

**Tribunal Superior de Justicia de Les Illes Balears, Sala de lo Social,
Sentencia 92/2024 de 26 Feb. 2024, Rec. 2/2023**

T.S.J.ILLES BALEARS SALA SOCIAL

PALMA DE MALLORCA

SENTENCIA: 00092/2024

IMC IMPUGNACION DE CONVENIOS 0000002 /2023

DEMANDANTE : UNION GENERAL DE TRABAJADORES UGT

ABOGADO: FRANCISCO LOBATO JIMENEZ

DEMANDADOS: ASSOCIACIO MALLORQUINA DE CAFETERIES BARS I RESTAURANTS, ASOCIACION DE RESTAURACION DE IBIZA Y FORMENTERA PIME , ASOCIACION MENORQUINA DE CAFETERIAS BARES Y RESTAURANTES PIME , ASOCIACION BALEAR DE OCIO Y ENTRETENIMIENTO , CONFEDERACIO SINDICAL DE COMISSIONS OBRERES DE LES ILLES BALEARS , FEDERACION EMPRESARIAL HOTELERA DE MALLORCA , FEDERACION HOTELERA DE MENORCA , FEDERACION EMPRESARIAL HOTELERA DE IBIZA Y FORMENTERA

ABOGADOS: MIGUEL PLANAS FONT, NO PERSONADO , JORGE BOSCH MORLA , MIGUEL PLANAS FONT , JOSE LUIS TUGORES SUREDA , SUSANA MARIMÓN CHAROLA , SUSANA MARIMÓN CHAROLA , SUSANA MARIMÓN CHAROLA

Ilmos. Sres.:

D. Antoni Oliver Reus, presidente

D. Alejandro Roa Nonide

D. Joan Agustí Maragall

En Palma de Mallorca, a 26 de febrero de 2024.

Esta Sala ha visto el procedimiento Impugnación Convenio Colectivo IMC nº 2/2023 a instancias del sindicato UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES,

representado por el letrado D. Francisco Lobato Jiménez, impugnando el convenio colectivo con código 07000435011982 (BOIB nº 51 de fecha 22.04.2023) frente a las entidades FEDERACION EMPRESARIAL HOTELERA DE MALLORCA, FEDERACION HOTELERA DE MENORCA y FEDERACION EMPRESARIAL HOTELERA DE IBIZA Y FORMENTERA, representadas por la letrada D^a. Susana Marimón Charola, la ASSOCIACIO MALLORQUINA DE CAFETERIES BARS I RESTAURANTS, y ASOCIACION BALEAR DE OCIO Y ENTRETENIMIENTO, representadas por el letrado D. Miguel Planas Font, ASOCIACION DE RESTAURACION DE IBIZA Y FORMENTERA PIME, no personada, ASOCIACION MENORQUINA DE CAFETERIAS BARES Y RESTAURANTES PIME, representada por el letrado D. Jorge Bosch Morla y la CONFEDERACIO SINDICAL DE COMISSIONS OBRERES DE LES ILLES BALEARS, representada por el letrado D. José Luis Tugores Sureda; con citación del MINISTERIO FISCAL, siendo magistrado-ponente el Ilmo. Sr. D. Antoni Oliver Reus, y deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que la demanda de fecha 10 de octubre de 2023 de Impugnación de Convenios Colectivos se turnó a esta Sala de lo Social seguida a instancias de la representación del sindicato UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES, impugnando el convenio colectivo con código 07000435011982 (BOIB nº 51 de fecha 22.04.2023) frente a las entidades FEDERACION EMPRESARIAL HOTELERA DE MALLORCA, FEDERACION HOTELERA DE MENORCA, FEDERACION EMPRESARIAL HOTELERA DE IBIZA Y FORMENTERA, ASSOCIACIO MALLORQUINA DE CAFETERIES BARS I RESTAURANTS, ASOCIACION BALEAR DE OCIO Y ENTRETENIMIENTO, ASOCIACION DE RESTAURACION DE IBIZA Y FORMENTERA PIME, ASOCIACION MENORQUINA DE CAFETERIAS BARES Y RESTAURANTES PIME y la CONFEDERACIO SINDICAL DE COMISSIONS OBRERES DE LES ILLES BALEARS; con citación del MINISTERIO FISCAL, en la que exponía los hechos en que fundaba su pretensión, hacía alegación de los fundamentos de derecho que entendía aplicables al caso y finalizaba con la súplica de que, tras su legal tramitación se dicte sentencia en la que se acceda a lo solicitado en el suplico de la demanda.

