducir un hecho negativo con una alta dosis de inseguridad e incertidumbre, lo que es impropio de un recurso extraordinario como el de suplicación, en el que se exige la modificación sea trascendente a efectos de la solución del litigio, con propuesta de texto alternativo o nueva redacción que al hecho probado tildado de erróneo pudiera corresponder y basada en documento auténtico o prueba pericial que, debidamente identificado y obrante en autos, patentice, de manera clara, evidente y directa, de forma contundente e incuestionable, sin necesidad de acudir a hipótesis, conjeturas, suposiciones o argumentaciones más o menos lógicas, naturales o razonables, el error en que hubiera podido incurrir el juzgador, cuya facultad de apreciación conjunta y según las reglas de la sana crítica, (artículo 97.2 LPL) no puede verse afectada por valoraciones o conclusiones distintas efectuadas por parte interesada. Es al Juez de instancia, cuyo conocimiento directo del asunto garantiza el principio de inmediación del proceso laboral, a quien corresponde apreciar los elementos de convicción -concepto más amplio que el de medios de prueba- para establecer la verdad procesal intentando su máxima aproximación a la verdad real, valorando, en conciencia y según las reglas de la sana crítica, la prueba práctica.

TERCERO.- El segundo motivo, esta vez al amparo del apartado c) del artículo 193 LRLS, denuncia infracción de los artículos 59.3 ET y 103.1 LRJS, haciendo valer, en esencia, y por las razones que expone, la iudex a quo computa erróneamente el plazo de caducidad de los 20 días, terminando por suplicar se declare la improcedencia del despido al no estar caducada la acción.

Del firme relato fáctico se deduce que el 21 de marzo de 2.020 la empresa comunica a los trabajadores la suspensión de los contratos de la totalidad de la plantilla con efectos de 14 de marzo de 2.020 por la tramitación de un Expediente de regulación temporal de empleo. El 2 de septiembre de 2.021, y con efectos de 6 de septiembre de 2.021, la empresa remite al actor carta de extinción del contrato de trabajo por causas objetivas, reconociéndole una indemnización de 2.236,75 €. El 6 de septiembre de 2.021 la empresa cursa la baja del actor por Despido por causas objetivas. El demandante está de alta en el servicio de notificación telefónica de altas y bajas en la Seguridad Social. El 8 de octubre de 2.021 se presenta papeleta ante el SMAC sin que se haya citado a las partes a conciliación.

Pues bien, a la vista del relato histórico precedente, se comparte por la Sala el criterio de la sentencia recurrida de que la acción de despido está caducada. Según dispone el artículo 59.3 ET " *el ejercicio de la acción contra el despido o resolución de contratos temporales caducará a los veinte días siguientes de aquel en que se hubiera producido. Los días serán hábiles y el plazo de caducidad a todos los efectos. El plazo de caducidad quedará interrumpido por la presentación de la solicitud de conciliación ante el órgano público de mediación, arbitraje y conciliación competente*". El actor es despedido el día 6 de septiembre de 2021, iniciándose el dies a quo de los 20 días hábiles el 7 de septiembre, presentándose la papeleta de conciliación el 8 de octubre de 2.021. El vigésimo día hábil se cumplió el 4 de octubre, por lo que, cuando se presenta la papeleta el 8 de octubre, la acción estaba sobradamente caducada.

En realidad, la parte recurrente se limita a hacer supuesto de hecho de la cuestión, para lo que parte de datos fácticos carentes de reflejo en la versión judicial de los hechos y, por tanto, de conclusiones que no se deducen de ella, intentando, así, sentar conclusiones jurídicas dispares de las alcanzadas por la Magistrada de instancia, lo que no podemos asumir, claudicando el segundo motivo.

CUARTO. - El tercer motivo, con el mismo designio que el precedente, denuncia infracción del art. 38 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y de las SSTJUE nº C-214/16 de 29 de Noviembre de 2017 y N° C-684/16 de 06 de Noviembre de 2018.

Sostiene básicamente que la sentencia recurrida yerra cuando, al pronunciarse sobre la acción acumulada de cantidad, expone que el art. 38 ET impide la sustitución de vacaciones por cantidad alguna, por lo que no se puede reclamar con su despido las vacaciones no disfrutadas de 2019 y que si no disfrutó de ellas debió haberlas solicitado. A su juicio, tal interpretación contradice la doctrina del TJUE en las sentencias referenciadas.

