

De SummAT , Sindicato Asambleario del SUMMA112

A: Doña María Luisa Cano Santayana y Ortega, Inspectora de trabajo

Buenos días María Luisa:

Tras la última reunión que mantuvimos nos gustaría aclarar o matizar ciertas cuestiones que se comentaron.

Es de todos conocido como algunas de las sentencias de contencioso administrativo sobre las vacaciones de los eventuales que realizan su actividad laboral en el SUMMA112, están negando un derecho fundamental, ya que la argumentación que se comenta en ellas está en contra de normas básicas como el Estatuto Marco, el Estatuto Básico del Empleado Público, el Estatuto de los Trabajadores, el Convenio 132 de la OIT, etc.

Estas sentencias se basan en el punto 2.5 de la Resolución de 1 de junio de 1993, entre la Administración Sanitaria del Estado y Organizaciones Sindicales más representativas en el Sector, sobre permisos, licencias y vacaciones. ESTA RESOLUCION ESTA DEROGADA, pero aunque no fuera así, la argumentación que manejan son contrarias a normas de rango superior y en ningún momento la resolución del 93 puede sustentar las conclusiones que realizan de los jueces sobre este tema, tales como que las vacaciones “ *se prorratean en los periodos de descanso*” (entre jornada laboral y jornada laboral), u otra refiriéndose al trabajo en una UME que dice: “*que la libranza de 5 días post guardia incluye todos los conceptos de descanso y también de vacaciones*”, es muy curioso como el punto de la resolución en el que se basan para dictar sentencia **tan solo dice** :

*“De la jornada anual de trabajo que se contempla en el punto IV del Acuerdo entre la Administración Sanitaria del Estado y las Organizaciones Sindicales de 22 de febrero no se detraerá la vacación anual retribuida. Las libranzas semanales ni los días de libre disposición que se señala en el punto B-1.1. Debiendo realizarse en todo caso la jornada anual que corresponda a cada trabajador según su programación.....”*

Por lo consideramos que es una interpretación arbitraria, maliciosa y que daña al trabajador, dándose el caso curioso que las sentencias son un mero recorta y pega de casos anteriores utilizando exactamente las mismas palabras.

También nos sorprende como en ninguno de los caso se habla de la jornada anual realizada por el trabajador, o como en nuestros calendarios anuales, los cuales son los mismos para todo el personal al margen de su vinculación laboral, hay por ley y un mes de vacaciones, pudiéndose llegar al absurdo de que si aplicáramos este criterio que plantean en el contencioso a los profesionales fijos, interinos y eventuales que trabajaran de enero a diciembre en el SUMMA 112 y que realicen la jornada anual de 1536 horas, según la planificación, dispondrían, según esta premisa, de sus vacaciones anuales según planing, más un número indeterminado de días, contando

arbitrariamente como vacaciones los días de descanso o libres entre jornadas laborales, es más si contamos periodos de 5 en 5 días entre jornadas y aplicamos el criterio del contencioso, nos salen más de tres meses de vacaciones (nosotros lo hemos contabilizado por curiosidad y el caso de los SUAPS tenemos más de tres meses y medio) y seríamos los únicos trabajadores del sistema con un número tan elevado de vacaciones.

Otro punto importante es que esas sentencias estén en contra de una norma superior. El Estatuto de los Trabajadores en su artículo 38. Vacaciones anuales. Dice:

*1. El periodo de vacaciones anuales retribuidas, no sustituible por compensación económica, será el pactado en convenio colectivo o contrato individual. En ningún caso la duración será inferior a treinta días naturales.*

*2. El periodo o periodos de su disfrute se fijará de común acuerdo entre el empresario y el trabajador, de conformidad con lo establecido en su caso en los convenios colectivos sobre planificación anual de las vacaciones.*

*En caso de desacuerdo entre las partes, la jurisdicción social fijará la fecha que para el disfrute corresponda y su decisión será irrecurrible. El procedimiento será sumario y preferente.*

*3. El calendario de vacaciones se fijará en cada empresa. El trabajador conocerá las fechas que le correspondan dos meses antes, al menos, del comienzo del disfrute.*

*Cuando el periodo de vacaciones fijado en el calendario de vacaciones de la empresa al que se refiere el párrafo anterior coincida en el tiempo con una incapacidad temporal derivada del embarazo, el parto o la lactancia natural o con el periodo de suspensión del contrato de trabajo previsto en los apartados 4, 5 y 7 del artículo 48, se tendrá derecho a **disfrutar las vacaciones en fecha distinta a la de la incapacidad temporal** o a la del disfrute del permiso que por aplicación de dicho precepto le correspondiera, al finalizar el periodo de suspensión, aunque haya terminado el año natural a que correspondan.*

*En el supuesto de que el periodo de vacaciones coincida con una incapacidad temporal por contingencias distintas a las señaladas en el párrafo anterior que imposibilite al trabajador disfrutarlas, total o parcialmente, durante el año natural a que corresponden, el trabajador podrá hacerlo una vez finalice su incapacidad y siempre que no hayan transcurrido más de dieciocho meses a partir del final del año en que se hayan originado.*

¿Cómo se puede saber en el caso que plantea el contencioso si los días de I.T. son de vacaciones o simplemente días libres?, cuando en los calendarios de los trabajadores no están reflejados los días que son vacaciones y los días que son libres (se adjuntaron copias de los calendarios en su día) y tampoco el trabajador lo conoce, y como se pudo constatar en la reunión, la empresa se niega a señalarlos de forma oficial en el caso de los eventuales.