SEGUNDO.- Mediante decreto de fecha 31 de octubre de 2023 fue admitida a trámite la demanda.

TERCERO.- En fecha 12 de enero de 2024, se ha celebrado la vista con el resultado que obra en las actuaciones, y deduciéndose de las misma los siguientes:

HECHOS PROBADOS

Probado y así se declara:

1. El 22 de abril de 2023 se publicó en el BOIB el XVI convenio colectivo del sector de la hostelería de les Illes Balears firmado por todos los intervinientes en el presente procedimiento incluido el sindicato demandante, la Unión General de Trabajadores (UGT).
2. El sindicato UGT solicita que se declare la nulidad o subsidiariamente la inaplicación del artículo 8.6.1) y del último párrafo del artículo 17 del mencionado convenio colectivo.

En el apartado 6.1) apartado de su artículo 8 se dispone lo siguiente:

NORMAS COMUNES SOBRE FIESTAS LABORALES Y VACACIONES DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS FIJAS DISCONTINUAS

Las empresas podrán distribuir el descanso compensatorio equivalente de las fiestas laborales que se trabajen, o con carácter anticipado, las que se prevea se van a trabajar en cada periodo de ocupación garantizado, bien de forma continuada a razón de tantos días laborables como fiestas se compensen, bien de forma separada en un día laborable unido a un descanso semanal. En estos supuestos, se deberá preavisar por escrito a la persona trabajadora con, al menos, 48 horas antes del inicio del descanso compensatorio de las fiestas.

Así mismo, la empresa podrá fijar el disfrute de las vacaciones que correspondan a la persona trabajadora durante el periodo de ocupación garantizado en las fechas que acuerde o convenga, incluso con anticipación al devengo del derecho de las mismas, tanto de forma continuada como fraccionada. En este último caso, las fracciones serán de días laborables, no pudiendo incluir más días de descanso semanal de los que pertenezcan a la duración de las vacaciones, conforme establece el artículo 17º del convenio. La empresa deberá preavisar por escrito a la

persona trabajadora con, al menos, cinco días naturales del inicio del descanso vacacional.

El periodo de vacaciones y fiestas laborales no compensado, total o parcialmente, durante el periodo de ocupación, pasará a disfrutarse coincidiendo con el último tramo temporal del llamamiento.

En el artículo 17 se dispone lo siguiente:

VACACIONES

El período de vacaciones anuales retribuidas será de treinta y cinco días naturales para todas las personas trabajadoras, salvo para quienes no hubiesen completado un año de servicio en la empresa, las cuales disfrutarán del número proporcional de días al tiempo trabajado. El periodo de vacaciones podrá fraccionarse por acuerdo entre las partes.

El periodo vacacional habrá de disfrutarse antes de finalizar el primer trimestre del año natural siguiente a aquél al que correspondan las vacaciones, siempre que sea de común acuerdo entre la empresa y la persona trabajadora, y obedezca a razones organizativas o productivas. En estos supuestos, la empresa expedirá certificación de deuda de vacaciones antes del día 31 de diciembre de cada año. La ausencia de dicha certificación atribuible la empresa, no supondrá la pérdida del periodo de vacaciones al que la persona trabajadora tuviera derecho.

Se computará como periodo de servicios las ausencias del trabajo derivadas de procesos de incapacidad temporal, de conformidad a lo previsto en el artículo 5.4 del Convenio 132 de la Oficina Internacional del Trabajo (BOE del 5 de julio de 1974).

No podrá coincidir el inicio del periodo o periodos de vacaciones, con un día de descanso semanal, de forma y manera que en estos casos se entenderán iniciadas las vacaciones el día siguiente al de descanso semanal.

Asimismo, si la fecha de reincorporación al trabajo coincidiera, sin solución de continuidad, con un día de descanso semanal, éste deberá respetarse, reiniciándose el trabajo una vez cumplido dicho descanso.

