

Controversia sobre el permiso retribuido recuperable. ¿Puede la legislación en tiempos de COVID-19 afectar el derecho al disfrute de las vacaciones?

Comentario a la **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 26 de abril de 2021 (rec. 45/2020)**

Noelia Ortiz Vigo

*Observatorio Jurídico Laboral de la Violencia de Género.
Universidad de Málaga*

Extracto

En el marco del estado de alarma, el Real Decreto-Ley 10/2020, de 29 de marzo, regula un permiso retribuido recuperable para las personas trabajadoras por cuenta ajena, con el fin de reducir la movilidad de la población en el contexto de la lucha contra la COVID-19. A través de la sentencia analizada, se examina la aplicación del citado permiso en relación con el derecho al disfrute de las vacaciones anuales, contempladas en el artículo 38 del Estatuto de los Trabajadores.

Palabras clave: permiso retribuido recuperable; Real Decreto-Ley 10/2020; estado de alarma; COVID-19; derecho a vacaciones.

Cómo citar: Ortiz Vigo, Noelia. (2021). Controversia sobre el permiso retribuido recuperable. ¿Puede la legislación en tiempos de COVID-19 afectar el derecho al disfrute de las vacaciones? Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 26 de abril de 2021 (rec. 45/2020). *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 463, 149-156.

Controversy about recuperable paid leave. Could the law during COVID-19 times affect the right of employees to take annual leave?

Commentary on the Ruling of the Superior Court of Justice
of Galicia of April 26, 2021 (rec. 45/2020)

Noelia Ortiz Vigo

Abstract

Within the state of alarm, Royal Decree-Law 10/2020, of 29 March, regulates recuperable paid leave for those people who work as employees in order to reduce the mobility of the population during the fight against the spread of COVID-19. In the ruling analysed, the application of the recuperable paid leave is studied in relation to the workers' right to annual leave provided for in article 38 of the Workers' Statute.

Keywords: recuperable paid leave; Royal Decree-Law 10/2020; state of alarm; COVID-19; annual leave's right.

Citation: Ortiz Vigo, Noelia. (2021). Controversy about recuperable paid leave. Could the law during COVID-19 times affect the right of employees to take annual leave? Commentary on the Ruling of the Superior Court of Justice of Galicia of April 26, 2021 (rec. 45/2020). *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 463, 149-156.

1. Marco normativo

La crisis derivada de la COVID-19 ha desvelado de forma dramática el conjunto de debilidades y carencias estructurales de nuestros sistemas públicos de protección social. En aquel primer momento de expansión explosiva del virus, se hicieron necesarias medidas de naturaleza extraordinaria dirigidas a reducir la movilidad social de un modo drástico, con el objeto de hacer frente a una creciente e insostenible presión sobre nuestro sistema sanitario de salud. En este sentido, y en el marco del estado de alarma, el Real Decreto-Ley (RDL) 10/2020, de 29 de marzo, por el que se regula un permiso retribuido recuperable para las personas trabajadoras por cuenta ajena que no presten servicios esenciales, con el fin de reducir la movilidad de la población en el contexto de la lucha contra el COVID-19, estableció un permiso retribuido recuperable (PRR), de carácter obligatorio y limitado en el tiempo (entre los días 30 de marzo y 9 de abril), dirigido a facilitar un estado de «hibernación social», paralizando toda la actividad laboral que no estuviera considerada como esencial (si bien su concreción pudiera estar sometida a cuestionamientos terminológicos) y estableciendo como primera garantía de las personas trabajadoras el mantenimiento de su retribución con normalidad, «incluyendo salario base y complementos salariales». La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) de Galicia/A Coruña de 26 de abril de 2021 (rec. 45/2020), que aquí se analiza, examina la aplicación del PRR en relación con el derecho al disfrute de las vacaciones anuales contempladas en el artículo 38 del Estatuto de los Trabajadores (ET).

