



Roj: **SAN 3414/2014 - ECLI:ES:AN:2014:3414**

Id Cendoj: **28079240012014100138**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **28/07/2014**

Nº de Recurso: **143/2014**

Nº de Resolución: **137/2014**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **RAFAEL ANTONIO LOPEZ PARADA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 3414/2014,**
STS 2912/2016

SENTENCIA

Madrid, a veintiocho de julio de dos mil catorce.

La **Sala de lo Social** de la Audiencia Nacional compuesta por los Sres. Magistrados citados al margen y

EN NOMBRE DEL REY

Ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el procedimiento 0000143/2014 seguido por demanda de FEDERACION DE SERVICIOS A LA CIUDADANIA DE COMISIONES OBRERAS (FSC-CC.OO) (Letrado D. Enrique Lillo); contra HEARST MAGAZINES SL(Letrado Ignacio Ramos Quintans); DECOREVISTAS SL(Letrado Ignacio Ramos Quintans); sobre conflicto colectivo .Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. D. **RAFAEL A. LOPEZ PARADA**

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Según consta en autos, el día 13 de mayo de 2014 se presentó demanda por la Federación de Servicios a la Ciudadanía de Comisiones Obreras (CC.OO.)contra las empresas Hearst Magazines S.L. y Decorevistas S.L. sobre conflicto colectivo.

Segundo.- La Sala acordó el registro de la demanda y designó ponente, con cuyo resultado se señaló el día 24 de julio de 2014 para los actos de intento de conciliación y, en su caso, juicio.

Tercero.-. Llegado el día y la hora señalados tuvo lugar la celebración del acto del juicio, previo intento fallido de avenencia, y en el que se practicaron las pruebas con el resultado que aparece recogido en el acta levantada al efecto.

Cuarto . - La parte demandada se ratificó en su demanda, exponiendo el representante procesal de la misma los motivos que fundan su pretensión. Se opuso a la estimación de la pretensión la parte demandada, por los motivos que igualmente argumentó. Todo ello en los términos que resultan del acta del juicio y de la grabación de la vista oral.

Quinto . - De conformidad con lo dispuesto en el artículo 85.6 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre , se precisa que los hechos controvertidos y conformes fueron los siguientes:

-Desde Noviembre de 2013, Diciembre 2013 y primer semestre de 2014 se intentó negociar el calendario laboral para 2014. -En las negociaciones por la empresa se ha admitido las propuestas sociales reflejadas en el segundo hecho pacífico pero recuperándose de la forma en que se venía haciendo. -Históricamente el



control del horario lo ejercían los directores o subdirectores. -La empresa ha pedido presupuesto para poner sistema mecánico de control que ascienden a 140.000 euros. -La empresa ha reducido un 40% su facturación en los 4 últimos años. -Ha habido un número relevante de despidos. -La inspección de trabajo levanta acta y la empresa cumple con lo indicado por la inspección si bien exige la comunicación previa sin limitación. -La empresa se ve obligada a las exigencias discutidas para la debida organización del trabajo por equipos de redacción, maquetación, parrillas, fotos, producción, imprenta. -Es necesario en producción e imprenta la organización, porque los pliegos se entregan de forma irregular según lleva la noticia.

HECHOS PACIFICOS: -Este tema se ha llevado a la Comisión Paritaria, al SIMA y otras reuniones. -En 2014 el Convenio se ha incrementado en 65 horas en computo anual la jornada, y se ha reducido de 4 a dos meses y medio el horario de verano; la parte social pidió tres meses de verano, puentes; descanso el miércoles tarde anterior a semana santa y puente de Mayo. -Históricamente se ha recuperado de manera lineal de lunes a jueves en horario de invierno. -No hubo acuerdo y la empresa elaboro un calendario en que se incorporo las pretensiones ofrecidas reflejadas en el segundo hecho pacifico -La empresa no tiene sistema de control mecánico del horario. -Hay 400 trabajadores en la empresa. -CC.OO ha indicado a los trabajadores que mientras esté vivo este conflicto no hagan uso de la flexibilidad. -La empresa obliga a que se recupere en el día la flexibilidad además de preavisar.