¿Cómo podemos fijar de común acuerdo el periodo de disfrute? , si desconocemos los días.

¿Puede la empresa decidir unilateralmente el disfrute de vacaciones ante la inminente finalización del contrato? .El período o períodos vacacionales se fijarán de común acuerdo entre empresario y trabajador. Debe existir un calendario pactado entre ambas partes no se podrían imponer un periodo vacacional distinto (Art. 38, ET).

Las normas laborales, nacionales como el Estatuto de los Trabajadores o internacionales como el convenio 132 de la OIT, establecen que las vacaciones no son susceptibles de compensación económica, haciendo una excepción en el supuesto de extinción del contrato, pero en ningún caso mencionan obligación alguna para el trabajador a aceptar ese periodo vacacional; por ello, la obligación de disfrute impuesta unilateralmente no cabe en la normativa.- TS, Sala de lo Social, de 24/06/2009, Rec. 1542/2008.- E.T. Art. 38.

**La resolución del 93 quedo derogada por el pacto suscrito en la mesa Sectorial de Sanidad del día 10 de diciembre de 2015 sobre vacaciones, permisos.....** (Del cual se adjunto una copia)

En el apartado 1 ámbito de aplicación dice “*el presente pacto será de aplicación al personal estatutario cualquiera que sea su vinculación....*” Por lo que deja totalmente claro que será de aplicación a los contratos eventuales y los de sustitución (9.3 y 9.4 recogidos en el Estatuto Marco) en este apartado queremos hacer referencia a las última sentencia del Tribunal de Justicia Europeo,” *la llamada sentencia Porras de 14 de septiembre de 2016* en la que **Tribunal** Europeo ha sugerido al Estado Español a adoptar medidas para terminar con la discriminación entre trabajadores eventuales y fijos, **Por el principio de la no discriminación**

En el apartado 2 que se refiere a vacaciones en el epígrafe de duración dice: “*...tendrán una duración de veintidós días hábiles anuales por año completo de servicios, o de los días que corresponda **proporcionalmente** si el tiempo de trabajo fuese menor, obrando la fracción, a favor del trabajador.....*”

En su apartado 2 también dice: “*en ningún caso, la distribución anual de la jornada puede alterar el número de días de vacaciones o de fiestas laborales de carácter retribuido y no recuperable* “

Y por último en el apartado 2, epígrafe calendario, se incluye de forma expresa al SUMMA 112

El contencioso iguala días libres entre guardia y guardia a vacaciones, sin entrar en más apreciaciones como ya se dijo. Según la sentencia de TSJ Galicia, Sala de lo social de 13/03/2007, Rec 5005/2006 ( se adjunta copia) la empresa alega que:

*” los días de libranza tienen una naturaleza idéntica a la de los de vacaciones, en el sentido de que si las vacaciones sirven para compensar el cansancio*

*producido por el trabajo anual, los días de libranza semanal, el producido por el trabajo durante esa semana"* EL magistrado rebate esta afirmación argumentando que: *“ Unos y otros son derechos al descanso, pero, en modo alguno, los días de libranza y los días de vacaciones son, más allá de esa afirmación general, de idéntica naturaleza jurídica porque son distintas sus normas reguladoras, son distintos sus presupuestos fácticos y son distintas sus consecuencias jurídicas”*.

Por esta razón fallo en contra a la empresa y a favor de los trabajadores.

Como vemos en las sentencias del contencioso no se valoro este principio jurídico, ni tampoco entro a valorar la jornada efectiva realizada por el trabajador eventual en proporción a la jornada anual establecida en su periodo de contratación, para poder contabilizar en primer lugar su retribución y en segundo lugar los derechos adquiridos como las vacaciones por el tiempo de trabajo .En relación a las retribuciones hay una cuestión importante que no se ha tenido en cuenta y que influye en las bases de cotización del trabajador y es lo que en argot denominamos VAR ( complemento de vacaciones) , recogido todos los años en la Orden de la Consejería de Economía , Empleo y Hacienda por la que se dictan instrucciones para la Gestión de Nominas del Personal de la Comunidad de Madrid que este año se ha publicado el 14 de julio , en su artículo 32 devengo de retribuciones, pagas extraordinarias y pagas adicionales en el apartado 1.3 dice textualmente:

*“ El personal estatutario al servicio de Instituciones Sanitarias tendrá derecho a percibir durante el mes de vacaciones reglamentarias, un importe equivalente a la media aritmética de lo percibido en los seis meses anteriores en concepto de Atención Continuada, a excepción del Personal Facultativo Especialista de Atención Hospitalaria, que se referirá a tres meses.”*

Este complemento se debería aplicar proporcionalmente según los días de vacaciones que correspondan por tiempo trabajado, pero no se realiza ninguna liquidación, por lo que de nuevo estamos incurriendo en un trato discriminatorio y en una disminución de las bases de cotización.