El PRR se aplicó a todas las personas trabajadoras por cuenta ajena, tanto del sector público como privado, con una salvedad, quedaban excluidas quienes prestaran servicios considerados esenciales o pudieran seguir desempeñando su actividad laboral con normalidad, mediante teletrabajo o cualquiera de las modalidades no presenciales. Además de aquellas personas trabajadoras que se encontraran con una suspensión del contrato de trabajo a consecuencia de un expediente de regulación temporal de empleo (ERTE), una incapacidad temporal o por otras causas legalmente previstas. Como afirma Fernández Avilés (2020, p. 23), se permitió a modo de válvula de escape en la aplicación del PRR que las empresas utilizaran el concepto de «actividad mínima indispensable» contenido en el artículo 4 del RDL 10/2020 y tomaran como referencia la que fuese correspondiente a «un fin de semana ordinario o en festivos».

Respecto de su régimen jurídico, el artículo 3 del RDL 10/2020 regula la posibilidad de la recuperación del PRR desde el día siguiente a la finalización del estado de alarma, hasta el 31 de diciembre de 2020. Además, prevé la obligación de negociar el modo concreto de dicha recuperación entre la empresa y la representación legal de las personas trabajadoras, en un periodo acotado de negociación de 7 días, sustituible por un procedimiento de mediación o

arbitraje. Como es común a estos procesos, la normativa establece la obligatoriedad de negociar de buena fe, pero no la de llegar a un acuerdo; de este modo, en caso de falta de acuerdo, el [artículo 3.2](#) dispone que la empresa podrá tomar la decisión de forma unilateral.

Por otra parte, el [artículo 3.3](#) aclara que la recuperación de las horas de trabajo no prestadas durante dicho permiso no podrá suponer el incumplimiento de los periodos mínimos de descanso diario y semanal previstos en la ley y en el convenio colectivo. De la misma forma, se deberán respetar los derechos de conciliación de la vida personal, laboral y familiar reconocidos según establece el artículo.

Resulta fundamental señalar la particularidad del PRR, en especial por su dimensión imperativa, la obligatoriedad de la recuperación de las horas no trabajadas durante dicho periodo y su carácter retributivo.

Dichas características configuran su particularidad y excepcionalidad. El interés en su análisis debe ponerse en línea con aquella visión crítica de [Molina Navarrete \(2020, p. 14\)](#) sobre la posibilidad de que este tipo de «legislación de excepción» traiga consigo lagunas, contradicciones, deslegalizaciones o extralimitaciones que nos hagan pensar sobre «los límites del derecho al poder de autoridad gubernativo-legislativo (excepcional). Ciertamente, lo que está en cuestión son los propios límites del derecho frente a la realidad».

2. Breve referencia al supuesto de hecho

El litigio viene determinado por la forma de recuperación de las horas de trabajo no prestadas durante el PRR vehiculado por conflicto colectivo. Trabajadores y trabajadoras de la empresa Seaga (Empresa Pública de Servicios Agrarios Galegos, SA) recibieron el protocolo de medidas de prevención COVID-19 con fecha 27 de marzo. La empresa realizó una clasificación de la tipología de trabajo a realizar durante ese periodo, en función de las categorías profesionales y puestos de trabajo. En este sentido, el personal de «brigadas» fue dispensado de trabajar hasta nuevo aviso. El resto de la plantilla siguió realizando su trabajo, teletrabajando o de forma presencial. La suspensión del trabajo se llevó a cabo desde el 30 de marzo al 8 de abril. Con fecha 6 de abril, la empresa comunicó al personal afectado el inicio de periodo de consultas para la negociación de la recuperación de los días de permiso. El comunicado trasladaba la decisión de la empresa de compensar el PRR con la deducción de 7 días de vacaciones anuales y 1 día de asuntos propios. La presidencia del comité de empresa de A Coruña, Lugo y Ourense presentó su disconformidad ante la propuesta empresarial. La comisión negociadora se constituyó, por la parte social, por la representación de los sindicatos de Confederación Intersindical Galega (CIG), Comisiones Obreras (CC. OO.) y Unión General de Trabajadores (UGT), cada uno de ellos representa a una persona afectada. Durante el periodo de negociación y tras la proposición de la empresa de la deducción de vacaciones y días de asuntos propios para compensar el PRR, CIG votó en contra, CC. OO. a favor y UGT se abstuvo.