Resultando y así se declaran, los siguientes

HECHOS PROBADOS

PRIMERO .- El artículo 26 del Convenio colectivo nacional de prensa no diaria (Boletín Oficial del Estado de 23 de diciembre de 2013), que es el aplicable a las empresas demandadas, bajo el título "Jornada de Trabajo", dispone lo siguiente:

"Desde el día 1 de enero de 2014 la jornada laboral para todo el personal afectado por este Convenio será de 37 horas efectivas semanales durante todas las semanas del año. Desde el 24 de junio hasta el día 7 de septiembre, ambos inclusive dicha jornada no podrá exceder de 35 horas a la semana, excepto pacto con los representantes de los trabajadores. Corresponde a las empresas y los representantes de los trabajadores fijar en el calendario laboral cómo se distribuyen el resto de año las horas no realizadas durante estos meses. También podrá pactarse entre las empresas y los trabajadores que dicha jornada continuada se realice durante más meses del año, así como que pueda ser inferior al periodo que marca este Convenio.

La jornada máxima ordinaria, será de 9 horas, teniendo que existir al menos 12 horas de intervalo entre la finalización de una jornada y el comienzo de la siguiente.

Todo el personal disfrutará dentro de esta jornada semanal de dos días de descanso consecutivos que, preferentemente, serán sábados y domingos.

(...)

Sin perjuicio de lo establecido en los párrafos anteriores, con el fin de facilitar la conciliación de la vida familiar y laboral, en las Empresas afectadas por el presente Convenio, se establece una flexibilidad en los horarios de entrada al trabajo de hasta 30 minutos antes y hasta 30 minutos después de la hora fijada para la incorporación al trabajo, siempre que técnicamente la empresa pueda ofrecer esta flexibilidad por tener sus instalaciones abiertas y funcionando adecuadamente. Se compensarán diariamente los adelantos o retrasos del horario de entrada en el horario de salida y respetándose, en todo caso los horarios de comida".

SEGUNDO .- Tras la negociación del calendario laboral para 2014, iniciada a finales de noviembre de 2013, con propuestas y contrapropuestas entre las partes, la empresa fijó ese calendario laboral para 2014 de manera unilateral y sin acuerdo con la representación de los trabajadores, aunque incorporando algunas propuestas de los representantes de los trabajadores sobre su postura inicial. En dicho calendario se encuentra incluido el horario de trabajo. El horario de verano se fija para el periodo de 16 de junio al 15 de septiembre y supone una jornada semanal de 34 horas, realizadas de 8 a 15 horas de lunes a jueves y de 8 a 14 horas los viernes. El horario de invierno, para el resto del año, supone trabajar en jornada partida de lunes a jueves, de 9 a 14 horas y de 15 a 18:25 horas, así como los viernes de 9 a 14 horas, lo que supone una jornada semanal de 38 horas y 40 minutos. Los días 16 de abril y 14 de mayo de 2014 solamente se trabaja de 9 a 14 horas.

TERCERO.- Tras la implantación del nuevo horario la empresa consideró que no era aplicable el sistema de flexibilidad horaria prevista en el convenio colectivo, no permitiendo su aplicación por los trabajadores. Ello motivó la actuación de la Inspección de Trabajo a instancias del comité de empresa, lo que dio lugar a la extensión de un acta de infracción por vulneración del artículo 26 del Convenio colectivo nacional de prensa no diaria. Tras ello la empresa permitió a los trabajadores el uso de la flexibilidad horaria, pero impuso la



obligación a cada trabajador individual de comunicar previamente al director por correo electrónico, con copia a la dirección de recursos humanos, el horario de entrada y salida que va a realizar, permitiéndose posteriormente su cambio con una comunicación previa en los mismos términos.

CUARTO.- La empresa ha pedido en junio de 2014 un presupuesto para implantar en sus centros un sistema informatizado para el control de accesos y de las horas de entrada y salida de los trabajadores. La oferta económica realizada por una empresa para ello ha sido de 140.170,03 euros.

QUINTO.- En la organización de la producción en la empresa se encuentran establecidos a lo largo de la semana distintos momentos límite de entrega del material redactado a producción y del material producido para impresión. Para ello es preciso coordinar el trabajo entre los departamentos.