En cada periodo de vacaciones de 35 días se entenderán incluidos íntegramente cinco periodos de descanso semanal, correspondientes a cinco semanas de trabajo, los cuales formarán parte de los 35 días naturales de vacaciones, tanto si se disfrutan de forma continuada como fraccionada.

Será de aplicación lo dispuesto en el artículo 38.3 ET en materia de coincidencia del periodo de vacaciones con situaciones de incapacidad temporal derivada del embarazo, el parto o la lactancia natural o con el periodo de suspensión del contrato de trabajo previsto en los artículos 48.4, 5, 6 y 7 ET; o con situaciones de incapacidad temporal por contingencias distintas a las señaladas en el inciso anterior.

Las empresas podrán sustituir mediante contrato de interinidad a las personas trabajadoras que se encuentren disfrutando su periodo de vacaciones.

Las empresas, previo informe de la representación legal de las personas trabajadoras, confeccionarán durante los meses de noviembre y diciembre del año anterior, el calendario de vacaciones. En todo caso la persona trabajadora conocerá las fechas que le correspondan con una antelación mínima de dos meses del comienzo del disfrute.

La retribución correspondiente al período de vacaciones será abonada por la empresa antes de iniciarse el disfrute, como anticipo salarial, siempre y cuando así lo solicite la persona trabajadora.

Cuando la falta de disfrute de vacaciones se compense económicamente, el módulo de cálculo estará integrado por el salario base, complemento de antigüedad en su caso, prorrate de las gratificaciones extraordinarias, complemento fijo personal, si lo hubiere, plus de nocturnidad para el colectivo de empresas de Salas de Fiestas y similares. No se computará en dicho cálculo el plus de desplazamiento.

Todo ello sin perjuicio de lo específicamente pactado para las personas trabajadoras fijas discontinuas y para las personas trabajadoras temporales o a tiempo determinado en el apartado 3 del artículo 7º, y para las personas trabajadoras fijas discontinuas en el apartado 6 del artículo 8º, ambos del presente Convenio.

3. Una norma sustancialmente igual se contenía en los anteriores convenios colectivos autonómicos del sector, suscritos también por el sindicato demandante.

4. Mediante sentencia dictada por esta sala el 3 de febrero de 2000 se estimó en parte la demanda presentada por el sindicato Comisiones Obreras (CCOO), rechazando la pretensión consistente en la nulidad del artículo 9.7 del X convenio colectivo de hostelería de las Islas Baleares publicado el 19 de julio de 1999 en la que se contenía una regulación igual a aquella cuya nulidad constituye el objeto del presente procedimiento.

El sindicato UGT suscribió aquel convenio colectivo y fue parte en el procedimiento de impugnación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Los hechos que se declaran probados no han sido objeto de controversia y la cuestión que se nos plantea es de naturaleza estrictamente jurídica.

El sindicato demandante alega que las normas cuya nulidad postula son contrarias a lo establecido en el artículo 38.2 del estatuto de los trabajadores (ET) al otorgar a la empresa la potestad para fijar las fechas de disfrute de las vacaciones de forma unilateral y para imponer el disfrute de forma continuada o fraccionada. Se añade que, además, la norma supone una discriminación injustificada de los trabajadores fijos discontinuos respecto de los trabajadores fijos de actividad permanente.

Se alega también la nulidad de la norma por contravenir lo establecido en el artículo 38 ET cuando se establece para los trabajadores fijos discontinuos un preaviso de sólo cinco días naturales para la comunicación de la fecha de inicio del periodo de disfrute de vacaciones.

Y finalmente, se alega también la nulidad por infracción del principio de jerarquía normativa y vulneración del derecho a la igualdad consagrado en el artículo 14 de la Constitución española (CE) al facultar a la empresa para imponer la compensación de los días festivos trabajados de forma unilateral y sin contar con los trabajadores.

La representación de la Federación Empresarial Hotelera de Mallorca (FEHM), la Federación Hotelera de Menorca (ASHOME) y la Federación Empresarial Hotelera de Ibiza y Formentera (FEHIF) se opone a la demanda invocando la existencia de anterior sentencia firme de la sala en la que se resolvió la cuestión. Aunque se retiró la excepción de cosa juzgada al versar aquel procedimiento sobre un convenio colectivo diferente de aquel sobre el que gira el presente procedimiento.