3. Doctrina judicial

La [STSJ de Galicia de 26 de abril de 2021](#), de conflicto colectivo, dicta la resolución ante la demanda interpuesta por el comité de empresa de Seaga de A Coruña, Lugo y Ourense y la CIG contra Seaga, UGT de Galicia y CC. OO. de Galicia.

La resolución judicial estima parte de la demanda interpuesta, considerando la falta de legitimación activa por parte de los comités de empresa de las provincias de Ourense, Lugo y A Coruña. Además, considera nula la decisión de la empresa de aplicar el PRR al personal afectado. La sentencia encuadra la actividad profesional realizada por el personal de brigadas como actividad esencial y por ello excluida del PRR. Considera afectado el derecho al disfrute del periodo de vacaciones y asuntos propios del personal de «brigadas».

En primer lugar, el TSJ analiza la clasificación profesional efectuada por la empresa Seaga a través del protocolo de medidas de prevención COVID-19, para llegar a la conclusión de que las actividades realizadas por la categoría «brigada», dirigidas a la gestión de la biomasa y encuadradas dentro de las de prevención de los incendios forestales, deben tener la consideración de actividades esenciales. Para llegar a esta resolución, la sentencia hace alusión a la [Ley 3/2007, de 9 de abril](#), de prevención y defensa contra los incendios forestales de Galicia, el Pladiga (Plan de prevención y defensa contra los incendios forestales de Galicia) y la [Orden de 9 de agosto de 2018](#) por la que se publica el convenio de colaboración suscrito entre la Xunta de Galicia, la Fegamp y Seaga. Por lo cual, al ser consideradas actividades profesionales incluidas dentro del punto 7 del [anexo del RDL 10/2020, de 29 de marzo](#), el personal de «brigadas» de Seaga queda excluido del PRR regulado en dicha norma.

En segundo lugar, el TSJ va a cuestionar la decisión empresarial de deducir los días del PRR en días de vacaciones y asuntos propios del personal de «brigadas». En este sentido, la empresa entiende que la decisión de compensar dicho permiso respeta la normativa vigente en cuanto a periodos mínimos de descanso, de conciliación y preaviso manifestada en el [artículo 3.3 del RDL 10/2020](#). El TSJ difiere de la decisión de la empresa, ya que entiende que lo pretendido por la misma no es una recuperación de las horas del PRR, sino una compensación. En este sentido, establece la imposibilidad de equiparar ambos conceptos, considerando que no tienen la misma naturaleza y, por tanto, no son compensables. Como es sabido, el derecho contenido en el [artículo 38.1 del ET](#) consiste en un periodo mínimo de vacaciones retribuidas anuales de 30 días naturales, que no podrá ser objeto de compensación económica (Sentencia de la Audiencia Nacional –SAN – 101/2020, de 16 de noviembre). Asimismo, el artículo 12 del [Convenio 132 de la Organización Internacional de Trabajo](#) (OIT) determina que no pueden existir excepciones y que serán nulos los acuerdos por los que se renuncie o se pague el periodo mínimo de 3 semanas anuales de vacaciones. De la misma forma, hace alusión al artículo 137 del [Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea](#), que expone el derecho de disfrute de las vacaciones anuales retribuidas como un principio del derecho social comunitario de especial importancia, respecto del cual no pueden establecerse excepciones (en este sentido, *vid.* Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

–TJUE– de 26 de junio de 2001, asunto C-173/99, BECTU; de 18 de marzo de 2004, asunto C-342/01, Merino Gómez; de 16 de marzo de 2006, asuntos acumulados C-131/04 y 257/04, Robinson-Steele y otros; y de 22 de abril de 2010, asunto C-486/08, Zentralbetriebsrat Landeskrankenhäuser Tirols).

