Diputación de Córdoba

INFORME

ASUNTO: Informe sobre procedencia de indemnización por días de vacaciones y asuntos particulares reconocidos a funcionario y no disfrutados por encontrase en situación de jubilación, y forma de calcular su importe.

SOLICITANTE:

Expediente: 93/2016

Vista la solicitud de informe jurídico, formulada por, relativa a procedencia o no de indemnización por días de vacaciones y asuntos particulares reconocidos a funcionario, que no pueden disfrutarse por encontrase éste en situación de jubilación, y forma de calcular su importe, por el Técnico de Administración General que suscribe, adscrito al Servicio Jurídico como Consultor Técnico, se emite el siguiente INFORME:

ANTECEDENTES:

PRIMERO:

Se adjunta a la petición de informe jurídico la siguiente documentación:

1. Reclamación previa a la vía jurisdiccional formulada por

2. Resolución del Concejal Delegado del Área de Urbanismo, Seguridad Ciudadana y Recursos Humanos de 30/07/2015, por la que se reconoce a determinados empleados públicos del Ayuntamiento el derecho y disfrute de los días adicionales de vacaciones y de libre disposición que tuvieran consolidados a 15 de julio de 2012.

3. Resolución del Concejal Delegado del Área de Urbanismo, Seguridad Ciudadana y Recursos Humanos de 22/09/2015, por la que se reconoce a los empleados públicos municipales los días de permiso por asuntos particulares por antigüedad y de vacaciones por antigüedad devengados en los ejercicios 2013 y 2014 y suprimidos por el RD Ley 20/2012, especificando los días que se reconocen a cada uno de ellos, así como los correspondientes al ejercicio 2015.

4.- Instancia presentada, el día 05/10/2015, por la que solicita ser indemnizado económicamente por los días de vacaciones y asuntos particulares reconocidos y no disfrutados, dada su condición de jubilado.

5.- Resolución del Concejal Delegado del Área de Urbanismo, Seguridad Ciudadana y Recursos Humanos de 04/12/2015, por la que se amplía el plazo de disfrute de los días de vacaciones y asuntos particulares reconocidos hasta el 15/03/2016 (en el

caso de los días reconocidos del ejercicio 2015) y hasta el 30/11/2016 (en el caso de los días reconocidos de los ejercicios 2013 y 2014)

6.- Respuesta de la Revista Especializada Derecho Local a la consulta formulada por el Ayuntamiento de Montoro sobre la cuestión suscitada.

NORMATIVA APLICABLE:

- Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (LEBEP) (actualmente derogada por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (TRLEBEP).

- Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad.

- Real Decreto-ley 10/2015, de 11 de septiembre, por el que se conceden créditos extraordinarios y suplementos de crédito en el presupuesto del Estado y se adoptan otras medidas en materia de empleo público y de estímulo a la economía.

- Resolución de 16 de septiembre de 2015, de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas, por la que se modifica la de 28 de diciembre de 2012, por la que se dictan instrucciones sobre jornada y horarios de trabajo del personal al servicio de la Administración General del Estado y sus organismos públicos.

- 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.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

Primero.- Con carácter previo, conviene centrar el objeto de la consulta planteada, que es, por una parte, determinar si existen argumentos jurídicos que permitan indemnizar al funcionario solicitante por los días de vacaciones y asuntos particulares reconocidos por el Ayuntamiento de Montoro, que ya no puede disfrutar al encontrase en situación de jubilación; y por otra informar cómo se calcularía este importe.

No es objeto de la consulta el reconocimiento en sí mismo del derecho, que ya se ha producido mediante la correspondiente resolución municipal.

Es importante la anterior distinción, por cuanto no se trata de una cuestión pacífica, que ha dado lugar a pronunciamientos dispares de los Juzgados y Tribunales, algunos favorables (varias Sentencias del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 6 de Bilbao o la de 23 de julio de 2015 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 de Logroño), y otros contrarios (sentencia Audiencia Nacional 26 de septiembre de 2014 ó Sentencia TSJ La Rioja de 9 de abril de 2015) al reconocimiento del derecho al disfrute de días de vacaciones adicionales y días adicionales de libre disposición que se hubieran podido consolidar con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 20/2012. El Tribunal Supremo ha declarado en recientes

sentencias (21/09/2015, 28/01/2016, 01/02/2016, y 04/02/2016) que no ha lugar a los recursos de casación en interés de ley interpuestos para clarificar la interpretación del art. 8 del Real Decreto-Ley 20/2012, al considerar que no se dan los requisitos que establece el art. 100 LJCA, en especial no concurrir el grave daño al interés general, habida cuenta de que se trata de una norma ya derogada. En consecuencia no se ha fijado doctrina legal sobre la cuestión.

