



Roj: **STS 3564/2011 - ECLI:ES:TS:2011:3564**

Id Cendoj: **28079140012011100339**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **17/05/2011**

Nº de Recurso: **147/2010**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **LUIS FERNANDO DE CASTRO FERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 2953/2010,**
STS 3564/2011

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diecisiete de Mayo de dos mil once.

Vistos los autos pendientes ante la Sala en virtud de recurso de casación, interpuesto por el Letrado Sr. Esteban Ros, en la representación que ostenta de «GRUPO LACTALIS IBERIA, SA», «INDUSTRIAS LÁCTEAS DE VALENCIA, SL» y «LACTALIS RESTAURACIÓN, S.L.» [«Grupo Prado Cervera, SLU»], contra la sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, de fecha 8 de junio de 2010, recaída en autos número 55/2010, promovido por FEDERACION AGROALIMENTARIA DE CCOO frente a «GRUPO LACTALIS IBERIA, SA», «INDUSTRIAS LÁCTEAS DE VALENCIA, SL» y «LACTALIS RESTAURACIÓN, S.L.» [«Grupo Prado Cervera, SLU»], sobre CONFLICTO COLECTIVO.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Luis Fernando de Castro Fernandez,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la representación de FEDERACION AGROALIMENTARIA DE CCOO, se planteó demanda de CONFLICTO COLECTIVO, de la que conoció de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional. En el correspondiente escrito, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho, terminaba suplicando se dictara sentencia: "1.- Se declare la nulidad del calendario laboral para el año 2009 elaborado unilateralmente por la empresa, ordenando dejar sin efecto el mismo y mantener en vigor el correspondiente al año 2008 en tanto no exista acuerdo con la representación de los trabajadores.- 2.- Se reconozca el derecho de los trabajadores afectados a disfrutar del permiso remunerado de dos días anuales por asuntos propios, sin obligación de recuperarlos, dejando sin efecto la decisión empresarial de imponer la obligación de recuperar tales días de permiso.- 3.- Se declare que el disfrute del permiso de dos días por "asuntos propios" no está vinculado ni unido obligatoriamente al periodo de disfrute de vacaciones ni de días festivos.

SEGUNDO.- Admitida a tramite la demanda, se celebró el acto del juicio, en el que la parte actora se afirmó y ratificó en la misma, oponiéndose las demandadas, según consta en acta. Recibido el pleito a prueba, se practicaron las propuestas y declaradas pertinentes.

TERCERO.- Con fecha 8 de junio de 2010 la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Que debemos estimar y estimamos la demanda deducida por FEDERACION AGROALIMENTARIA DE CCOO en materia de Conflicto Colectivo y en su virtud declaramos que el horario de 2009 debe ser pactado con los interlocutores sociales, el permiso por asuntos propios es retribuido y no es recuperable, debiendo condenar y condenamos a la demandada a estar y pasar por tal declaración."

CUARTO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: "PRIMERO.- El presente conflicto colectivo afecta a los trabajadores de las 3 empresas demandadas, dedicadas a la actividad de industrias