SEXTO.- En los años 2012 y 2013 la empresa ha practicado varios despidos objetivos por causas económicas. En varios casos ello ha dado lugar a litigios individuales de impugnación de los mismos, en los que han recaído sentencias declarándolos procedentes.

Se han cumplido las previsiones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- De conformidad con lo dispuesto en los artículos 9.5 y 67 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en relación con lo establecido en el artículo 8 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, compete el conocimiento del proceso a la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional.

SEGUNDO. - De conformidad con lo prevenido en el artículo 97.2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, se expresa que los hechos declarados probados se han deducido de las pruebas siguientes:

El primero resulta del Boletín Oficial del Estado que se cita. La aplicación de dicho convenio a las empresas demandadas no ha sido controvertido.

El segundo, en cuanto al calendario laboral y horario impuesto, resulta del documento obrante en el descriptor 21, que se da por reproducido en su integridad. No hay controversia sobre el hecho de que dicho calendario laboral ha sido establecido unilateralmente por la empresa. En cuanto a la existencia de una consulta y negociación previa del calendario laboral con los representantes de los trabajadores, ésta resulta del interrogatorio a D^a Natividad (directora de recursos humanos de la empresa), que confirmó a preguntas del propio representante de los demandantes que existieron "propuestas y discrepancias". Resulta también del documento obrante en el descriptor 43, aportado por la parte demandada y reconocido por la demandante. Y de los documentos obrantes en los descriptores 50 a 52, aportados por la parte demandante y reconocidos por la demandada.

El ordinal tercero resulta del informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social obrante en el descriptor 64, en lo relativo a la ausencia de flexibilidad horaria y a la actuación de la Inspección. La decisión empresarial posterior resulta del descriptor 57.

El ordinal cuarto resulta del documento obrante en el descriptor 44, aportado por la parte demandada y reconocido por la demandante.

El ordinal quinto resulta de los descriptores 33 a 37, los cuales, aunque no hayan sido reconocidos de contrario por ser desconocidos para la parte demandante, sí son valorados por la Sala en cuanto son conformes a la lógica que ha de regir una organización productiva como la que aquí se trata, sin que se hayan denunciado como falsos.

El ordinal sexto resulta de los descriptores 22 a 24.

TERCERO .- No discutiéndose el tratamiento unitario como empleador de ambas sociedades demandadas, como si de una única empresa se tratara, esta Sala ha de partir de tal premisa.

La primera pretensión de la demanda y objeto del debate procesal es el derecho de los trabajadores a la jornada flexible establecido en el artículo 26 del convenio colectivo del sector sin obligación de comunicar previamente la hora en que, dentro del margen de flexibilidad, cada trabajador va a hacer su entrada y salida en el centro de trabajo.

A este respecto el texto del convenio nos dice que "con el fin de facilitar la conciliación de la vida familiar y laboral", "se establece una flexibilidad en los horarios de entrada al trabajo de hasta 30 minutos antes y hasta 30 minutos después de la hora fijada para la incorporación al trabajo, siempre que técnicamente la empresa pueda ofrecer esta flexibilidad por tener sus instalaciones abiertas y funcionando adecuadamente", añadiendo



que "se compensarán diariamente los adelantos o retrasos del horario de entrada en el horario de salida y respetándose, en todo caso los horarios de comida".

La primera evidencia es que el uso del derecho no está condicionado por el convenio colectivo a una obligación de comunicación previa del concreto horario de entrada o salida por cada trabajador, por lo que dicha restricción supone reducir el derecho reconocido por el convenio en una forma no prevista por el mismo y no puede estimarse acorde a lo regulado en dicho precepto.

El derecho establecido por el convenio consiste en que la hora concreta de entrada sea libre para el trabajador dentro del margen regulado en el convenio sobre la hora de entrada "estándar" o "central" fijada por la empresa y sin que ello pueda supeditarse a requisitos formales de preaviso de dicha hora de entrada, que no están previstos en el propio convenio.