Y respecto de las causas de nulidad alegadas en la demanda se insiste en que nos encontramos ante una regulación que se ha reproducido en los sucesivos convenios colectivos suscritos desde el año 1992, quizá no con la misma redacción pero sí con la misma filosofía, sin que desde 1995 se haya producido ninguna modificación de la normativa legal reguladora de las vacaciones o del contrato fijo discontinuo por lo que resulta plenamente aplicable lo ya resuelto por esta sala en su anterior sentencia.

Se añade que la regulación cuya nulidad se postula es el resultado de la voluntad negociadora de las partes, tratándose de una contraprestación a otras regulaciones más beneficiosas para los trabajadores fijos discontinuos respecto de las establecidas en el estatuto de los trabajadores. En tal sentido, se aduce que el régimen especial de vacaciones y festivos fue la contrapartida a una garantía de ocupación fija, a una regulación de las condiciones de llamamiento y demás condiciones en beneficio de los trabajadores fijos discontinuos que no se preveían, ni se prevén en la actualidad, en la regulación legal.

Se insiste en que el hecho de que veintitrés años después se impugne una condición fruto de la voluntad de las partes negociadoras, que nunca fue tema controvertido, ni tan siquiera se incluyó en la plataforma reivindicativa del banco sindical en ninguna de las negociaciones del convenio, la última suscrita pocos meses antes de la presentación de la demanda, hace pensar que el sindicato no negoció de buena fe, lo que contraviene todos los principios de la negociación colectiva.

Se añade, finalmente, que la regulación impugnada no es discriminatoria sino que deriva de la propia naturaleza jurídica especial del contrato fijo discontinuo en el que no es posible pactar las vacaciones, ni preavisar su

disfrute con la antelación pretendida, por cuanto ninguna de las partes, empresa y trabajador, conocen cuantas vacaciones va a devengar el trabajador en cuestión, ni qué día se iniciará y finalizará la actividad o si el contrato será interrumpido temporalmente, posibilidad que prevé el convenio. Se concluye que no se puede pactar algo cuyo devengo no es cierto todavía y se advierte que otros convenios colectivos de hostelería, como el de la provincia de Alicante, prevén un régimen de vacaciones en el que éstas se compensan al final del período de llamamiento económicamente o con descanso.

Las patronales codemandadas se adhirieron a la contestación de la demanda y el Ministerio Fiscal se opuso también a su estimación.

Pasamos a resolver las cuestiones planteadas.

SEGUNDO. Aunque la representación de la codemandada FEHM retiró la excepción de cosa juzgada a instancia de este tribunal no está de más aclarar que no concurre tal excepción conforme a las reglas del artículo 222 de la ley de enjuiciamiento civil (LEC) al no darse la necesaria identidad objetiva, toda vez que la norma cuya nulidad se postula no es la misma que aquella que constituyó el objeto del anterior proceso. Por la misma razón tampoco concurre el llamado efecto positivo. Nos encontramos ante un nuevo convenio colectivo, negociado y publicado con posterioridad a la sentencia de esta sala de 3 de febrero de 2000.

Y, además, no podemos perder de vista que, según alegó la parte demandante, la presente demanda obedece al hecho de que las temporadas turísticas y con ello los periodos de ocupación cotizada de los trabajadores fijos discontinuos se han ido alargando año tras año. El interés de los trabajadores fijos discontinuos respecto de sus vacaciones no es el mismo cuando el período de inactividad dura seis meses que cuando dura sólo dos o tres o incluso cuatro meses.

Ello, no obstante, es obligación constitucional de esta sala motivar el cambio de criterio mantenido en aquella sentencia de 3 de febrero de 2000, lo cual se llevará a efecto porque, ya adelantamos, que aquel criterio no nos parece ajustado a derecho.

Al haber sido puesta en duda la buena fe del sindicato entonces demandante, CCOO, nos parece obligado comenzar por descartar toda actuación contraria a la buena fe por parte del sindicato aquí demandante.