lácteas, y que forman parte del grupo empresarial del sector lácteo "GRUPO LACTALIS IBERIA SA.", que cuenta con centros de trabajo en Valencia, Madrid, Lugo, Valladolid y Barcelona.- SEGUNDO.- El convenio colectivo de aplicación es el convenio colectivo estatal para el sector de industrias lácteas, suscrito el día 11-11-08 y publicado en el BOE de 22-01-2009, cuyo ámbito de vigencia temporal es desde 1- 01-2008 hasta el 31-12-2012.- TERCERO.- El art. 16 del convenio de Lácteas, publicado en el BOE de 22-01- 2009 , dice lo que sigue: "Artículo 16. Jornada de trabajo.- La jornada máxima de trabajo en cómputo anual será de 1.770 horas.- La distribución de la jornada en cada empresa y/o secciones de las mismas será pactada entre los representantes legales de los trabajadores y la Dirección. El sábado será día laborable, pero si las circunstancias y condiciones de cada tarea lo permiten, la jornada se distribuirá preferentemente de lunes a viernes.- Todo ello sin perjuicio de los Convenios, acuerdos o pactos de empresa ya existentes sobre la materia.- Dentro del cómputo anual establecido al principio del artículo, las empresas dispondrán de una bolsa de 50 horas que podrán distribuir libremente a lo largo del año, a fin de adaptarse a las necesidades de la producción. Un trabajador no podrá ser obligado, en aplicación de esta bolsa, y salvo pacto individual en contrario, a trabajar más de una hora/día sobre su horario habitual. Se podrá hacer uso de esta hora, tanto al principio como al final de la jornada ordinaria, obligándose la empresa a comunicarle dicha alteración de su horario con 72 horas de antelación, salvo casos de fuerza mayor.- Siempre que lo permita el calendario laboral, y de común acuerdo entre a empresa y la representación legal de los trabajadores, o de los propios trabajadores de no existir tal representación, se podrán acumular las horas de dicha bolsa en jornadas de 8 horas, fijando el descanso compensatorio correspondiente en otro día alternativo.- No podrá disponerse de esta bolsa, ni de las posibles acumulaciones en jornada de 8 horas, en domingos o festivos.- Las horas de ampliación de la jornada habitual derivadas de la aplicación del tratamiento anteriormente reflejado, no tendrán carácter de extraordinarias y se descansarán preferentemente acumulando jornadas completas, salvo pacto individual en contrario'.- CUARTO.- El art. 21 del convenio dice lo siguiente: 'Artículo 21 . Licencias con retribución.- El trabajador, previo aviso y justificación en legal forma, tendrá derecho a licencia con remuneración salarial, por alguno de los motivos y con la duración máxima siguientes: a) Por contraer matrimonio: Quince días naturales.- b) Por nacimiento de hijos: Tres días naturales.- c) Por el fallecimiento, accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise de reposo domiciliario, de parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad: Tres días naturales. Si dicho desplazamiento es superior a 90 km, la licencia se ampliará a cinco días naturales.- Para fallecimiento, accidente o enfermedad grave con hospitalización en desplazamientos a países que no tengan frontera con el territorio español, y siempre que acrediten de forma efectiva la realización del desplazamiento, el permiso será de hasta ocho días de los cuales serán exclusivamente retribuidos los cinco primeros a tenor de lo dispuesto en el párrafo anterior, y los tres restantes tendrán la consideración de permiso sin retribuir.- d) Por traslado de domicilio habitual: Un día natural.- e) Por necesidad de atender personalmente asuntos de justificada urgencia: Un día natural.- f) Por el tiempo indispensable que precise el trabajador para cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público y personal. Cuando éste se determine en una norma legal, se estará a lo que la misma disponga en cuanto a a duración de la ausencia y su compensación económica.- g) Por el tiempo imprescindible para la asistencia a consulta médica. Para su abono será requisito necesario presentar el parte, justificante o certificado expedido, con indicación de hora y firmado por el médico, sin que este beneficio pueda exceder de 3 veces al año.- Además de los permisos reseñados en los apartados anteriores, todos los trabajadores podrán disfrutar de dos días al año por asuntos propios. El disfrute de estos días, que no requerirá de Justificación alguna, estará sujeto a las siguientes condiciones.- El empleado se obliga a comunicar a la empresa con tres días laborables de antelación al disfrute de esos días.- No podrán acumularse a las vacaciones ni a días festivos del calendario laboral ni hacerlos coincidir con fiestas locales que sean festivos en el calendario laboral de la empresa.- QUINTO.- En calendario del año 2009, no negociado 'ad hoc' con los representantes de los trabajadores la empresa impone la obligación de recuperar los 2 días que hubieran podido ser solicitados por asuntos propios y además los adiciona para disfrutarlos obligatoriamente unidos al periodo de vacaciones.- SEXTO.- El calendario laboral de 2008, que sí fue pactado entre la empresa y los trabajadores fué el siguiente:

Horas trabajadas 2008 1770

Días en el año 2008 0366

Sábados y Domingos 2008 0104

Días festivos 2008 excluyendo sábados 0012

Total días de vacaciones para el 2008 0022

Total días de vacaciones+Festivos 2008 0034

Máximo días trabajados 2008 0228

Lunes a jueves trabajados 8'30 en 2008 0173



Viernes trabajados 5h 30' en 2008 0050

Días trabajados 5 h en 2008 0005

Jornada: La jornada laboral se realizará dentro de los horarios de referencia actuales (entre las 8:00 y las 19,30): - Lunes a Jueves por un cómputo de 8 horas y media.- - Viernes todo el año: 5 horas y media.- El 17 y 18 de Marzo, los 24 y 31 de Diciembre y 8 de Octubre: 5 horas.- El calendario elaborado unilateralmente por la empresa para el año 2009 fue el siguiente:

