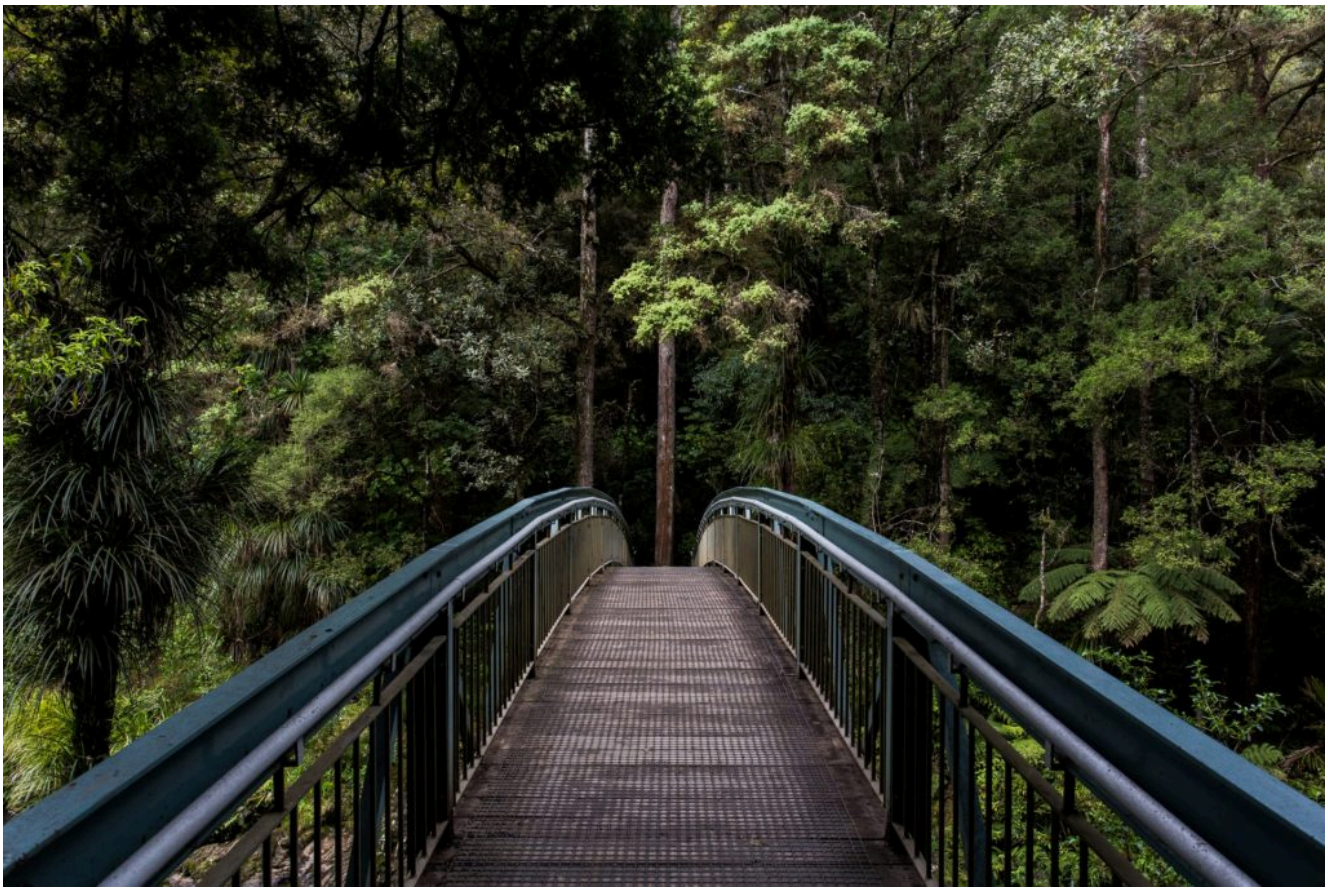
DEVENGO Y DISFRUTE DE VACACIONES EN ERTE

SOBRE EL DEVENGO DE VACACIONES DURANTE LA SUSPENSIÓN CONTRACTUAL



Vacaciones en ERTE

DEVENGO Y DISFRUTE DE VACACIONES EN ERTE

Se están produciendo muchas consultas y debate sobre el derecho de vacaciones de los trabajadores en ERTE. Teniendo en cuenta que la situación es absolutamente novedosa puesto que, a diferencia de lo que ocurre en el ERTE ordinario en el que las circunstancias que lo determinan afectan de forma específica a una sola empresa, el contrato se suspende a todos

los efectos y el SEPE paga el desempleo con cargo a los derechos devengados por el trabajador, en el ERTE propiciado por el COVID (el regulado en los artículos 22 y 23 del RDL 8/2020) concurre una fuerza mayor general de carácter extraordinario declarada mediante decreto ley, la prestación pagada por el SEPE no requiere que el trabajador haya devengado los derechos correspondientes y el pago de la prestación no los reduce. Estamos, por lo tanto, ante un caso atípico que nos obliga a hacer una aproximación tentativa a los problemas, adoptando soluciones que pueden ser luego consolidadas o rechazadas por los tribunales.

Establecido lo anterior y por razones de claridad, vamos a ver cómo queda regulado el asunto en tres casos: 1) suspensión del contrato en caso de IT, 2) suspensión del contrato en el caso de ERTE suspensivo ordinario y 3) Suspensión del contrato en el caso de ERTE del artículo 22 o el 23 del RDL 8/2020.