La sentencia recurrida concede el importe económico de las vacaciones de 2020, no disfrutadas, y, sin embargo, no concede las de 2019 con el argumento de que " *el artículo 38 del ET impide que puedan sustituirse el disfrute de vacaciones por cantidad alguna por lo que, si el actor no disfrutó de vacaciones en el año 2.019 debió solicitarlo* ".

QUINTO. - En este punto del debate, ya lo adelantamos, asiste la razón al recurrente que comienza a prestar servicios desde el 19 de marzo de 2.019, con una categoría profesional de camarero y percibiendo por ello un salario mensual incluida la parte proporcional de las pagas extra de 1.336,27 €. Desde el 14-3-20 tiene suspendido el contrato por un ERTE y, encontrándose en esta situación, sin que hubiera vuelto a prestar servicios, es despedido por causas objetivas con efectos del 6-9-21.

La Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, dispone en su artículo 7 que 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, precisando en su apartado 2 que 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 derecho de la Unión Europea impone que los conceptos de tiempo de trabajo, descanso, tiempo de presencia y trabajo efectivo, deben ser interpretados de manera uniforme en todo el ámbito comunitario, para garantizar eficazmente la aplicación de la normativa y la seguridad y salud de los trabajadores (STJUE 1-12-2005, C-14/2004). A destacar que el derecho a vacaciones retribuidas ha sido declarado reiteradamente como un principio del derecho social comunitario asociado a la garantía de seguridad y salud de los trabajadores y frente al que no es admisible ningún tipo de excepción, oponiéndose al artículo 7 de la Directiva 93/104/CE del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, en su versión modificada por la Directiva 2000/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de junio de 2000, una disposición nacional que permita, durante la vigencia del contrato de trabajo, que los días de vacaciones anuales no disfrutados en un año determinado se sustituyan por una indemnización económica en un año posterior (STJUE de 6 de abril de 2006, C-124/2005).

El artículo 31.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 7 de diciembre de 2000, reconoce a todo trabajador el 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 ya antes la Carta Social Europea, hecha en Turín el 18 de octubre de 1961, estableció en su artículo 2.3 el derecho a las vacaciones anuales pagadas de cuatro semanas como mínimo. El Convenio 132 de la OIT, de aplicación a todas las personas empleadas por cuenta ajena, reconoce también el derecho a las vacaciones anuales pagadas, cuya finalidad es que el trabajador disponga de un tiempo de ocio y esparcimiento y descanse.

Con todo, el derecho a las vacaciones anuales retribuidas no responde como finalidad exclusiva a la reposición de energías para la reanudación de la prestación laboral, dado que ello supondría reducir la persona del trabajador a un mero factor de producción y negar, en la misma medida, su libertad, durante aquel período, para desplegar la propia personalidad del modo que estime más conveniente. De ahí que la sentencia del Tribunal Constitucional de 27 de octubre de 2003, n.º 192/2003, otorgue el amparo solicitado por un trabajador despedido por trabajar durante sus vacaciones para otra empresa, anulando la sentencia del Juzgado y Sala de suplicación que declararon su despido de procedente por transgresión de la buena fe contractual, pues resulta incompatible con los principios constitucionales que enuncia el art. 10.1 CE (dignidad de la persona y libre desarrollo de su personalidad), a cuya luz ha de interpretarse, inexcusablemente, cualquier norma de Derecho.

La Constitución de 1978 recoge de manera muy clara este derecho a las vacaciones en su artículo 40.2 al ordenar que "*los poderes públicos fomentarán una política que garantice la formación y readaptación profesionales; velarán por la seguridad e higiene en el trabajo y garantizarán el descanso necesario, mediante la limitación de la jornada laboral, las vacaciones periódicas retribuidas y la promoción de centros adecuados*".

Es jurisprudencia reiterada la de que el derecho a vacaciones anuales retribuidas no puede interpretarse de manera restrictiva (STJUE de 22 de abril de 2010, C-486/08). En efecto, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha venido interpretando el artículo 7 de la Directiva 2003/88 en un sentido no restrictivo y favorable a los trabajadores, y así ha entendido que es contrario al Derecho de la Unión que se prive de la compensación económica en concepto de vacaciones anuales retribuidas a quien accede a la jubilación sin que haya podido disfrutar la totalidad de sus vacaciones, incluso cuando haya sido por estar de baja por enfermedad, lo que no impide, si se ha llegado a un acuerdo, que el empleado pueda sustituir esta compensación dejando de acudir a trabajar un tiempo anterior a la jubilación percibiendo su salario (STJUE de 20 de julio de 2016 C-341/15, asunto Maschek).