Segundo.- Sentado lo anterior, la legislación de la función pública española no contempla la posibilidad de sustituir el disfrute del derecho a vacaciones por una compensación económica. Así, el art. 50.1 TRLBEP, que regula este derecho, dispone:

"*Los funcionarios públicos tendrán derecho a disfrutar, durante cada año natural, de unas vacaciones retribuidas de veintidós días hábiles, o de los días que correspondan proporcionalmente si el tiempo de servicio durante el año fue menor.*

Tampoco estaba prevista esta posibilidad en el texto original de EBEP ni en las sucesivas modificaciones que tuvieron lugar.

Actualmente existe una previsión referida a vacaciones no disfrutadas, que señala el art. 50.2 lo siguiente:

"*Cuando las situaciones de permiso de maternidad, incapacidad temporal, riesgo durante la lactancia o riesgo durante el embarazo impidan iniciar el disfrute de las vacaciones dentro del año natural al que correspondan, o una vez iniciado el periodo vacacional sobreviniera una de dichas situaciones, el periodo vacacional se podrá disfrutar aunque haya terminado el año natural a que correspondan y siempre que no hayan transcurrido más de dieciocho meses a partir del final del año en que se hayan originado".*

Este párrafo, no previsto en la redacción inicial del art. 50 LEBEP, fue adicionado incorporado por la Disposición Final Novena de la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016, e incorporado en el Texto Refundido del EBEP ahora vigente.

Tercero.- Tampoco está prevista esta posibilidad de compensación económica con relación a los permisos por asuntos particulares (art. 48.k TRLEBP), que dispone lo siguiente:

"Los funcionarios públicos tendrán los siguientes permisos:...

k) Por asuntos particulares, seis días al año."

Cuarto.- De igual forma, tampoco se hace mención alguna a esta posibilidad de compensación económica en las Disposiciones Adicionales 13ª y 14ª TRLBEP, que se refieren al **permiso por asuntos particulares por antigüedad (D.A. 13ª) y a** los **días adicionales de vacaciones por antigüedad (D.A 14ª),** disposiciones que han dado lugar al reconocimiento objeto de la consulta**.**

Quinto.- Para encontrar una referencia expresa a esta cuestión, aplicable a los funcionarios públicos, debemos acudir a la normativa comunitaria, en concreto a 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.** Esta norma comunitaria, que se refiere a todos los sectores de actividad, tanto públicos como privados, y en consecuencia aplicable a los funcionarios públicos, establece en su art 7 lo siguiente:

"1. 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.

2. 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 artículo 17 de la Directiva prevé que los Estados miembros podrán establecer excepciones a lo dispuesto en determinados artículos de la misma, no admitiéndose excepción alguna en lo que atañe al artículo 7.

Sexto.- La Jurisprudencia, tanto nacional como comunitaria, ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la posibilidad de disfrute de vacaciones con posterioridad al año natural, por haber estado el empleado público de baja por enfermedad.

Así**,** el **Tribunal Supremo**, en Sentencia de 24 de junio de 2009, dictada para unificación de doctrina, haciendo referencia a la Sentencia de 20.01.09 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y al Art. 7 de la Directiva 2003/88, falló el derecho del trabajador a disfrutar del periodo de vacaciones frustrado por la situación de Incapacidad Temporal iniciada con anterioridad al inicio de aquél, argumentando lo siguiente:

"a) Si bien el derecho a vacaciones retribuidas está enmarcado en la relación individual de trabajo, debe contemplarse dentro del contexto socio-jurídico del Estado Social y democrático de derecho que nuestra Constitución proclama y garantiza [art. 1], lo que impone una interpretación integradora de la normación ordinaria [art. 38 ET], del derecho constitucional [art. 40.2 CE] y de la normativa de la OIT [art. 10].El derecho a vacaciones anuales retribuidas, sin ser absoluto en cuanto a las fechas de su ejercicio, forma parte del núcleo irrenunciable de los derechos propios de un Estado social..Todo ello no quiere decir que tanto el legislador como la Administración no puedan poner límites al disfrute efectivo de las vacaciones, pero sí que la protección constitucional de las vacaciones sólo permite los límites derivados de su propia naturaleza y finalidad o los que aparezcan impuestos por la necesaria protección de un interés constitucionalmente legítimo, y respetuosos con el principio de proporcionalidad»

...

