

CUESTIONES PRÁCTICAS SOBRE TIEMPO DE TRABAJO

Carolina San Martín Mazzucconi

*Profesora titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad Rey Juan Carlos*

EXTRACTO

En materia de tiempo de trabajo mucho se ha dicho y escrito, pues se trata de un tema ciertamente amplio y de contenido heterogéneo. En consonancia con ello, el abanico de pronunciamientos y pautas judiciales relevantes al respecto es igualmente extenso y variado.

A continuación se expone una reducida selección de sentencias, que no responde a otro objetivo más que ofrecer al lector un brevísimmo muestrario de criterios interesantes sobre distintos aspectos de la materia, algunos de ellos no exentos de polémica y que han sido objeto de análisis y debate en la ponencia del *Curso de Perfeccionamiento y Actualización Laboral* que sobre esta materia ha organizado el CEF.

Palabras claves: tiempo de trabajo, vacaciones, permisos, excedencias y reducción de jornada.

Sumario

1. Trabajo durante las vacaciones (STC 192/2003, de 27 de octubre)
2. Devengo de comisiones en vacaciones (STJUE de 22 de mayo de 2014, asunto C-539/12)
3. No reincorporación del excedente voluntario (STS de 23 de septiembre de 2013, RCUd 2043/2012)
4. Maternidad subrogada (SSTJUE de 18 de marzo de 2014, asuntos C-167/12 y C-363/12)
5. Reducción de jornada por reducción de contrata (STS de 26 de abril de 2013, RCUd 2396/2012)
6. Permiso por lactancia del padre durante excedencia de la madre (STSJ de Castilla y León/Burgos de 12 de julio de 2012, rec. núm. 459/2012)
7. Permiso por cumplimiento de deber inexcusable (STSJ de Extremadura de 9 de noviembre de 2004, rec. núm. 598/2004)
8. Permiso por intervención quirúrgica de familiar (STSJ de Andalucía/Sevilla de 21 de mayo de 2002, rec. núm. 4096/2001)
9. Permiso por nacimiento de hijo y vacaciones (STSJ de Galicia de 30 de mayo de 2008, rec. núm. 1276/2008)
10. Lactancia acumulada (STSJ de Castilla y León/Burgos de 30 de mayo de 2012, rec. núm. 287/2012)
11. Baja voluntaria y vacaciones no disfrutadas (Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 33 de Madrid de 7 de abril de 2014)

1. TRABAJO DURANTE LAS VACACIONES (STC 192/2003, de 27 de octubre)

El supuesto es muy sencillo: un trabajador que presta servicios como peón agrícola en una empresa dedica tres de sus días de vacaciones a trabajar como podador de árboles en otra organización productiva. La primera empresa lo despide por transgresión de la buena fe contractual.

Tanto en instancia como en suplicación se considera que el despido es procedente, pues el derecho a vacaciones, que es irrenunciable e indisponible, está pensado para que el trabajador descanse y se encuentre en plenas condiciones de rendimiento a su vuelta al puesto de trabajo. De no hacerlo así, estaría defraudando a la empresa, obligada a retribuir un descanso que no es tal.

El trabajador acude en amparo ante el Tribunal Constitucional, alegando vulneración del artículo 24 de la CE, pues las sentencias de instancia y suplicación no habrían fundamentado correctamente la existencia de una actuación contraria a la buena fe contractual.

De la fundamentación jurídica de este importante pronunciamiento, que atiende la pretensión del trabajador y le reconoce su derecho a trabajar en tiempo de vacaciones, interesa destacar las siguientes pautas:

- El disfrute de vacaciones es un derecho y no un deber; no existe una obligación laboral de descansar, porque no se trata de un tiempo de descanso a disposición del empresario –que, por tanto, podría controlar– sino de tiempo libre.
- El artículo 40 de la CE no prohíbe que el trabajador realice una actividad remunerada durante sus vacaciones. Es más, nuestro sistema jurídico está presidido por la libertad y el derecho al trabajo, admitiéndose incluso el pluriempleo salvo situaciones de competencia desleal o pactos de exclusividad.
- Concebir las vacaciones como tiempo de reposición de energías para reanudar el trabajo supone reducir a la persona a un mero factor de producción, lo que resulta contrario a su dignidad.

2. DEVENGO DE COMISIONES EN VACACIONES (STJUE de 22 de mayo de 2014, asunto C-539/12)¹

En esta sentencia, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea completa su doctrina sobre la retribución correspondiente al periodo de disfrute de las vacaciones anuales.

¹ Vid. «Vacaciones anuales. Derecho al pago de comisiones y cálculo de su importe» en www.laboral-social.com.

A su ya clásico criterio según el cual los trabajadores no han de sufrir disminuciones retributivas por el hecho de disfrutar vacaciones, añade ahora una precisión: resulta intrascendente el momento en que esa disminución pudiera producirse, pues lo que la [Directiva 2003/88/CE](#) pretende evitar es que quien disfrute vacaciones anuales experimente una reducción en su retribución global en comparación con quien no lo haga.