Horas trabajadas 2009 1770

Días en el año 2009 0365

Sabados y Domingos 2009 0103

Días festivos 2009 excluyendo sábados 0013

Total días de vacaciones para el 2009 0025

Total días de vacaciones + festivos 2009 0038

Máximo días trabajados 2009 0224

Viernes trabajados 5h 45' en 2009 47+2

Lunes a jueves trabajados 8h 30' en 2009 0175

Jornada: La jornada laboral se realizará, dentro actuales (entre las 8:00 y las 19:30): de los horarios de referencia. - Lunes a Jueves por un cómputo de 8 horas y media.- - Viernes todo el año: 5 horas y 45 minutos.- - 24 y 31 de diciembre 2009: 5 horas y 45 minutos.- SÉPTIMO.- Se agotó el preceptivo intento conciliatorio ante la Dirección General de Trabajo, el 16-3-2010, sin avenencia. Se realizó intento solutorio ante la Comisión Mixta de Interpretación del Convenio Estatal de 29-9-2010 sin acuerdo.- Se han cumplido las previsiones legales".

QUINTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de casación por el Letrado Sr. Esteban Ros, en la representación que ostenta de «GRUPO LACTALIS IBERIA, SA», «INDUSTRIAS LÁCTEAS DE VALENCIA, SL» y «LACTALIS RESTAURACIÓN, S.L.» [«Grupo Prado Cervera, SLU»], basándolo en los siguientes motivos: 1º y 2º. Al amparo del artículo 205, d), de la Ley de Procedimiento Laboral, por error en la apreciación de la prueba.- 3º.- Al amparo del apartado e) del mismo artículo y cuerpo legal, por infracción de los arts. 3.1.c), 34.6 y 41 ET, la DA Tercera del RD 1561/1995 [21 /Septiembre], y los arts. 3 y 1281 a 1289 CC, en relación con los arts. 16 y 21 del Convenio Colectivo Nacional de Industrias Lácteas, así como diversa doctrina jurisprudencial.

SEXTO.- Por providencia de ésta Sala se procedió a admitir a trámite el citado recurso y evacuado el trámite de impugnación, se emitió el preceptivo informe del Ministerio Fiscal en el sentido de considerar procedente la estimación del recurso, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 12 de mayo de 2011, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- Con fecha 23/03/10, la representación de la «Federación Agroalimentaria de Comisiones Obreras» presentó ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional demanda de Conflicto Colectivo frente al «Grupo Prado Cervera, SLU», «Industrias Lácteas de Valencia, SL» y «Grupo Lactalis Iberia, SA», solicitando que: «1.- Se declare la nulidad del calendario laboral para el año 2009 elaborado unilateralmente por la empresa, ordenando dejar sin efecto el mismo y mantener en vigor el correspondiente al año 2008 en tanto no exista acuerdo con la representación de los trabajadores. 2.- Se reconozca el derecho de los trabajadores afectados a disfrutar del permiso remunerado de dos días anuales por asuntos propios, sin obligación de recuperarlos, dejando sin efecto la decisión empresarial de imponer la obligación de recuperar tales días de permiso. 3.- Se declare que el disfrute del permiso por "asuntos propios" no está vinculado ni unido obligatoriamente al periodo de disfrute de vacaciones ni de días festivos».

2.- La SAN 08/Junio/2010 estimó la demanda y resolvió declarar que « el horario de 2009 debe ser pactado con los interlocutores sociales, el permiso por asuntos propios es retribuido y no es recuperable». Decisión que es objeto de recurso de casación, con los siguientes motivos:

a).- Al amparo del art. 205.d) LPL, al objeto de que el ordinal quinto de los hechos declarados probados ofrezca la redacción siguiente: «Quinto.- Para la elaboración del calendario del año 2009, la Dirección de las mercantiles demandadas y los representantes de sus trabajadores intercambiaron 4 correos electrónicos, en el periodo comprendido ente el día 16 y el día 22 de diciembre de 2008, y mantuvieron una reunión en fecha 18 de idéntico mes y año. Al no llegar a un acuerdo al respecto, las empresas aprobaron unilateralmente el calendario laboral



del año 2009, manteniendo el carácter recuperable de los 2 días de asuntos propios y otorgando a los mismos idéntico tratamiento que un día de vacación normal, de forma que pudieran ser acumulados a los días de vacaciones y a los días festivos».