El convenio contempla una única excepción a ese derecho, en los casos en los que "técnicamente la empresa pueda ofrecer esta flexibilidad por tener sus instalaciones abiertas y funcionando adecuadamente". Dejando aparte la concreta interpretación de dicho precepto, lo cierto es que dentro de tal excepción no caben ninguno de los dos motivos alegados por la empresa.

El coste de la implantación de un determinado sistema de control informatizado de horarios nada tiene que ver con lo previsto en el convenio colectivo. Por otro lado dicho coste no se estima como un impedimento para el ejercicio del derecho, dado que el control informatizado que se pretende constituye una facultad de la empresa al amparo del artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores, pero ni es obligatorio para la empresa, ni su implantación constituye un requisito para la efectividad del derecho a la flexibilidad horaria previsto en el convenio colectivo.

En segundo lugar alega la empresa unas causas productivas y organizativas que impedirían el cumplimiento de la previsión convencional y justificarían la implantación de restricciones como la comunicación previa, por la necesidad de coordinar los procesos productivos. Las causas alegadas son ciertamente genéricas y afectan a toda empresa del sector, sin que aparezcan con particular intensidad en la demandada. En modo alguno pueden considerarse una situación de imposibilidad en el cumplimiento de la obligación con arreglo al artículo 1184 del Código Civil, donde se recoge el viejo principio *ad impossibilia nemo tenetur*, ya que obedecen a una mera conveniencia productiva, general para el sector y que sin duda los negociadores colectivos ya hubieron de tomar en consideración.

En definitiva las argumentaciones empresariales no encajan en las previsiones del convenio y vienen a constituir argumentos que, según su posición e intereses, pudieron haber tomado en consideración los negociadores del convenio para no llegar al acuerdo sobre la flexibilidad horaria. Una vez que los negociadores empresariales alcanzaron dicho pacto, el mismo es obligatorio para las empresas, salvo que concurriesen en la empresa concretas y particularizadas causas para el denominado descuelgue o inaplicación convencional, que habría de llevarse a cabo por la vía del artículo 82.3 del Estatuto de los Trabajadores, sin que se haya seguido tal procedimiento.

Por tanto la primera pretensión de la demanda ha de ser estimada.

CUARTO . - Por lo que se refiere a segunda pretensión de la demanda, ésta se concreta en que se declare que el horario anual o distribución de la jornada que la empresa incorpora al calendario laboral deba ser pactado y no impuesto unilateralmente.

El artículo 34.6 del Estatuto de los Trabajadores nos dice 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". Se trata de una obligación de la empresa, cuyo incumplimiento es incluso constitutivo de una infracción administrativa imputable a la empresa (artículo 6.1 de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000). La disposición adicional tercera del Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo, establece que los representantes de los trabajadores deben 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. Por consiguiente el régimen legal es:

a) El calendario laboral ha de ser elaborado por la empresa y expuesto al iniciarse el año en lugar visible del centro de trabajo.

b) Previamente ese calendario laboral ha de ser objeto de consulta con los representantes legales de los trabajadores; aplicando el artículo 64.6 del Estatuto de los Trabajadores, la consulta debe realizarse de tal manera que permita a los representantes de los trabajadores, sobre la base de la información recibida, reunirse con el empresario, obtener una respuesta justificada a su eventual informe y poder contrastar sus puntos de



vista u opiniones con objeto, en su caso, de poder llegar a un acuerdo; la consulta debe permitir que el criterio del comité pueda ser conocido por el empresario a la hora de adoptar o de ejecutar las decisiones, para lo cual disponen de un plazo máximo de quince días desde que les son remitidas las informaciones correspondientes.

c) Si se produce un acuerdo sobre el calendario laboral, el contenido de éste pasa a constituir el objeto de un pacto colectivo de empresa.

d) Si no se produce el acuerdo, la empresa está obligada a elaborar el calendario y exponerlo de manera que tenga cumplida esta obligación al iniciarse el año natural.

e) Si el calendario laboral introduce modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, resulta de aplicación el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, exigiéndose entonces tanto la concurrencia de causa, como el periodo de consultas previo (si se trata de una modificación de alcance colectivo), así como los demás requisitos de dicha norma.

f) El calendario laboral no puede tener contenidos en materia de jornada y horario contrario a los mínimos legales, reglamentarios y convencionales.