En esta misma línea de interpretación tuitiva del derecho a las vacaciones retribuidas la STJUE de 12 junio 2014, C-118/132, asunto Bollacke, enjuiciando el supuesto de un trabajador fallecido que tenía 140 días pendientes de disfrute de vacaciones, reclamando en su nombre la viuda, ha considerado que el derecho a una compensación económica de las vacaciones por extinción del contrato de trabajo no puede supeditarse a una solicitud previa del interesado. Es por ello contrario a la Directiva 2003/88 una normativa que disponga el derecho a las vacaciones anuales retribuidas se extingue sin dar derecho a una compensación financiera por las vacaciones no disfrutadas, cuando la relación laboral llega a su fin por el fallecimiento del trabajador, lo que resulta indispensable para garantizar el efecto útil del derecho a las vacaciones anuales concedidas al trabajador en virtud de la citada Directiva.

En la STJUE de 30 de junio de 2016, C-178/15, asunto Sobczyszyn, entendió en el caso de una trabajadora a la que se concedió por su empresario, del 28 de marzo al 18 de noviembre de 2011, un período de descanso por convalecencia para que siguiese un tratamiento pautado por un médico, y que reclamó tras el alta su derecho a disfrutar los días de vacaciones anuales adquiridos en 2011, de los que no había podido disponer debido a que coincidió con dicho descanso por convalecencia, que es posible reclamar el derecho al disfrute de esas vacaciones en un momento posterior dado que las finalidades del descanso por convalecencia y el de las vacaciones no son coincidentes, la recuperación de la salud en el primero y la concesión de un tiempo esparcimiento y ocio en el segundo.

Respondiendo a la cuestión de si se puede aplazar y acumular el derecho a vacaciones anuales retribuidas no disfrutadas cuando un empresario no permite su ejercicio por considerarlo trabajador autónomo no dependiente la STJUE de 29 de noviembre de 2017, C-214/16, asunto KING, ha llegado a la conclusión de que el artículo 7 de la Directiva 2003/88 no puede interpretarse en sentido restrictivo y concluye que son contrarias a derecho comunitario las disposiciones o prácticas nacionales según las

cuales un trabajador no puede aplazar, y en su caso acumular, hasta el momento de la conclusión de su relación laboral, su derecho a vacaciones anuales retribuidas correspondientes a varios periodos de devengo consecutivos, por la negativa del empresario a retribuir esas vacaciones. En el supuesto de la sentencia anotada el Sr. Ambrosio trabajó para su empresa en virtud de un "contrato por cuenta propia únicamente a comisión" (autónomo) entre el 1 de junio de 1999 y el 6 de octubre de 2012. Al concluir la relación laboral por jubilación, el Sr. Ambrosio reclama a su empresario el pago de una compensación económica por sus vacaciones anuales, tanto las disfrutadas y no retribuidas, como las no disfrutadas correspondientes a la totalidad del periodo por el que trabajó para la empresa. El artículo 7 de la Directiva 2003, a juicio del Tribunal europeo, se opone a que el trabajador tenga que disfrutar de sus vacaciones antes de saber si tiene derecho a que estas se le retribuyan.

Una vuelta de tuerca más en esta interpretación tuitiva, no restrictiva y favorable al derecho de los trabajadores, ha sido la STJUE de 6 de noviembre de 2018 (C-684/16): el empresario debe, en particular, velar de manera concreta y transparente por que el trabajador pueda efectivamente disfrutar de sus vacaciones anuales pagadas incitándole, en su caso, formalmente a hacerlo, e informarle de manera precisa y oportuna para asegurar que tales vacaciones sigan pudiendo garantizar al interesado el descanso y el ocio a los que pretenden contribuir, de manera que, si no las toma, se perderán al término del período de devengo o de un período de prórroga autorizado.