c)...el pleno disfrute del derecho a las vacaciones únicamente puede conseguirse cuando el trabajador se encuentre en condiciones físicas y mentales de hacer uso del mismo, de forma que no cabe entender que un trabajador en situación de IT pueda disfrutar adecuadamente de las finalidades atribuidas a las vacaciones"

Por otra parte, la mencionada Sentencia del **Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Gran Sala),** de **20 de enero de 2009,** dice que el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2003/88 debe interpretarse en el sentido de que se opone a disposiciones o prácticas nacionales que prevean que el derecho a vacaciones anuales retribuidas se extingue al finalizar el período de devengo de las mismas y/o el período de prórroga fijado por el derecho nacional, incluso cuando el trabajador se haya encontrado en situación de baja por enfermedad durante la totalidad o parte del período de devengo y su incapacidad laboral haya perdurado hasta la finalización de su relación laboral, razón por la cual no haya podido ejercitar su derecho a vacaciones anuales retribuidas.

Del examen de las Sentencias anteriores, cabe concluir que el empleado público tiene derecho a vacaciones retribuidas y no disfrutadas de ejercicios anteriores como consecuencia de haber estado de baja por enfermedad durante todo el periodo del devengo de las mismas (año natural), incluida su prórroga.

Séptimo.- Por lo que se refiere a la **posibilidad de compensación económica de vacaciones no disfrutadas**, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, mediante **Sentencia de 20 de enero de 2003**, dictada en recurso de casación para unificación de la doctrina, fijó como doctrina legal que *"es conforme a Derecho el compromiso de gasto adquirido para compensar económicamente al personal laboral contratado temporalmente por la Administración por las vacaciones no disfrutadas a causa de la extinción anterior de su contrato"*

Con anterioridad, existían otras resoluciones judiciales; así, resulta ilustrativa la Sentencia 985/1998, de 21 de julio, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso Administrativo):

"Pues bien, a pesar de lo que alega la Administración, el que dicho precepto (articulo 68 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, de 7 de febrero de 1964) no contemple la compensación económica no significa que la prohíba, toda vez que no se trata de sustituir el derecho a las vacaciones por el cobro de una determinada cantidad (lo que si está proscrito), sino de indemnizar a quien no ha podido disfrutar el periodo vacacional por haberse extinguido su relación laboral con anterioridad a la fecha fijada para ejercer tal derecho. En este caso, a juicio de la Sala, ***surge el derecho a la compensación proporcional al tiempo de prestación de servicios, ya que de lo contrario se produciría un enriquecimiento injusto para la Administración****. Ese derecho, por lo demás, está reconocido en el Convenio núm. 132 de la organización Internacional del Trabajo, publicado en el Boletín Oficial del Estado de 5 de julio de 1974, cuyo articulo 11 proclama que "toda persona empleada que hubiere completado un período mínimo de servicios ..tendrá derecho, al terminarse la relación de trabajo, a vacaciones pagadas proporcionales a la duración del servicio por el que no haya recibido aún vacaciones, a una indemnización compensatoria o a un crédito de vacaciones equivalente". Y dicho Convenio es de aplicación directa al formar parte del ordenamiento jurídico español desde su publicación oficial. (articulo 96.1 de la Constitución)"*

Si bien es cierto que en el caso planteado en la consulta la causa de no haberse disfrutado las vacaciones deriva de una norma vigente en el momento de su aplicación, lo cierto es que una vez reconocido el derecho, con base a la normativa y Jurisprudencia mencionadas, **se puede concluir que el empleado público al que se ha reconocido el derecho, tiene derecho a ser compensado económicamente**

mediante la correspondiente indemnización, al no ser posible ya su disfrute por encontrase en situación de jubilación.

Octavo.- Por lo que se refiere a los días de libre disposición reconocidos por el Ayuntamiento, no podemos llegar a la misma conclusión, habida cuenta de la diferente naturaleza que el permiso por asuntos particulares tiene con relación al derecho a las vacaciones anuales retribuidas.

La finalidad de este permiso, y así se ha venido considerando por la doctrina, es la de procurar la atención de una necesidad perentoria del funcionario; lo que se traduce en la posibilidad de disponer temporalmente de las horas habituales de jornada laboral para dedicarlas a otra actividad. Por otra parte, el disfrute del permiso no es automático, sino que requiere previa petición del funcionario a su superior jerárquico, quien valora las necesidades del servicio a la hora de su concesión.