Pues bien, el artículo 26 del convenio colectivo aplicable se limita a decir que "corresponde a las empresas y los representantes de los trabajadores fijar en el calendario laboral cómo se distribuyen el resto de año las horas no realizadas durante estos meses". Esa remisión al calendario laboral no puede entenderse como una modificación del régimen legal existente del calendario laboral, de manera que determine que éste en todo caso requiera de un acuerdo entre empresa y representantes de los trabajadores. Lo que hace el convenio colectivo es remitirse al régimen jurídico del calendario laboral, que es el que hemos definido anteriormente, por lo que lo que resulta exigible es una consulta previa en los términos indicados. Si se produce un acuerdo el calendario tendrá la naturaleza de pacto colectivo, pero si no hay acuerdo la empresa sigue estando obligada a la elaboración y exposición del calendario laboral. En tal caso la impugnación del mismo por los trabajadores o sus representantes es posible si el mismo contiene modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo contrarias al artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores o condiciones de trabajo contrarias a los mínimos legales, reglamentarios o convencionales, pero la mera falta de acuerdo sobre el contenido del calendario laboral, tras cumplir las obligaciones de información y consulta, no es causa de nulidad del mismo.

QUINTO . - Cabe preguntarse si ese régimen jurídico del calendario laboral que hemos descrito anteriormente es aplicable para la fijación del horario de trabajo.

Bajo la vigencia del Real Decreto 2001/1983 y conforme a su artículo 4.3, el calendario laboral debía comprender "el horario de trabajo y la distribución anual de los días de trabajo, festivos, descansos semanales o entre jornadas y otros días inhábiles, a tenor, todo ello, de la jornada máxima legal o, en su caso, la pactada". Esa previsión desapareció en el Real Decreto 1561/1995, cuya disposición derogatoria no hacía ninguna salvedad con el contenido del artículo 4.3 del Real Decreto 2001/1983.

Al desaparecer toda norma legal o reglamentaria que especificase cuál había de ser el contenido del indicado calendario laboral se planteaba un serio problema jurídico en relación con el horario de trabajo. El Tribunal Supremo ha definido los conceptos de jornada y de horario, que aparecen diferenciados en la regulación del Estatuto de los Trabajadores. Las sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 22 de julio de 1995 (recurso 443/1995), 26 de junio de 1998 (recurso 4621/1997) ó 19 de febrero de 2001 (recurso de casación núm. 2964/2000) señalan:

"Los conceptos de jornada, sea diaria, mensual o anual, y de horario son conceptos muy próximos y vinculados entre sí, pero entre ambos es la jornada la que presenta una mayor relevancia y trascendencia, por cuanto que ella es la que determina nítidamente el número de horas que se han de trabajar, dentro del lapso temporal de que se trate; el horario es una consecuencia o derivación de la jornada, pues en él se precisa el tiempo exacto en que en cada día se ha de prestar servicio, teniendo siempre a la vista y como norma a respetar la duración de la jornada estatuida".

Por tanto el concepto de jornada se refiere al número de horas de trabajo en un determinado periodo (siendo la referencia legal el año natural, a partir de la Ley 11/1994), mientras que el horario, o distribución de la jornada, se refiere a los concretos momentos (días y horas) en los que han de prestarse esas horas de trabajo. Aún más, hay que tener en cuenta que esos días y horas pueden ser diferentes para cada trabajador concreto.

Para determinar la distribución de la jornada (horario) de un trabajador es preciso dar dos especificaciones: los días concretos de prestación de servicios y las horas de trabajo dentro de cada uno de esos días. Para calcular la jornada no basta con uno sólo de esos datos, sino que son precisos ambos.