La suscripción de un convenio colectivo no impide su posterior impugnación por entender que contiene pactos nulos. En tal sentido en la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 2002 (rec. 3857/2000) se declaró lo siguiente:

(...) ciertamente la posición del sindicato que formuló la demanda plantea la duda acerca de su legitimación para impugnar un convenio en cuya elaboración intervino y a cuya firma concurrió, sin embargo, por paradójico que ello pueda resultar no es razón esencial para denegar la iniciativa de impugnación en todo caso pues cabría diferenciar la impugnación de un convenio en su totalidad supuesto en el que la forma del mismo constituiría un absurdo, de la impugnación de una parte de su articulado pues dado el vehículo a través del cual se obtiene la fuente del Derecho que es el Convenio Colectivo, en el que dos son los fines esenciales a satisfacer, la paz social, y la creación de normas que colmen el vacío legal y reglamentario, o bien superen la medida de mínimos de dichas normas, fines que a su vez se asientan en un principio básico, el de la buena fe negociada, que se trasluce en la voluntad de mantener y proseguir la negociación del Convenio hasta su finalización, sin ejercicio de violencia perturbadora o uso de maniobras de entorpecimiento que estancuen o hagan imposible la negociación, y sobre estas pautas deberá evaluarse la actitud de un sindicato que cumple las obligaciones derivadas del deber de negociar, y se mantiene en la Mesa pues ésta es una de las formas de desempeño de la representatividad de la cual goza en virtud del proceso electoral, y pese a no estar conforme con la totalidad del articulado, firma el Convenio sin que ello suponga una actitud ilógica o inusual, pues sin perjuicio de preservar el conjunto negociado la Ley reserva, artículo 161 de la Ley de Procedimiento Laboral, la posibilidad de impugnar el Convenio, mostrándose en este punto abierto al definir la legitimación activa en el artículo 163 del citado texto legal a que los órganos de representación legal o sindical o asociaciones empresariales interesados ejercitan la oportuna acción por tanto con clara reposición de los terceros afectados, lo que deja en el ámbito de partes interesadas a quienes firmaron el Convenio.

Cabe añadir que la propia norma procesal admite la posibilidad de que quien ha suscrito un convenio colectivo pueda en el acto de juicio adherirse a la demanda y así se establece en el artículo 166.1 LRJS.

Nos parece, en fin, que en modo alguno contraviene las reglas de la buena fe el hecho de que una de las partes negociadoras acepte una de las pretensiones de la contraria, aun dudando de su legalidad ordinaria o constitucional, posibilitando de este modo la suscripción del convenio colectivo. En tal caso nada puede objetarse a que la cuestión sea sometida a los tribunales y solo para el caso de descartarse la nulidad el pacto quedaría incólume. Esto es, precisamente, lo que ocurre con el principio de sujeción a los actos propios, que también es una manifestación de la buena fe contractual, pues se trata de un principio que no ampara la aplicación de pactos contractuales nulos, ni impide su impugnación ante los tribunales.

Hechas las anteriores aclaraciones pasamos a resolver la cuestión relativa a la legalidad de las normas cuya nulidad se pretende.

TERCERO. En el art. art. 85.1 ET se establece el respeto y sometimiento de los convenios colectivos a la ley por lo que la norma convencional que vulnera una regla de legal de derecho necesario es nula.

Por su parte, el artículo 38 ET establece, en lo que aquí interesa, lo siguiente:

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.

Por tanto, el período de vacaciones anuales retribuidas no puede ser inferior a 30 días naturales, pero en el contrato individual o en el convenio colectivo puede pactarse una duración superior.

También pueden contener los convenios colectivos disposiciones sobre la planificación anual de las vacaciones, pero de conformidad con tal planificación el periodo o los periodos de disfrute deben fijarse de común acuerdo entre la empresa y el trabajador, sometiendo la cuestión a la jurisdicción social en caso de desacuerdo.

No es legalmente posible atribuir a la decisión unilateral del empresario la determinación del período o períodos de disfrute de las vacaciones.

Tampoco es legalmente posible establecer en el convenio colectivo un preaviso de la fecha de inicio de las vacaciones de sólo cinco días, porque los trabajadores tienen derecho a conocer el período que les corresponde al menos dos meses antes del comienzo de su disfrute.

Y lo mismo cabe decir respecto de las fiestas laborables retribuidas en las que se haya trabajado conforme a lo previsto en el artículo 18 ET.