En este punto podríamos profundizar más, pero creemos que es suficiente ya que la jurisprudencia con respecto a la obligación de pagar durante las vacaciones los pluses que habitualmente cobra el trabajador es amplia.

Hay una sentencia de la Sala de lo Social, Sección 1, de 21/02/2013, Rec 355/2012 nº 32/2013 que ha sido ratificada Tribunal Supremo - Sala Cuarta, de lo Social de 5 de Noviembre de 2014 (adjuntamos copia) con respecto a los trabajadores de Carrefour, que deja muy claro la diferencia entre vacaciones y días libres de una jornada irregular, dando la razón a los trabajadores en relación al derecho al disfrute de vacaciones en los supuestos de coincidencia con un proceso de incapacidad temporal, en ella el juez comenta como no está de acuerdo con la empresa:

*“Porque confunde distribución irregular de la jornada con derecho a vacaciones. Las vacaciones constituyen una interrupción de la prestación del trabajador, destinada a proporcionar a éste un descanso anual remunerado; suponen, pues, un derecho a percibir el salario sin contraprestación laboral a cambio (A. Montoya Melgar, Derecho del Trabajo , Tecnos, 2012). En consecuencia, por su propia naturaleza, **su disfrute no se agota en disponer de unos días continuados de no trabajo**, sino en que esos días sean remunerados sin necesidad de tener que trabajarlos, sea cuando sea que se requiera dicho trabajo. Además, las vacaciones tienen una finalidad reparadora relevante, que las diferencia de otras figuras próximas en las que también existe exoneración de la prestación laboral (P. Charro Baena). El derecho a vacaciones en el ámbito laboral, MTSS, 1993), **no debiendo confundirse el disfrute de vacaciones con el tiempo de no trabajo en el marco de una distribución irregular de la jornada.**”*

Esta sentencia apoya lo que desde hace tiempo viene argumentando este sindicato , no podemos limitar unos derechos individuales y un derecho social comunitario que no admite excepciones como son las vacaciones de un trabajador y un deber social que conlleva una disminución en la recaudación, ni consentir que se vulnere el principio de **la no discriminación** ya que los trabajadores eventuales del summa112 realizan el mismo trabajo y la misma jornada laboral que los fijos e interinos , está totalmente demostrado a nivel jurídico y social que tienen derecho a vacaciones las cuales están establecidas y reguladas por la norma, sin que en ningún momento se pueda argumentar que nuestros días entre guardia y guardia son vacaciones.

Si nos gustaría comentar que es muy importante que se vea el conjunto y no solo una parte , que somos personal estatutario y que no solo existe este régimen en el SUMMA112, sino que también hay este régimen en Centros de Atención Primaria y Hospitales en los que se trabaja con jornada anual efectiva , que existen turnos con una distribución irregular de jornadas , como en el caso de los hospitales, existiendo jornadas como la del turno rotatorio con noches que implica 1530 horas efectivas cuando se realizan 47 noches , la cual se puede considerar una jornada irregular, pero a estos trabajadores con contratos eventuales si se les ajustan las vacaciones de acuerdo a las horas trabajadas en relación a la jornada anual , es mas existe un programa que está implantado en la mayoría de los hospitales de la Comunidad de Madrid llamado GPT , que realiza estas cuentas, pero curiosamente ningún juez ha resuelto que los trabajadores eventuales de los hospitales disfrutan las vacaciones entre jornadas laborales .¿ acaso somos diferentes? , o el problema ha sido que no ha interesado profundizar en nuestra jornada, sin entender que el hecho de realizar 4 o 5 turnos al mes de 24 horas, no significa que se realicen menos horas que un profesional del hospital y que el hecho de librar 4-5 días entre guardia y guardia no significa que se trabaje menos , acaso no realizamos nuestras 1536 horas al año , lo cierto es que los trabajadores eventuales de hospitales no tienen que acudir al contencioso ya que si se les abonan las vacaciones, pero en nuestro caso se tuvo que acudir al contencioso ya que

una peculiar y restrictiva formas de gestión, ha limitado derechos a los trabajadores realizando un trato discriminatorio con respecto al trato del Personal Estatutario de otros centros.

Lo más absurdo de todo es que se ha estado aplicando un criterio discriminatorio a un gran colectivo de trabajadores de forma interesada por parte de la Gerencia del SUMMA112, con el beneplácito de otras instituciones, olvidando el principio más básico y fundamental, el **sentido común**, solicitamos a la inspección que se reconsidere el tema, y si esta fuera de sus competencias, se nos indique los posibles caminos a seguir.

Un afectuoso Saludo

Te adjuntamos también una copia de una sentencia de Pamplona del juzgado de lo contencioso administrativo de 26 de marzo de 2015, que aun siendo un poco tangencial del tema que nos ocupa, puede resultar muy ilustrativo, como el juez falla a favor del demandante y no considera Navidad y Semana Santa como días de vacaciones como pretendía la administración (se trata de un profesor) si no periodos no lectivos.