b).- Con el mismo fundamento en el art. 205.d) LPL, se interesa completar el ordinal sexto, añadiendo al calendario elaborado por la empresa para el año 2009 que allí figura -aparte comparaciones intrascendentes-, el siguiente texto: «Los dos días de asuntos propios que ofrece el convenio contarán como dos días de vacaciones normales. Según el convenio que nos rige, los días de asuntos propios no pueden unirse a días de vacaciones ni a días festivos. Estos 2 días recibirán el mismo tratamiento que un día de vacación normal con el fin de ofrecer una ventaja social dentro de nuestra política de conciliación».

c).- Y con base en el art. 205.e) LPL, el recurso denuncia la infracción de los arts. 3.1.c), 34.6 y 41 ET, la DA Tercera del RD 1561/1995 [21 /Septiembre], y los arts. 3 y 1281 a 1289 CC, en relación con los arts. 16 y 21 del Convenio Colectivo Nacional de Industrias Lácteas, así como diversa doctrina jurisprudencial.

SEGUNDO.- 1.- El primero de los motivos revisorios ha de ser sustancialmente acogido, por cuanto que la prueba documental invocada justifica en gran medida -ya justificaremos los términos de esta precisión- el texto que se propone. Es doctrina unánime que la denuncia del error de hecho no puede ser atendida, sin la concurrencia de los siguientes requisitos: a) Que se concrete con claridad y precisión el hecho que haya sido negado u omitido en el relato fáctico [no basta mostrar la disconformidad con el conjunto de ellos]. b) Que tal hecho resulte de forma clara, patente y directa de la prueba documental o pericial obrante en autos, sin necesidad de argumentaciones o conjeturas [no es suficiente una genérica remisión a la prueba documental practicada]. c) Que se ofrezca el texto concreto a figurar en la narración que se tilda de equivocada, bien sustituyendo o suprimiendo alguno de sus puntos, bien complementándolos. d) Que tal hecho tenga trascendencia para modificar el fallo de instancia (SSTS 02/06/92 -rec. 1959/91 -... 17/01/11 -rco 75/10 -; 18/01/11 -rco 98/09 -; y 20/01/11 -rco 93/10 -).

Tales exigencias tienen lugar cumplidamente en autos, a excepción -como veremos- del último de ellos [la trascendencia], pese a cuya deficiencia consideramos oportuno expresar en el relato de hechos la realidad que consideramos acreditada por la prueba propuesta en el recurso, en tanto que va a ser elemento esencial de la justificación de nuestro criterio final sobre la cuestión de fondo. En efecto, los diversos correos electrónicos cuya transcripción consta en autos, de un lado no pueden dejar de ser reconocidos por los impugnantes del recurso, desde el punto y hora en que ninguna objeción hicieron a su veracidad en el acto de juicio [aparte de estar ratificados por la prueba testifical practicada], de manera y forma que su fehaciencia nos resulta incuestionable. Ahora bien, tales documentos lo único que ponen de manifiesto es que: a) la responsable de RRHH de dos de las empresas demandadas [«Grupo Prado Cervera, SLU» e «Industrias Lácteas de Valencia, SL»] intercambió con dos respectivos miembros del Comité de Empresa de tales entidades [Sra. Luz y Sra. Violeta, respectivamente] criterios en orden al nuevo calendario laboral y horario pretendidos por las empresas demandadas; b) que la responsable de RRHH del «Grupo Lactalis Iberia, SA» [Sra. Crescencia] mantuvo una reunión con personas -representantes de los trabajadores, obviamente- que no constan; y c) que a la pretensión empresarial respondieron negativamente el Comité de Empresa de «Grupo Prado Cervera, SLU» y de «Industrias Lácteas de Valencia, SL».