La simple lectura del artículo 8.6.1) del convenio colectivo permite llegar a la conclusión sin género de dudas de que no respeta las previsiones del estatuto de trabajadores cuando establece que *las empresas podrán distribuir el descanso compensatorio equivalentes de las fiestas laborales que se trabajen.*

Tampoco se respetan las disposiciones legales cuando se establece que la empresa podrá *fijar el disfrute de las vacaciones que corresponden a la persona trabajadora durante el período de ocupación garantizado en las fechas que acuerde o convenga, incluso con anticipación al devengo del derecho de las mismas, tanto de forma continuada como fraccionada.*

Es contraria también a la normativa legal la disposición conforme a la cual la empresa debe preavisar por escrito la persona trabajadora con, al menos, cinco días naturales del inicio del descanso vacacional.

Para salvar tal contradicción de la norma impugnada con la norma legal se argumenta, como hemos visto, que se trata de contraprestaciones regulaciones más beneficiosas para los trabajadores fijos discontinuos como la garantía de una ocupación la regulación de las condiciones de llamamiento y otras que no se prevén en la regulación legal. Se añade que no estamos ante una regulación discriminatoria, sino que deriva de la propia naturaleza jurídica especial del contrato fijo discontinuo en el que no es posible pactar las vacaciones o preavisar el inicio de su disfrute con la antelación prevista en el convenio colectivo por cuanto ninguna de las partes conoce cuantas vacaciones se van a devengar, que día se iniciará o finalizará la actividad o si el contrato será interrumpido temporalmente.

La alegación de que se trata de una norma pactada en contraprestación a otras regulaciones más beneficiosas para los fijos discontinuos no puede acogerse, porque en contraprestación a otras condiciones de trabajo pactadas no puede pactarse válidamente contra lo que el estatuto de los trabajadores establece como derecho necesario.

En cuanto a la vulneración del principio de igualdad, el hecho de que no pueda conocerse con exactitud el período de ocupación no impide ni a la inclusión de los trabajadores fijos discontinuos en el calendario de vacaciones, ni que estos puedan conocer el inicio del periodo de vacaciones con la antelación legalmente prevista y en igualdad de condiciones con los trabajadores de actividad permanente.

Si por una finalización anticipada del período de ocupación cotizada no fuese posible disfrutar las vacaciones en la fecha prevista nos encontremos ante la posibilidad de su compensación económica en la forma legalmente prevista o, inclusive, ante la posibilidad de acumular las vacaciones no disfrutadas a las del año siguiente si así se acordase las partes. Ambas cosas no sólo son posibles sino que están previstas en el propio apartado 6 del artículo 8 el convenio colectivo.

Respecto de la imposibilidad de dar un trato diferenciado a los trabajadores fijos discontinuos esto sólo es posible cuando está justificado por razones objetivas, que en el presente caso no concurren.

Esto lleva también a la nulidad del último inciso del último párrafo del artículo 17 del convenio colectivo, cuya nulidad también se postula, y en el que se establece un régimen diferenciado para los trabajadores fijos discontinuos, el previsto en el propio convenio colectivo, en orden al disfrute de vacaciones y compensación de las fiestas laborales retribuidas y no recuperables en las que se trabaje.

Por tanto, procede la íntegra estimación de la demanda en cuanto postula la nulidad de normas convencionales que contravienen la previsión del artículo 85.1 ET. Aunque la demanda se postulada nulidad del artículo 8.6 en su integridad, pero sólo se argumenta sobre la nulidad de su apartado 1) procede estimar la demanda tal como viene planteada dado sin ese apartado todo el punto 6 del artículo 8 carece de toda eficacia real.

Nos parece oportuno, por último, añadir que, como se declara en la STJUE de 30 de junio de 2016 C-178/15 *el derecho a vacaciones anuales retribuidas no sólo tiene una importancia especial por su condición de principio del Derecho social de la Unión, sino que también está expresamente reconocido en el artículo 31,*

apartado 2, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, a la que el artículo 6 TUE, apartado 1, reconoce el mismo valor jurídico que a los Tratados (sentencias de 22 de noviembre de 2011, KHS, C-214/10, EU:C:2011:761, apartado 37, y de 3 de mayo de 2012, Neidel, C-337/10, EU:C:2012:263, apartado 40).