En aplicación de esta última doctrina contenida en la STJUE de 6 de noviembre de 2018 (C-684/16) la reciente sentencia del TSJ de Madrid de 31 de enero de 2022, n.º 41/2022, recurso 691/2021, contemplando el supuesto de un guionista de BOOMERANG TV S.A que reclamaba compensación económica de los días de vacaciones no disfrutados durante la vigencia del contrato, es decir, 25 días del año 2011, 15 días del año 2012, 18 días del año 2013, 18 días del año 2014, 18 días del año 2015, 13 días del año 2016, 10 días del año 2017, 13 días del año 2018 y 2 días del año 2019, es decir, en total 128 días de vacaciones no disfrutadas por causas imputables a la empresa que no fueron abonadas en el momento de finiquitar la relación laboral, reclamándose la suma de 29.012,48 euros brutos, interpreta que su compensación económica al final de la relación laboral no se verá enervada por la caducidad anual de las vacaciones, y será posible a menos que la empresa pruebe que ha tenido una conducta activa de ofrecimiento al trabajador del disfrute de las vacaciones con la advertencia de que, de no hacerlo dentro del año, puede perder los derechos correspondientes. Ello modifica la postura tradicional de la jurisprudencia nacional respecto a que el artículo 38.1 del ET establece la obligatoriedad de su concesión, así como la retribución de este periodo en la misma forma y cuantía que si hubiera sido de trabajo efectivo y, para que no se frustre la aludida finalidad, previene también este precepto que el disfrute real del descanso no será susceptible de sustitución por una retribución en metálico, de tal suerte que si el trabajador no hace uso de la vacación dentro del año natural, no sólo pierde el derecho a disfrutarla en la anualidad siguiente, sino que tampoco le resulta posible percibir una remuneración dineraria a cambio de la falta de disfrute (SSTS,4.ª, de 25 de febrero de 2003, rec. 2155/02, y de 14 de marzo de 2019, rec. 466/17).

Especialmente elocuente es el párrafo 45 de la STJUE de de 6-11-18 (C-684/169):

" el empresario debe, en particular, velar de manera concreta y transparente por que el trabajador pueda efectivamente disfrutar de sus vacaciones anuales pagadas incitándole, en su caso, formalmente a hacerlo, e informarle de manera precisa y oportuna para asegurar que tales vacaciones sigan pudiendo garantizar al interesado el descanso y el ocio a los que pretenden contribuir, de manera que, si no las toma, se perderán al término del período de devengo o de un período de prórroga autorizado".

Pero la sentencia del TJUE más relevante a los fines que nos ocupan, y como rememora la sentencia de esta Sección 1.ª del TSJ de Madrid de 27 de mayo de 2022, n.º 507/2022, Rec. 87/2022, es la de 29-11-2017, C-214/2016. Señala en su párrafo 58, que:

"...el derecho a vacaciones anuales retribuidas no puede interpretarse de manera restrictiva.... Así pues, toda excepción al régimen de la Unión en materia de ordenación del tiempo de trabajo establecido por la Directiva 2003/88 *debe ser objeto de una interpretación que limite su alcance a lo estrictamente necesario para salvaguardar los intereses que dicha excepción permite proteger...*". Continúa el 60, destacando que: *"...la apreciación del derecho a vacaciones anuales retribuidas de un trabajador...no está ligada a una situación en la que su empresario se haya encontrado con períodos de ausencia de éste que, al igual que una baja por enfermedad de larga duración, le hayan ocasionado dificultades en cuanto a la organización del trabajo. Al contrario, dicho empresario pudo beneficiarse, hasta la jubilación de su trabajador, del hecho de que éste no interrumpiera sus períodos de actividad profesional a su servicio para disfrutar de vacaciones anuales retribuidas..."* Y el 62, refiere que: *"...la propia constitución del derecho a vacaciones anuales retribuidas no puede supeditarse a ningún requisito, toda vez que la Directiva 2003/88 confiere directamente ese derecho al trabajador. Por lo tanto,..., carece de pertinencia la cuestión de si, a lo largo de los años,...presentó o no solicitudes de vacaciones anuales retribuidas..."*. Visto lo cual, el 63, indica que: *"...resulta que, contrariamente a una situación de acumulación de derechos a vacaciones anuales retribuidas de un trabajador que no haya podido disfrutar de tales vacaciones por causa de enfermedad, el empresario que no permite a un trabajador ejercer su derecho a vacaciones anuales retribuidas debe asumir las consecuencias..."*. Y el 64, que: *"...admitir, en tales condiciones, la extinción de los derechos a vacaciones anuales retribuidas adquiridos por el trabajador implicaría validar un comportamiento que daría lugar a un enriquecimiento sin causa del empresario que sería contrario al objetivo mismo de la citada Directiva de preservar la salud del trabajador..."*. Mientras que el 65, establece y a modo de colofón, que: *"...el artículo 7 de la Directiva 2003/88 debe interpretarse en el sentido de que se opone a disposiciones o prácticas nacionales según las cuales un trabajador no puede aplazar, y en su caso acumular, hasta el momento de la conclusión de su relación laboral, derechos a vacaciones anuales retribuidas no ejercidos correspondientes a varios períodos de devengo consecutivos, por la negativa del empresario a retribuir esas vacaciones..."*.