El régimen legal del horario es el siguiente:



a) El trabajador tiene un horario inicial cuando es contratado, aún cuando no es preciso que el mismo se especifique en el contrato, salvo en el caso del contrato a tiempo parcial, en el cual en el contrato, que ha de formalizarse necesariamente por escrito, deben figurar el número de horas ordinarias de trabajo al día, a la semana, al mes o al año contratadas, así como el modo de su distribución y, de no observarse esta exigencia, el contrato se presume iuris tantum celebrado a jornada completa.

b) El empresario puede modificar ese horario inicial en el ejercicio de su poder organizativo y de dirección de la actividad laboral (artículo 20 del Estatuto de los Trabajadores), pero si la modificación tiene naturaleza sustancial ha de ajustarse a los requisitos y trámites del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores . El horario ya establecido se convierte en condición de trabajo expresamente mencionada en el artículo 41.1 del Estatuto de los Trabajadores , para cuya modificación es preciso acudir al sistema regulado en dicho artículo, no bastando con la decisión unilateral de la empresa mediante el calendario laboral del año (sentencias de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 8 de diciembre de 2003, recurso 77/2003 y de 17 de enero de 2007, recurso nº 3789/2005). El nuevo horario, en el caso de los contratos a tiempo parcial, siempre debe fijarse por escrito, en cuanto constituye una modificación del contrato.

Y en este punto surge la duda sobre si el horario del trabajador ha de constar en el calendario laboral tras el Real Decreto 1561/1995, al derogarse el artículo 4.3 del Real Decreto 2001/1983 , esto es, si el calendario laboral es el instrumento empresarial para concretar el horario de trabajo cada año natural.

Entendido el horario como "distribución de la jornada", tal distribución ha de precisarse en dos fases: días de trabajo y, dentro de los mismos, horas de trabajo. Es obvio que en el calendario es preciso hacer figurar los días de trabajo, puesto que de lo contrario quedaría vacío de contenido, siendo dudoso si, además han de fijarse las concretas horas de trabajo dentro de cada día laborable. La Sala Cuarta del Tribunal Supremo dijo en sentencia de 18 de septiembre de 2000 (recurso de casación número 4240/1999) que, dado que el Real Decreto 1561/199 no contiene mandato alguno que obligue al empresario a incluir los horarios en el calendario laboral "es más que dudoso que el empresario esté obligado a incluir los horarios en el calendario que haya de publicar en cumplimiento del mandato del artículo 34.6 del Estatuto de los Trabajadores "... pero, en todo caso, "esta obligación no puede extenderse a aquellos trabajadores y horarios que, por las características de su prestación, ya se ha previsto en el convenio colectivo que realicen unas jornadas de difícil determinación". Ese pronunciamiento ha de ser matizado con el posterior contenido en la sentencia de 19 de abril de 2002 en recurso de casación 1212/2001 , en la cual se estableció que el calendario laboral del artículo 34.6 del Estatuto de los Trabajadores era el método adecuado por el cual la empresa, unilateralmente, ha de fijar la concreción individualizada de las fechas de disfrute de los descansos compensatorios en supuestos de régimen de turnos, algo que resulta obviamente contradictorio con el pronunciamiento anterior, que sostenía que no debía incorporar los horarios individualizados de cada trabajador, sino solamente los generales de la empresa.

No debe olvidarse que esas sentencias se vinieron a dictar en recursos de casación en procedimientos de conflicto colectivo y, por tanto, al ser pronunciamientos únicos no recaídos en unificación de doctrina no cumplen el requisito de reiteración que les confieran el valor de jurisprudencia, conforme al artículo 1.6 del Código Civil . Por otra parte la sentencia de 18 de septiembre de 2000 no llega a pronunciarse sobre si el calendario laboral debe contener las horas de trabajo y no solamente los días de trabajo.

A la vista de todo lo anterior esta Sala entiende que el calendario laboral que debe elaborar la empresa sí debe incluir los horarios de trabajo. Según hemos visto, la jornada de trabajo es el número de horas de prestación de servicio en un periodo de referencia (que legalmente es anual, a salvo de las previsiones del concreto convenio colectivo), pero ese número abstracto ha de concretarse en una distribución u horario, el cual se compone de dos términos: días de trabajo y horario de trabajo en cada uno de ellos. No puede entenderse que la derogación del artículo 4.3 del Real Decreto 2001/1983 por el Real Decreto 1561/1995 haya modificado este requisito, puesto que la nueva norma reglamentaria guarda silencio que ha de llenarse por vía interpretativa y la función del calendario laboral es concretar la distribución de la jornada, proyectándola sobre un concreto año natural, resultando que el concepto de distribución de la jornada, para su definición, exige concretar no solamente los días de prestación de servicios, sino también las horas dentro de cada día.