En el caso examinado, la retribución del trabajador está compuesta por un salario base más una comisión mensual de importe variable (más del 60%) en función de las ventas que logre, con la particularidad de que esta última se abona varias semanas o meses después de haber realizado el trabajo que da derecho a ella. Durante las vacaciones el trabajador percibe las comisiones devengadas en las semanas previas (de modo que en ese momento no sufre merma salarial alguna y se cumple, en apariencia, la jurisprudencia sobre la Directiva comunitaria), pero al no generar nuevas comisiones mientras descansa, ello repercute en su retribución posterior. Con este diseño, durante las vacaciones el trabajador solo estaría devengando su salario base, lo que supone una disminución retributiva vinculada al disfrute del descanso anual, contraria al Derecho comunitario.

Sobre el método de cálculo de las comisiones devengadas en vacaciones, compete al juez nacional apreciar si es adecuado, sobre la base de una media calculada en relación con un periodo de tiempo de referencia representativo.

3. NO REINCORPORACIÓN DEL EXCEDENTE VOLUNTARIO (STS de 23 de septiembre de 2013, RCU 2043/2012)²

Un trabajador en situación de excedencia voluntaria por cuidado de hijo comunica a la empresa su intención de reincorporarse a su puesto.

La empresa le responde que no es posible atender su petición «puesto que a la fecha no existe vacante de su categoría o grupo profesional», lo que da lugar a que el trabajador impugne por despido.

El Tribunal Supremo unifica doctrina indicando que solo habrá despido cuando conste la voluntad de la empresa de extinguir unilateralmente el contrato, y en este caso no se aprecia, pues no niega la reincorporación en sí misma sino su posibilidad en el momento en que se solicita.

² Vid. «Solicitud de reingreso tras excedencia por cuidado de hijo que es rechazada por inexistencia de vacante. ¿Qué debe hacer el trabajador?» en www.laboral-social.com.

4. MATERNIDAD SUBROGADA (SSTJUE de 18 de marzo de 2014, asuntos C-167/12 y C-363/12)³

El tribunal comunitario resuelve dos casos en los que se plantea si la madre subrogante (es decir, quien contrata la gestación por sustitución o vientre de alquiler) tiene derecho a un permiso por maternidad en términos similares al que corresponde por adopción.

Uno de los casos tiene lugar en el Reino Unido, cuyo ordenamiento jurídico permite la gestación por sustitución pero no reconoce el permiso por maternidad en estos casos. El tribunal mantiene que el Derecho comunitario no impide a los Estados reconocer permisos para estos supuestos, pero no están obligados a ello, sin que de ahí quepa deducir la existencia de una discriminación por razón de sexo.

El otro caso tiene lugar en Irlanda, donde no se regula la gestación por sustitución. Afecta a una trabajadora que nació sin útero, y que, tras acudir a la figura de la maternidad subrogada, reclama un permiso por maternidad que le es denegado al no haberse producido parto ni adopción. Ella alega discriminación por discapacidad, pero el tribunal la rechaza, pues para ello sería necesario que su dolencia física interfiriera en el disfrute igualitario de su vida profesional, que no es el caso.

5. REDUCCIÓN DE JORNADA POR REDUCCIÓN DE CONTRATA (STS de 26 de abril de 2013, RCUd 2396/2012)

Un conserje de una empresa de servicios desempeña su actividad en dos centros en los que su empresa tiene adjudicadas sendas contratas. Una de ellas se rescinde, de modo que la empresa ofrece al trabajador reducir su jornada para ajustarla a la contrata restante. El empleado se niega y es despedido por circunstancias objetivas.

El Tribunal Supremo unifica doctrina manteniendo que, en principio y salvo que existan otros puestos vacantes, la pérdida o disminución de encargos constituye causa productiva y organizativa que justifica la extinción contractual. Lo que sucede es que en este caso esa disminución de encargos solo afecta a una parte de la jornada del trabajo, y dado que el artículo 12 del ET prohíbe imponer al trabajador la transformación de su contrato a tiempo completo en otro a tiempo parcial, si este no acepta voluntariamente el cambio, la empresa puede extinguir su contrato.

³ Vid. un comentario a estas sentencias en TAPIA HERMIDA, A.: «En torno a la discriminación en la concesión de permisos por maternidad a madres subrogantes que han tenido un hijo gracias a un convenio por sustitución», *RTSS. CEF*, núm. 374, mayo 2014.

6. PERMISO POR LACTANCIA DEL PADRE DURANTE EXCEDENCIA DE LA MADRE (STSJ de Castilla y León/Burgos de 12 de julio de 2012, rec. núm. 459/2012)

Ambos progenitores trabajan en la misma empresa. Ella disfruta del descanso por maternidad y luego de una excedencia por cuidado de hijo. Él pide acumular el permiso por lactancia, pero la empresa se niega pues no le consta que la trabajadora hubiera cedido el derecho.