SEXTO. - En corolario, esta doctrina del TJUE incide directamente sobre el instituto de la prescripción del artículo 59 del ET permitiendo reclamar una compensación económica por vacaciones no disfrutadas más allá del último año de trabajo, en aquellos supuestos en que el empresario no prueba haber actuado con la diligencia debida, velando de manera concreta y transparente por que el trabajador pueda efectivamente disfrutar de sus vacaciones anuales pagadas, incitándole, en su caso, formalmente a hacerlo, e informándole de manera precisa, transparente y oportuna para asegurar que tales vacaciones sigan pudiendo garantizar al interesado el descanso y el ocio a los que pretenden contribuir, de manera que, si no las toma, se perderán al término del período de devengo.

Sucedo también en el caso presente que la empresa demandada no demostró, pues ni siquiera compareció al juicio pese a estar debidamente citada, haber ofrecido la posibilidad al actor de disfrutar las vacaciones de dicho periodo de 2019, máxime cuando en marzo de 2020 se acoge a un ERTE, resultando procedente la compensación de las vacaciones generadas y no disfrutadas en dicho periodo reclamado mediante su abono en metálico, puesto que, en definitiva, ya no cabe la alternativa a disfrutarlas por haber sido despedido con efectos del 6-9-21.

SÉPTIMO.- En suma, se impone estimar el recurso en parte, manteniendo el pronunciamiento de que la acción de despido está caducada, y condenando a la empresa demandada a que abone al actor no solo al pago de la indemnización reconocida en la carta que asciende a 2.236,75 €, 534,5 € por diferencias de preaviso, y 267,25 € en concepto de vacaciones de 2.020, cantidad esta que devengará un interés del 10 % en concepto de mora, sino también a que abone al trabajador las vacaciones de 2019 devengadas y no pagadas por importe de 668,13 euros correspondientes a 15 días (hecho octavo de la demanda), cantidad esta que devengará también un interés del 10 % en concepto de mora.

Sin costas (art. 235 LRJS).

Vistos los preceptos citados,

FALLAMOS

Que debemos estimar y estimamos en parte el recurso de suplicación n.º 1015/2022 interpuesto por Don Jesús Carlos contra sentencia del Juzgado de lo Social n.º 5 de los de Madrid de 20 de mayo de 2022, dictada en sus autos n.º 1249/2021, en virtud de demanda deducida por el recurrente frente a IN BOCCA AL LUPO RESTAURACIÓN SLU, habiendo sido citado el FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, y con revocación parcial de la sentencia recurrida, manteniendo el pronunciamiento de que la acción de despido está caducada, condenamos a IN BOCCA AL LUPO RESTAURACIÓN SL a que abone al recurrente la indemnización reconocida en la carta que asciende a 2.236,75 €; 534,5 € por diferencias de preaviso; 267,25 € en concepto de vacaciones de 2.020, cantidad esta que devengará un interés del 10 % en concepto de mora; y 668,13 euros en concepto de vacaciones de 2019, cantidad esta que devengará también un interés del 10 % en concepto de mora.

Sin 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 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

Hágaseles saber a los antedichos, sirviendo para ello esta misma orden, que contra la presente sentencia pueden, si a su derecho conviene, interponer recurso de casación para la unificación de la doctrina, que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social de Madrid dentro del improrrogable plazo de los diez días laborales inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia de acuerdo con los establecido, más en concreto, en los artículos 220, 221 y 230 de la LRJS.

Asimismo se hace expresa advertencia a todo posible recurrente en casación para unificación de esta sentencia que no goce de la condición de trabajador o de causahabiente suyo o de beneficiario del Régimen Público de la Seguridad Social o del beneficio reconocido de justicia gratuita, deberá acreditarse ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso el ingreso en metálico del depósito de 600 euros conforme al art. 229.1 b) de la LRJS y la consignación del importe de la condena cuando proceda, presentando resguardos acreditativos de haber efectuado ambos ingresos, separadamente, en la cuenta corriente número 2826000000 101522 que esta Sección Primera tiene abierta en el Banco de Santander, sita en el Paseo del General Martínez Campos 35, Madrid.

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 número 2826000000101522.

Pudiéndose, en su caso, sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento de dicha condena mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia, devuélvanse los autos originales, para su debida ejecución, 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.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.