Siendo esto así, el régimen legal aplicable a la fijación de la distribución de la jornada en cada año natural es el regulado para el calendario laboral, que no exige necesariamente el acuerdo entre empresa y representantes legales de los trabajadores, sino meramente la información y consulta previa con éstos, sin perjuicio de que el calendario laboral, si contiene modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, ha de ajustarse para ello a la regulación del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores .

Esta solución se acomoda además a la regulación contenida hoy en el artículo 34.2 del Estatuto de los Trabajadores , que permite a la empresa, sin pacto alguno, lo que denomina la distribución irregular a lo largo



del año del diez por ciento de la jornada de trabajo, debiendo conocer el trabajador con un preaviso mínimo de cinco días el día y la hora de la prestación de trabajo resultante de aquélla. Lo que, sensu contrario, indica que el restante 90% de los días y horas de trabajo han de estar previamente determinados y ser conocidos con mucha mayor antelación por el trabajador, sin que queden a disposición de la empresa, ni sometidos al breve plazo de preaviso de cinco días. Lo que remite al sistema de fijación anual por medio del calendario laboral que se contiene en el número seis del mismo artículo, puesto que no existe otro sistema regulado para ello.

Y, en el caso concreto que nos ocupa, el propio artículo 26 del convenio colectivo se remite al calendario laboral como forma de fijar la distribución de las horas compensatorias de la jornada reducida de verano.

En conclusión, siendo el calendario laboral la forma de fijación del horario anual por la empresa (salvo en la parte de distribución irregular en los términos del artículo 34.2 del Estatuto de los Trabajadores), la regulación contenida en la disposición adicional tercera del Real Decreto 1561/1995 solamente exige el sometimiento de éste a información y consulta previa con los representantes legales de los trabajadores, pero no que su contenido sea necesariamente pactado con éstos. En defecto de acuerdo la fijación del calendario laboral es responsabilidad de la empresa, sin que por esa vía pueda introducir modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo en contra del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, ni fijar condiciones contrarias a los mínimos legales, reglamentarios y convencionales.

La segunda pretensión de la demanda ha de ser por ello desestimada.

SEXTO .- La última pretensión de la demanda es que "se declare el derecho de los trabajadores afectados por el conflicto colectivo a que el exceso de horas no trabajadas en los meses de verano (no debe trabajarse más de 35 horas en estos meses salvo pacto y la empresa unilateralmente fija 34 horas sin pacto) del 16 de junio al 15 de septiembre se compensen mediante una distribución de horas de trabajo a lo largo de los restantes meses del año" y se condene a la empresa "a pactar la concreción horaria de la citada distribución de horas de exceso y condenándola y obligándola a no decidir unilateralmente por parte de la empresa las fechas en que se compensan mediante una nueva distribución de horas de trabajo a lo largo de los meses del año que no son de verano".

Como hemos visto, el artículo 34.2 del Estatuto de los Trabajadores regula "la distribución irregular de la jornada a lo largo del año". El concepto de "distribución irregular de la jornada" se venía entendiendo como la fijación de un número de horas diferentes de trabajo en distintos periodos de referencia a lo largo del año, de manera que en unos periodos se trabajen más que otros. La Ley no fija cuál sea ese periodo de referencia, aunque la Sala Cuarta del Tribunal Supremo en la sentencia de 19 de noviembre de 2002 (recurso número 58/2002), parece inclinarse por un periodo de referencia semanal, lo que se acomoda a la lógica de la sustitución de la jornada máxima semanal por la anual (anualización de la jornada máxima) a partir de la Ley 11/1994. Conforme a la Ley esa distribución irregular de la jornada solamente es viable jurídicamente si se pacta mediante convenio colectivo o, en su defecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores.