Por ello, únicamente aceptamos como redacción acreditada la siguiente: «Quinto.- Para la elaboración del calendario del año 2009, la Dirección de las mercantiles demandadas y algunos representantes de sus trabajadores intercambiaron 4 correos electrónicos, en el periodo comprendido ente el día 16 y el día 22 de diciembre de 2008, y en términos personales que se desconocen mantuvieron una reunión en fecha 18 de idéntico mes y año. Al no llegar a un acuerdo al respecto, las empresas aprobaron unilateralmente el calendario laboral del año 2009». Igualmente excluimos del relato finalmente aceptado el apartado último [«manteniendo el carácter recuperable de los 2 días de asuntos propios y otorgando a los mismos idéntico tratamiento que un día de vacación normal, de forma que pudieran ser acumulados a los días de vacaciones y a los días festivos»], por entender que se trata de dos afirmaciones que comportan -respectivamente- una conclusión fáctica que en manera alguna puede derivarse de la documental propuesta [que los días de asuntos propios siempre habían tenido carácter recuperable] y otra de naturaleza jurídica [la facultativa acumulación de tales días a las vacaciones y festivos] que no tiene cabida -por definición- en el relato de hechos probados y que en todo caso se presenta indebidamente predeterminante del fallo -en tanto que lo anticipa- y en su caso tendría adecuada ubicación en la fundamentación jurídica (así, SSTS 19/06/89 Ar. 4811; y 07/06/94 -rcud 2797/93 -).

2.- Contrariamente se acepta en su literal integridad el complemento que se solicita para la redacción del ordinal sexto, pues el texto que se propone añadir [ya reproducido más arriba] tiene indubitado amparo en el calendario laboral que consta como folios 212 y 213 de autos, y además está recogido en el hecho séptimo de la propia demanda, por lo que -en todo caso- se trataría de un hecho conforme; y, de otra parte, su constancia no



sólo obedece a la conveniencia de reflejar fielmente el contenido del calendario, sino que atiende a imperativa necesidad de hacer constar el texto cuya interpretación es objeto de debate.

TERCERO.- 1.- Para una más adecuada justificación del pronunciamiento que sobre la validez del Calendario Laboral hayamos de dictar, parece oportuno reproducir los textos -legales y pactado- que han de tenerse en cuenta para resolver el objeto de debate:

a).- El art. 34. 6 ET dispone que « *anualmente se elaborará por la empresa el calendario laboral, debiendo exponerse un ejemplar del mismo en un lugar visible de cada centro de trabajo* »;

b).- Conforme a la DA Tercera del RD 1561/1995 [21/Septiembre], relativa a la «competencia de los representantes de los trabajadores en materia de jornada», los mismos « *tendrán derecho a: a) ser consultados por el empresario y emitir informe con carácter previo a la elaboración del calendario laboral a que se refiere el apartado 6 del artículo 34 del Estatuto de los Trabajadores* »; y

c).- El art. 16 del Convenio Colectivo Estatal de Industrias Lácteas y sus Derivados [BOE 22/01/09], « *La jornada máxima de trabajo en cómputo anual será de 1.770 horas. La distribución de la jornada en cada empresa y/o secciones de las mismas será pactada entre los representantes legales de los trabajadores y la Dirección* ».

2.- En interpretación de tales preceptos, la Sala ha indicado que de acuerdo con el art. 34.6 ET, la elaboración del «calendario laboral» -que puede o no incluir el horario de trabajo, tras la derogación del RD 2001/1983: SSTS 18/09/00 rcd 4240/99 y 24/01/03 rco 175/01 - corresponde en principio a la empresa; y si bien la fijación inicial del horario de trabajo se atribuye también en principio al poder de dirección del empresario, ello ha de entenderse sin perjuicio de lo dispuesto en «los convenios colectivos o contratos de trabajo» [art. 34.1. ET], o de la exigencia de convenio colectivo o acuerdo de empresa para «la distribución irregular de la jornada a lo largo del año» [art. 34.2. ET] (así, STS 20/03/07 -rco 42/07 -). E insistiendo en la misma doctrina, también hemos afirmado que esa facultad empresarial «no es omnímoda ya que deberá respetar tanto las normas de carácter necesario, fiestas nacionales, locales, así como pactadas en convenio y el conjunto de condiciones que vengán rigiendo la jornada como resultado de acuerdos entre las partes o de una voluntad unilateral de la empresa cuando en este último caso se haya incorporado el acervo contractual de los trabajadores» (en este sentido, la STS 16/06/05 -rco 118/04 -).