De forma coherente, la jurisprudencia del Tribunal Supremo (TS) ([Sentencia del TS de 25 de mayo de 2011, rec. 3103/2010](#)), y en línea con la doctrina del TJUE, refuerza la garantía a las vacaciones bajo la prohibición de subordinar o limitar el derecho del disfrute de las mismas, siendo su finalidad última el establecimiento de un periodo de descanso y de ocio y esparcimiento de las personas trabajadoras. Así, el TSJ considera la inadmisión de la recuperación de las horas no trabajadas del PRR a través de días de vacaciones, ya que ello supondría una vulneración del [artículo 38 del ET](#).

Pero incorpora un argumento relevante más, la finalidad de las vacaciones no puede ser equiparable a la finalidad del PRR y, por ello, ambas situaciones no pueden ser comparables. Si bien el PRR fue una imposición de la normativa de excepción derivada de la rigidez del estado de alarma en aquel momento, que obligaba al confinamiento estricto, no permite la compensación a través del principio *inclusionis unius exclusionis alterius*, ya que el [artículo 3 del RDL 10/2020](#) no hace mención de la posibilidad de compensación del PRR con el periodo de vacaciones. De este modo, la conclusión por parte del TSJ de Galicia es la de determinar la imposibilidad de compensar el PRR con el derecho a vacaciones y/o asuntos propios.

4. Trascendencia de la doctrina

Esta [sentencia](#) resulta interesante ya que plantea la tensión entre los derechos de las personas trabajadoras y ciertas limitaciones contenidas en las normativas derivadas del estado de alarma. Como bien afirma [Molina Navarrete \(2020, p. 10\)](#), dicha legislación de excepción vino acompañada de vicios jurídicos que han complicado su comprensión práctica y han provocado un colapso del orden jurídico-laboral ante la reacción de las personas trabajadoras contra las consecuencias laborales perjudiciales. La legislación excepcional interpuesta por el Gobierno no puede, en ningún caso, servir como sustento para vulnerar derechos laborales de las personas trabajadoras.

Y el derecho laboral afectado no es menor. La normativa española reconoce el derecho a vacaciones en el [artículo 40.2 de la Constitución española](#) (CE), y lo concreta en el [artículo 38 del ET](#), cuya duración mínima establecida es 30 días naturales. La vigencia y la fuerza derivadas del [artículo 10.2 de la CE](#) refuerzan la dimensión de derecho universal del derecho al disfrute de las vacaciones (en el ámbito europeo, la [Directiva 2003/88/CE](#) indica en su artículo 7 el periodo mínimo de 4 semanas de vacaciones. La normativa internacional establece un mínimo de 3 semanas laborables en el artículo 12 del [Convenio 132 de la OIT](#). Igualmente, se manifiesta en el artículo 24 de la [Declaración Universal de los Derechos](#)

Humanos, el artículo 7 del [Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales](#), y el artículo 31.2 de la [Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea](#)). La recuperación del PRR no podrá minorar el derecho de las vacaciones en ningún caso, especialmente por la imposibilidad de compensar dicho permiso con el periodo de vacaciones por la ausencia de similitud en su naturaleza.

El derecho a vacaciones responde a una doble finalidad ([Tapia Hermida, 2012, p. 231](#)): permitir el descanso laboral de la persona trabajadora y, supletoriamente, favorecer que disponga de ocio y esparcimiento. En este sentido, la doctrina del Tribunal de Luxemburgo (Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas –[STJCE](#)– de [20 de enero de 2009, asuntos acumulados C-350/06 y C-520/06, Shultz-Hoff](#)) tuvo una importante consecuencia en el reconocimiento de este derecho como un periodo de recuperación, ampliando su objetivo al disfrute de ocio y esparcimiento ([López Álvarez, 2017](#)).