Precisamente por su naturaleza no automática, la interpretación dada por la Jurisprudencia se ha orientado en el sentido de rechazar la posibilidad de la compensación económica. Así, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 12 de septiembre de 2002, denegó la compensación al no haber quedado acreditado que el funcionario solicitase el permiso correspondiente, ni que este le fuera denegado por razones del servicio. Fundamentándose su inadmisión, en otros supuestos, en el hecho de estar previsto en la norma que cuando no pudieran disfrutarse a lo largo del año en curso, podrá concederse durante el mes de enero del ejercicio siguiente. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, de 25 de octubre de 2000, en sus fundamentos jurídicos establece que en las normas *"se ordenan los días de libre disposición y se expresa con rotundidad su periodo de disfrute; esto entraña que los no usados dentro de ese periodo ya no puedan ser utilizados. Los días de libre disposición deben quedar consumidos (sin prórroga alguna) en el periodo temporal que se señala.*

Únicamente se ha reconocido por los Tribunales la posibilidad de su compensación en aquellos supuestos en los que se hubiera producido una denegación no justificada de su disfrute (Sentencias de 6 de noviembre de 2001, 19 de diciembre de 2000, 3 de noviembre de 1998, en estas dos últimas se discute el derecho a días de licencias y su compensación por otros días sin formular pretensión alguna de índole económica) y precisamente en estos casos, la compensación que se impone se encuentra más cercana a las medidas indemnizatorias tendentes a reparar el agravio de una de las partes que a la liquidación de haberes derivada de la existencia de una deuda salarial.

Refuerza la conclusión anterior la propia sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 20 de enero de 2009, más arriba mencionada, en cuanto reconoce el derecho a la compensación económica al funcionario que, por razones ajenas a su voluntad, no ha estado en condiciones de ejercitar su derecho a vacaciones anuales retribuidas antes de finalizar su relación laboral, pero sin mención ni extensión alguna en aquélla sentencia a dicha compensación económica respecto del no disfrute de cualesquiera otros permisos retribuidos, distintos por su naturaleza del período de descanso de vacaciones, que puedan tener reconocidos los funcionarios en su normativa de aplicación.

Se desconoce si el funcionario del Ayuntamiento de Montoro que plantea la compensación económica solicitó o no el disfrute de los días adicionales durante los años 2013 y 2014, y esos permisos le fueron denegados en base a la normativa

vigente en ese momento. En cualquier caso, la denegación hubiera estado justificada en base a esa normativa.

A la vista de las consideraciones anteriormente efectuadas, se considera que, no es posible compensar económicamente los días adicionales de asuntos particulares no disfrutados, al no existir base normativa (nacional o comunitaria) ni jurisprudencial que lo ampare.

Noveno.- Con relación a la forma de calcular el importe de la compensación económica por los días de vacaciones reconocidos, no existe regulación que establezca la forma y criterios de cálculo de tal compensación económica, y que resulte de aplicación a los empleados de las Administraciones Públicas. Esta ausencia de regulación es obvio que dificulta los criterios a aplicar y la solución final a adoptar, pero alguna se debe aceptar y establecer.

A este respecto, algún órgano jurisdiccional (sentencia de 21 de noviembre de 2012 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3, de Pamplona o), que ha seguido alguna Administración Pública, ha aceptado la siguiente fórmula de cálculo: *"Sí a 22 días hábiles de vacaciones corresponden 30 días de abono, a los días hábiles de vacaciones no disfrutados corresponderán "Y" de abono"*. Esta fórmula podría utilizarse aplicándola al caso concreto.

CONCLUSIONES:

Primero.- No es pacífica la cuestión relativa al reconocimiento del derecho al disfrute de días de vacaciones y días adicionales de libre disposición que se hubieran podido consolidar con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 20/2012.

Segundo.- El empleado público al que se ha reconocido el derecho al disfrute de vacaciones, debe ser compensado económicamente mediante la correspondiente indemnización, en el caso de que no sea posible ya su disfrute por encontrase en situación de jubilación.

Tercero.- No es posible compensar económicamente los días adicionales de asuntos particulares no disfrutados, debido a la distinta naturaleza que tiene ese permiso con relación a las vacaciones, y no existir base normativa (nacional o comunitaria) ni jurisprudencial que ampare tal compensación.

Cuarto.- No existe regulación que establezca la forma y criterios de cálculo de la compensación económica, si bien pudiera resultar orientativa la siguiente fórmula: *"Sí a 22 días hábiles de vacaciones corresponden 30 días de abono, a los días hábiles de vacaciones no disfrutados corresponderán "Y" de abono"*.

En los presentes términos se emite el presente informe, que se somete a cualquier otro mejor fundado en derecho.

Córdoba, 17 de marzo de 2016