3.- Pues bien, a la vista de tal contexto normativo y jurisprudencial, el calendario elaborado unilateralmente por la empresa ha de ser anulado y en este concreto extremo ha de ser confirmada la decisión de la Audiencia Nacional. Y en apoyo de tal decisión son aducibles los siguientes argumentos:

a).- Ciertamente que la DA Tercera del RD 1561/1995 no exige una negociación previa a la elaboración del calendario laboral, y aunque así fuese -como se ha dicho para los Convenios Colectivos y es en principio extrapolable a todo supuesto de obligada negociación-, el deber de negociar no se confundiría con la obligación de convenir, ni con la de mantener indefinidamente una negociación infructuosa (entre las recientes, SSTS 09/02/10 -rco 112/09 -; 21/10/10 -rco 198/09 -; y 14/12/10 -rco 60/10 -). Lo único que impone la referida norma es que los representantes de los trabajadores sean «consultados por el empresario» y que emitan «informe con carácter previo a la elaboración del calendario laboral». Y si bien entendemos que el primero de los requisitos se ha respetado cumplidamente en el caso de autos, pues los diversos correos electrónicos -y el texto cuya incorporación al relato fáctico aceptamos- acreditan que los representantes de los trabajadores fueron «consultados» [como la disposición legal exige], en todo caso brilla por su ausencia la existencia de un «informe» -o su solicitud- previo a la confección del calendario, que mal puede identificarse con las propuestas y respuestas ofrecidas por tales representantes, pues éstas son tan sólo reflejo de la negociación que la «consulta» significa y no cumplen la finalidad que presumiblemente la Ley atribuye al complementario «informe» [entendemos que en orden a la posible impugnación judicial del calendario y al acreditamiento de las consultas y de la razonabilidad o arbitrariedad de aquél].

b).- Pero además, como el calendario laboral de cuya impugnación se trata incluye el horario de trabajo, también es patente que en su elaboración se ha incumplido el art. 16 del Convenio Colectivo Estatal de Industrias Lácteas, cuya contundente previsión respecto de que la «distribución de la jornada *será pactada* entre los representantes legales de los trabajadores y la Dirección» ha sido abiertamente conculcada en el presente caso, pues es claro que esa jornada fue unilateralmente fijada por la empresa -que no convenida- tras fracasar las consultas que se han reflejado como ordinal quinto de los hechos declarados probados.

4.- Por otro lado, existe una razón adicional para decretar la nulidad del calendario laboral acordado unilateralmente por la empresa, y es la relativa a la recuperación de los dos días de permiso por asuntos propios que regula el art. 21 del Convenio Colectivo y de la que trataremos en el siguiente fundamento jurídico. Pero una vez adelantada nuestra conclusión al respecto, la de que son recuperables, la forma en que la empresa ha decidido -unilateralmente, repetimos- proceder a su recuperación es patentemente contraria a Derecho.



Pues si por definición los permisos -causales o no- son potestativos para el trabajador, es claro que atender a su recuperación incrementando con carácter general -y obligatorio- la jornada diaria [15 minutos todos los viernes del año y dos días -24 y 31 de Diciembre- 45 minutos], comporta necesariamente que o bien todos los trabajadores deber hacer uso de ese permiso o -si no lo hacen- vean injustificadamente aumentada su jornada anual con el equivalente horario a dos jornadas de trabajo.

CUARTO.- 1.- Como acabamos de adelantar, diferente fortuna tiene la segunda de las pretensiones del Conflicto Colectivo, relativa a que judicialmente se declare -como indicamos en el fundamento primero- que los días de permiso por asuntos propios no son recuperables.

Con carácter previo ha de recordarse que hemos aceptado incluir en el relato de hechos que «Los dos días de asuntos propios que ofrece el convenio contarán como dos días de vacaciones normales. Según el convenio que nos rige, los días de asuntos propios no pueden unirse a días de vacaciones ni a días festivos. Estos 2 días recibirán el mismo tratamiento que un día de vacación normal con el fin de ofrecer una ventaja social dentro de nuestra política de conciliación». Pero tampoco puede desconocerse que en el precedente fundamento jurídico hemos llegado a la conclusión de que el calendario laboral está viciado de nulidad, por lo que la cuestión ha de ser resuelta en exclusiva atención a las previsiones del Convenio Colectivo, en cuyo art. 21 -bajo el epígrafe « *Licencias con retribución* »- se dispone que « *Además de los permisos reseñados en los apartados anteriores, todos los trabajadores podrán disfrutar de dos días al año por asuntos propios. El disfrute de estos días, que no requerirá de justificación alguna, estará sujeto a las siguientes condiciones: El empleado se obliga a comunicar a la empresa con tres días laborables de antelación al disfrute de esos días. No podrán acumularse a las vacaciones ni a días festivos del calendario laboral ni hacerlos coincidir con fiestas locales que sean festivos en el calendario laboral de la empresa* ».