El tribunal autonómico apoya la decisión de la empresa, pero por otros motivos:

El permiso por lactancia ya no se vincula a la lactancia natural, sino a la pura conciliación para atender al hijo. Por eso el artículo 37.4 del ET establece que pueda ser disfrutado indistintamente por la madre o por el padre en el caso de que ambos trabajen. Consecuentemente, la madre no cede el derecho sino que también lo ostenta el padre cuando ambos trabajan.

Ahora bien, lo que ocurre en este caso es que la madre, al encontrarse en excedencia, no está trabajando, de modo que no se cumple el presupuesto (que ambos progenitores trabajen) para que el padre lo pueda disfrutar.

7. PERMISO POR CUMPLIMIENTO DE DEBER INEXCUSABLE (STSJ de Extremadura de 9 de noviembre de 2004, rec. núm. 598/2004)

El trabajador impugna una sanción que le ha impuesto la empresa, compareciendo a la vista del juicio. Ese día no concurre a su puesto de trabajo.

La empresa imputa el día no trabajado como tiempo de descanso, lo que motiva la demanda del trabajador, por entender que tenía derecho a disfrutar del correspondiente permiso retribuido para atender un deber inexcusable de carácter público y personal.

El Tribunal Superior da la razón a la empresa, por los siguientes motivos:

- El disfrute del permiso que el trabajador reclama exige previo aviso y justificación, y el trabajador no preavisó. El que se tratara de un juicio contra la empresa no significa que esta debiera considerarse tácitamente avisada, pues el trabajador podía no comparecer o hacerlo mediante representante.
- El permiso es por el tiempo indispensable para atender el deber de que se trate, y sin embargo el trabajador no fue a trabajar en todo el día.

8. PERMISO POR INTERVENCIÓN QUIRÚRGICA DE FAMILIAR (STSJ de Andalucía/Sevilla de 21 de mayo de 2002, rec. núm. 4096/2001)

Un trabajador comunica su intención de disfrutar de un permiso por intervención quirúrgica de su mujer, y la empresa le advierte de que no puede disfrutarlo íntegro, pues la mitad de los días previstos en el convenio colectivo se concederían a la hermana de la enferma, empleada en la misma empresa.

El trabajador interpone demanda reclamando el derecho al disfrute íntegro del permiso.

El tribunal andaluz confirma la sentencia de instancia, que daba la razón al trabajador, pues ni la ley ni la mejora convencional condicionan el permiso a que no se disfrute también por otro trabajador de la misma empresa, aunque sea en virtud del mismo pariente.

9. PERMISO POR NACIMIENTO DE HIJO Y VACACIONES (STSJ de Galicia de 30 de mayo de 2008, rec. núm. 1276/2008)

Desde el día del nacimiento de su hija, el trabajador disfruta vacaciones. Seguidamente hace lo propio con el permiso de paternidad, y a continuación vuelve a tomarse vacaciones. A su vuelta, solicita que se le conceda el permiso retribuido por nacimiento de hijo, a lo que la empresa se niega, motivando la demanda del empleado.

Tanto en la instancia como en suplicación se desestima la pretensión, considerando que el presupuesto para el disfrute del permiso es la prestación efectiva de servicios, porque estamos ante un derecho a «ausentarse del trabajo», lo que no ocurre si se está de vacaciones, pues ni la ley ni el convenio de aplicación prevén que se suspendan las vacaciones por nacimiento de hijo.

10. LACTANCIA ACUMULADA (STSJ de Castilla y León/Burgos de 30 de mayo de 2012, rec. núm. 287/2012)

Una trabajadora pide la acumulación de su permiso por lactancia y la empresa le reconoce el derecho a acumular solo 30 minutos diarios –y no una hora completa–, debido a que tenía la jornada reducida en un 50%.

El Juzgado de lo Social da la razón a la trabajadora, reconociéndole el derecho a acumular horas completas, con independencia de su jornada.

Este criterio es confirmado por el Tribunal Superior, argumentando que la ley no precisa que estemos ante un permiso de disfrute proporcional a la jornada. Consecuentemente, debe aplicarse la interpretación más favorable para la trabajadora.

11. BAJA VOLUNTARIA Y VACACIONES NO DISFRUTADAS (Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 33 de Madrid de 7 de abril de 2014)

El trabajador anuncia, con una antelación de más de dos meses, su decisión de extinguir el contrato de trabajo. Hasta que ello se hace efectivo continúa prestando servicios, a pesar de que tiene pendientes de disfrute un total de noventa y dos días de vacaciones. En el momento de dejar la empresa, solicita que se le abonen las vacaciones no disfrutadas.

El juzgado considera que no procede su abono, pues el presupuesto es que las vacaciones no hayan podido disfrutarse antes de ver extinguido el contrato. No es esto lo que sucede cuando el contrato se extingue por decisión del trabajador, que además tuvo tiempo suficiente para disfrutarlas entre el momento en que tomó la decisión extintiva y la fecha de su efectividad.