Se trata de derecho a vacaciones que no puede ser interpretado de manera restrictiva (véase la sentencia de 22 de abril de 2010, Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols, C-486/08, EU:C:2010:215, apartado 29).

Se recuerda que la finalidad del derecho a vacaciones anuales retribuidas no es otra que permitir que los trabajadores descansen y dispongan de un período de ocio y esparcimiento (véase la sentencia de 20 de enero de 2009, Schultz-Hoff y otros, C-350/06 y C-520/06, EU:C:2009:18, apartado 25).

Esta finalidad quedaría seriamente comprometida si el periodo de disfrute de vacaciones pudiera fijarse de manera unilateral libremente por la empleadora y, además, las personas trabajadoras pudieran conocer los días de disfrute solamente con cinco días de antelación, lo que compromete la programación necesaria para dar cumplimiento a aquella finalidad.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación, en nombre del Rey y por la autoridad que nos confiere la Constitución

FALLO

1) Se estima en parte la demanda formulada por la representación del sindicato UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES, impugnando el convenio colectivo con código 07000435011982 (BOIB nº 51 de fecha 22.04.2023) frente a las entidades FEDERACION EMPRESARIAL HOTELERA DE MALLORCA, FEDERACION HOTELERA DE MENORCA, FEDERACION EMPRESARIAL HOTELERA DE IBIZA Y FORMENTERA, ASSOCIACIO MALLORQUINA DE CAFETERIES BARS I RESTAURANTS, ASOCIACION BALEAR DE OCIO Y ENTRETENIMIENTO, ASOCIACION DE RESTAURACION DE IBIZA Y FORMENTERA PIME, ASOCIACION MENORQUINA DE CAFETERIAS BARES Y RESTAURANTES PIME y la

CONFEDERACIO SINDICAL DE COMISSIONS OBRERES DE LES ILLES BALEARS;
con citación del MINISTERIO FISCAL.

2) Se declara la nulidad del artículo 8.6 y del último párrafo del artículo 17 del mencionado convenio colectivo.

3) Comuníquese la presente sentencia a la autoridad laboral y al Boletín Oficial de la Comunidad Autónoma de les Illes Balears para su publicación.

La presente sentencia es ejecutiva sin perjuicio de recurso de casación que contra la misma puede interponerse ante la Sala cuarta de lo social del Tribunal Supremo, que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de los cinco días siguientes a la notificación la sentencia, bastando para considerarlo preparado la mera manifestación de las partes o de su abogado, graduado social colegiado por representante, al hacerle la notificación de aquélla, de su propósito de entablar.

También podrá prepararse ante esta Sala por comparecencia por escrito de las partes de su abogado, graduado social colegiado por representante, dentro del mismo plazo señalado anteriormente.

El recurrente deberá acreditar mediante resguardo aportado en el momento de preparación del recurso, la consignación de un depósito de seiscientos euros (600 euros),) en la cuenta que esta Sala tienen abierta en el Banco de Santander, **número 0446-0000-68-0002-23**. Conforme se exige en el artículo 229 de la L.R.J. Social. De efectuarse el ingreso por medios electrónicos, deberá llevar a término en la cuenta del Banco de Santander IBAN ES55-0049-3569-920005001274. Están exceptuados de hacer todos estos ingresos las Entidades Públicas, quienes ya tengan expresamente reconocido el beneficio de justicia gratuita o litigase en razón a su condición de trabajador o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social (o como sucesores suyos), aunque si la recurrente fuese una Entidad Gestora y hubiese sido condenada al abono de una prestación de Seguridad Social de pago periódico, al anunciar el recurso deberá acompañar certificación acreditativa de que comienza el abono de la misma y que lo proseguirá puntualmente mientras dure su tramitación.

Igualmente deberá consignar, en su caso, las cantidades a cuyo pago hubiese sido condenado. Acreditándolo ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso, mediante la presentación del oportuno resguardo justificativo. Pudiéndose sustituir la consignación en metálico del importe de la condena por el aseguramiento mediante aval bancario indefinido en el que habrá de constar la responsabilidad solidaria del avalista. Todo ello de conformidad al artículo 230 de dicho texto.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de T.S.J.ILLES BALEARS SALA SOCIAL en la aplicación informática judicial.

Notifíquese a las partes. Así se acuerda y firma.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutelar o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.