2.- La cuestión ya ha sido resuelta por la STS 29/05/07 [-rco 113/06 -] y a su doctrina ha de estarse en el presente caso, por la contundencia de sus razonamientos y en aras a la estabilidad jurisprudencial. Para aquella sentencia -dictada en supuesto con regulación convencional similar a la de autos-, los permisos retribuidos por asuntos propios tienen carácter recuperable y no inciden sobre la jornada anual pactada en convenio colectivo, porque -en resumen- así lo impone la consideración de que no se trata de trabajo efectivo y porque entender lo contrario dejaría sin efecto la jornada pactada, que no establece excepción alguna. Utilizando sus sólidos argumentos: «La aparente contradicción obliga a decidir si, a efectos de la recuperación, debe prevalecer la norma sobre la jornada o la norma sobre los permisos, pues éstos se regulan en el artículo 31 conjuntamente con los permisos aleatorios, y para ninguno de los dos tipos de los permisos está prevista la recuperación. Los criterios hermenéuticos de los artículos 1281 a 1289 del Código Civil llevan a afirmar la prevalencia de la regla sobre la jornada. En primer lugar, porque la aplicación de ésta en sus propios términos parece más adecuada a la intención de los contratantes [artículo 1281 del Código Civil], pues en caso de haber pretendido que los días de permiso por asuntos propios no fueran recuperables los contratantes habrían realizado las correspondientes deducciones en la jornada de forma que no fuese preciso recuperar esos días para cumplirla. Esta intención también se deduce de los actos posteriores de las partes del convenio [artículo 1282 del Código Civil], [...]. En segundo lugar, el criterio de la eficacia del artículo 1284 del Código Civil lleva a la misma conclusión, pues el mantenimiento de la regla sobre la jornada es compatible con la subsistencia de los permisos en régimen de recuperación, lo que no sucede en el caso contrario: la jornada de 1766 horas no se aplica si los permisos por asuntos propios no son recuperables. Por último, el criterio del respeto a la mayor reciprocidad de los intereses en conflicto -artículo 1289 del Código Civil - también actúa en la misma dirección, pues la recuperación permite conciliar el interés de los trabajadores en obtener más días de libre disposición y el interés de la empresa en que con carácter general se cumpla la jornada pactada».

QUINTO.- La última de las cuestiones planteadas en la demanda y en el recurso es la relativa a si el «el disfrute del permiso por "asuntos propios" no está vinculado ni unido obligatoriamente al periodo de disfrute de vacaciones ni de días festivos». Y desde el punto y hora en que el calendario laboral ha sido anulado, la pretensión de ilegalidad del mismo por contradecir el art. 21 del Convenio Colectivo [« *No podrán acumularse a las vacaciones ni a días festivos del calendario laboral ni hacerlos coincidir con fiestas locales que sean festivos en el calendario laboral de la empresa* »] queda privada de objeto y por lo mismo ha de ser desestimada, sin necesidad de pronunciamiento alguno respecto de la interpretación que habría de darse al texto del calendario anulado.

SEXTO.- Las precedentes consideraciones nos llevan a afirmar -conforme al estudiado informe del Ministerio Fiscal- que procede estimar parcialmente el recurso interpuesto y que en consecuencia la sentencia recurrida debe ser revocada en los términos que se dirán. Sin que haya lugar a pronunciamiento condenatorio sobre imposición de costas [art. 233.2 LPL].

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.



FALLAMOS

Estimamos en parte el recurso de casación interpuesto por la representación de «GRUPO LACTALIS IBERIA, SA», «INDUSTRIAS LÁCTEAS DE VALENCIA, SL» y «LACTALIS RESTAURACIÓN, S.L.» [«Grupo Prado Cervera, SLU»], y confirmando la declaración de nulidad del Calendario Laboral para el año 2009 efectuada por la Sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 08/Junio/2010 [autos 55/2010], desestimamos las pretensiones relativas a la naturaleza no recuperable de los días de permisos por asuntos propios y a su obligada acumulación a los días de vacaciones, formuladas por «FEDERACIÓN AGROALIMENTARIA DE COMISIONES OBRERAS».

Sin que haya lugar a imposición de costas.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social de procedencia ,con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Luis Fernando de Castro Fernandez hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.