SUSPENSIÓN POR IT

1.- Calendario de vacaciones. El artículo 38 del Real Decreto Legislativo 2/2015 de 23 de octubre del Estatuto de los Trabajadores (ET) establece que el periodo de vacaciones será, como mínimo, de 30 días naturales. El periodo de disfrute será el pactado entre el empresario y los trabajadores o el determinado por la jurisdicción social en caso de desacuerdo. El calendario deberá quedar establecido con una antelación mínima de dos meses al periodo de disfrute. Si este periodo coincide con una suspensión del contrato por Incapacidad temporal o por las causas previstas en el artículo 48, apartados 4, 5 o 7 del ET (nacimiento, adopción y riesgo durante el embarazo) el trabajador tendrá derecho a disfrutarlas cuando se reincorpore, incluso cuando haya vencido el año natural correspondiente.

2.- Devengo del derecho a las vacaciones. Este tema resulta algo más dudoso. En una primera aproximación se podría considerar que conforme al principio de proporcionalidad y encontrándose el contrato suspendido, el derecho de vacaciones quedaría reducido en proporción a los días de suspensión o, dicho de otra manera, que efectivamente no se devengarían vacaciones durante la IT. No obstante, en contra de esta idea opera el artículo 5.4 del Convenio 132 de la OIT que dice que "En las condiciones que en cada país se determinen por la autoridad competente o por el organismo apropiado, las ausencias del trabajo por motivos independientes de la voluntad de la persona interesada, como enfermedad, accidente o maternidad, serán contadas como parte del período de servicios." Por su parte el artículo 7 de la Directiva 2003/88/CE establece 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.". Esta redacción ha sido interpretada por el TJUE estableciendo que "Por otro lado, en lo que atañe a este último derecho (vacaciones anuales retribuidas), la Directiva 2003/88 no hace distinción alguna entre los trabajadores que durante el período de devengo de las vacaciones anuales se ausentan del trabajo como consecuencia de una baja por enfermedad –de corta o larga duración– y aquellos otros que durante dicho período trabajan efectivamente. De ello se deduce que, cuando se trata de trabajadores en situación de baja por enfermedad debidamente prescrita, ningún Estado miembro puede supeditar el derecho a vacaciones anuales retribuidas, que la propia Directiva 2003/88 atribuye a todos los trabajadores (sentencia BECTU, antes citada, apartados 52 y 53), al requisito de haber trabajado efectivamente durante el período de devengo de las vacaciones anuales establecido en el Estado de que se trate." En conclusión, queda claro, que en los casos definidos en el artículo 38 ET (Incapacidad temporal y las causas previstas en el artículo 48, párrafos 4, 5 o 7

del ET) no solo se produce el derecho a disfrutar las vacaciones con posterioridad, sino que, asimismo, se devenga la parte proporcional de las vacaciones correspondiente al periodo de suspensión.

ERTES ORDINARIOS

No existiendo excepciones normativas, se aplica, en ambos capítulos (calendario y devengo), la lógica jurídica que corresponde a la naturaleza de la situación y, encontrándose el contrato suspendido, se entiende que no produce efecto alguno, cesando el devengo de las vacaciones y no prorrogándose más allá del año natural el derecho de disfrute de las ya devengadas.

ERTES DE LOS ARTÍCULOS 22 Y 23 DEL RDL 8/2020

En principio a estos ERTES se les aplica el mismo criterio que a los ordinarios. En lo relativo al calendario de vacaciones entendemos que no cabe ninguna duda y que, conforme a dicho criterio, no se podrán disfrutar las vacaciones con posterioridad (lo contrario implicaría trasladar indebidamente al empleador las consecuencias de la fuerza mayor). Por lo tanto, los trabajadores cuyas vacaciones ya se encontrarán fijadas para los días que finalmente hayan quedado comprendidos en el periodo del ERTE no podrán disfrutarlas más adelante y los que no las tuvieran fijadas para dichos días podrán disfrutarlas hasta el 31 de diciembre de 2020, perdiéndolas si no alcanzan a disfrutarlas en este año natural. En cambio, en cuanto al devengo de las vacaciones cabría plantearse si, más allá de la redacción literal del Convenio de la OIT y de la Directiva antes citadas, teniendo en consideración las circunstancias extraordinarias de fuerza

mayor general que concurren en este caso, la sentencia del TJUE, asimismo citada, podría amparar una reclamación judicial para que se le reconozca al trabajador el derecho a las vacaciones devengadas durante el ERTE. A este respecto, hay que tener en cuenta que la cuestión que se planteó de forma específica al TJUE fue si los periodos de enfermedad contaban como periodos de servicio a efectos del devengo de las vacaciones, por lo que su respuesta se refirió a ese caso. No obstante, las consideraciones jurídicas que realiza para justificar esta respuesta van más allá de ese caso concreto y se podrían extrapolar para cualquier otro en el que la suspensión del contrato fuera extracontractual e involuntaria (el propio Convenio OIT habla de la enfermedad solo como una de las posibles causas de suspensión no voluntaria) para el trabajador como ocurre con los ERTES a los que nos estamos refiriendo.

CONCLUSIÓN

Como siempre que existe alguna duda lo mas recomendable es alcanzar acuerdos con los trabajadores que eviten las posibles reclamaciones.

Alberto Berdión Osuna

Socio Director