Si bien la medida de suspender la actividad profesional no esencial responde sin lugar a duda a una necesidad social de primer orden, y la fórmula utilizada puede parecer razonable en términos generales, resulta más dudoso compensar estos periodos de paro forzoso con los periodos de vacaciones. Pocas similitudes existen entre aquel paro en el marco del confinamiento estricto derivado del estado de alarma y un periodo de vacaciones. Más bien se asemeja a una situación de tensión emocional para la ciudadanía, con especial dificultad para realizar actividades de ocio y personales, debido al confinamiento domiciliario. La finalidad que viene dada por este derecho no puede ser equiparable al PRR, teniendo en cuenta, además, la obligatoriedad del mismo para las personas que no realizaran trabajos esenciales, especialmente por esta perspectiva finalista de los diferentes permisos ([STJCE de 18 de marzo de 2004, asunto C-342/01, Merino Gómez](#)).

Pero resulta interesante examinar la solución aportada por la AN ([SAN 91/2020, de 28 de octubre](#)) sobre cómo recuperar los periodos del PRR, que reposa fundamentalmente en el juego de la voluntariedad de las personas afectadas. De este modo, se considera legítima aquella compensación voluntaria del PRR en días de vacaciones (que se puede ver favorecida con la oferta de la empresa de conceder 1 día adicional de vacaciones sin cargo al cómputo anual). La segunda opción es la creación de una bolsa de horas a recuperar. Si bien, todas las quejas referidas a la sustitución «forzosa» del periodo de vacaciones sería aplicable a su sustitución voluntaria, la AN entiende legítimo el acuerdo en este sentido; no olvidemos que los derechos laborales, y singularmente el derecho a vacaciones, son indisponibles para la persona trabajadora.

Reforzando la opinión de la sentencia analizada, la [Sentencia del Juzgado de lo Social de Melilla 149/2020, de 3 de noviembre](#), determina la nulidad del disfrute de vacaciones durante el periodo de confinamiento y ratifica que la trabajadora afectada conserve el derecho a su disfrute en un tiempo posterior (se refiere a una trabajadora cuyo periodo de vacaciones coincidió con el periodo de confinamiento estricto). El fundamento jurídico de la sentencia ha sido la comparativa de la situación del periodo de confinamiento con una situación de

incapacidad temporal, en la cual la persona trabajadora conserva su derecho a disfrutar de sus vacaciones (López Álvarez, 2017). Razona su decisión considerando el periodo de confinamiento estricto una causa de fuerza mayor y, por ello, condiciona el disfrute de las vacaciones ante las restricciones de «libertad ambulatoria (desplazarse, salir de su domicilio, tener su ocio particular, visita de familiares, acudir a un bar, hacer deporte, etc.), máxime, además, al tratarse de derecho contemplado por el TJE como un principio social comunitario».

Ciertamente, la falta de naturaleza jurídica común entre el PRR y el derecho al disfrute de las vacaciones y/o asuntos propios hace inviable su compensación. Si bien durante este periodo de inactividad obligatoria no existió obligación de trabajar, este factor no determina necesariamente que estos periodos puedan ser considerados como de asueto. El periodo de confinamiento estricto caracterizado por sentimiento colectivo de inseguridad e incertidumbre hace difícil que pueda tener la consideración de tiempo de vacaciones, máxime teniendo en cuenta la rigidez de las restricciones.

La legislación excepcional impuesta por el Gobierno no puede servir como sustento para vulnerar derechos laborales. Los derechos laborales no pueden ser suprimidos por este tipo de legislación y, en este caso, el derecho a vacaciones, siendo un derecho indisponible para las personas trabajadoras. La normativa que regula el PRR es confusa y genera diferentes problemas interpretativos. Las nuevas normas laborales para hacer frente a la pandemia ocasionada por la COVID-19 han dado lugar a diversas situaciones de incertidumbre en el ámbito laboral. Si bien la paralización de la actividad no esencial resultó una medida de interés público y significó un escudo social frente al contagio colectivo, estas medidas tan necesarias deben limitar su impacto sobre los derechos laborales. El periodo de PRR no representó unas vacaciones para las personas trabajadoras, sino que es tiempo de trabajo ya remunerado, que deberán recuperar con el objeto de evitar que sean las empresas las que paguen la cesión forzosa de la actividad, sin que ello deba afectar el necesario derecho al descanso anual que tienen dichas personas trabajadoras.