Poco tiene que ver esa distribución irregular con la antelación con la cual el trabajador conozca su concreción, lo que viene determinado por el calendario laboral anual, según hemos visto. Ahora bien, el artículo 34.2 del Estatuto de los Trabajadores realiza una mezcla de ambos conceptos, esto es, de la irregularidad de la distribución de la jornada y de la forma y tiempo de conocimiento por el trabajador de sus concretas horas de trabajo, al establecer, como hemos visto, que "en defecto de pacto, la empresa podrá distribuir de manera irregular a lo largo del año el diez por ciento de la jornada de trabajo".

En todo caso lo que aquí se plantea nada tiene que ver con la flexibilidad en la determinación de la jornada con solamente cinco días de antelación, esto es, con la existencia de una bolsa de horas disponible para la empresa y fuera del calendario laboral, que es lo que ahora regula el artículo 34.2 del Estatuto de los Trabajadores mezclado de forma confusa con el concepto de distribución irregular de la jornada. Lo que aquí se plantea y es objeto de litigio tiene que ver con el concepto de "distribución irregular de la jornada", por existir un número diferente de horas de trabajo en diferentes semanas del año. Como hemos visto el artículo 34.2 del Estatuto de los Trabajadores exige, para que la distribución irregular de la jornada sea legal, que se prevea en convenio colectivo o que exista pacto, en su defecto, con la representación legal de los trabajadores. Pero a este respecto no existe problema alguno, dado que esa distribución irregular se prevé y regula en el convenio colectivo aplicable.

El problema se suscita en orden a determinar si el calendario laboral fijado por la empresa se ajusta al margen conferido por el artículo 26 del convenio colectivo, puesto que en lugar de fijar 35 horas semanales en el horario de verano, compensándose las que faltan hasta las 37 en el calendario laboral del resto del año, fija la jornada de verano en 34 horas semanales, para compensar la diferencia hasta 37 en el calendario del resto del año. La pretensión de los trabajadores es que la empresa solamente podría fijar la jornada de verano en 35 horas



semanales, salvo que existiese un pacto con los representantes de los trabajadores para fijar una jornada de verano inferior.

Pues bien, lo que establece el artículo 26 del convenio colectivo es que desde el 24 de junio hasta el día 7 de septiembre, ambos inclusive, la jornada "no puede exceder" de 35 horas a la semana, excepto pacto con los representantes de los trabajadores. Por consiguiente las 35 horas constituyen un máximo y se requiere el pacto con los representantes de los trabajadores para superar el mismo, no para reducir la jornada sobre dicho máximo, como aquí ha ocurrido. Por lo cual ha de desestimarse también esta última pretensión de la demanda.

Cuestión distinta es que el convenio también exige el pacto entre la empresa y los representantes de los trabajadores para que la jornada continuada de verano se realice durante más meses del año o para que pueda ser inferior al periodo que marca este Convenio (del 24 de junio al 7 de septiembre). Por tanto el pacto se requiere para que la jornada de verano se realice en fechas diferentes a las previstas en el convenio colectivo y por tanto lo que podría cuestionarse en este supuesto no es que la jornada de verano sea de 34 horas, sino que la misma comprenda un periodo más amplio del fijado en el convenio (en este caso del 16 de junio al 15 de septiembre), pero este extremo no se cuestiona en la demanda, ni se pide nada en relación con el mismo, por lo que por congruencia nada puede decirse al respecto, a lo que ha de añadirse que, según resulta de los hechos probados, esa ampliación del periodo de jornada de veranos se introdujo por la empresa aceptando la propuesta al respecto de los representantes de los trabajadores.

SÉPTIMO . - No se hace imposición de costas por no apreciarse temeridad en ninguno de los litigantes.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Estimamos parcialmente la demanda presentada por la Federación de Servicios a la Ciudadanía de Comisiones Obreras (CC.OO.) contra las empresas Hearst Magazines S.L. y Decorevistas S.L. sobre conflicto colectivo, declarando el derecho de los trabajadores de las empresas demandadas a tener flexibilidad en el horario de entrada, de manera que pueden entrar desde media hora antes hasta media hora después de la hora fijada, compensando la diferencia en el mismo día en la hora de salida y sin que les sea exigible para su ejercicio la comunicación previa de la hora a la que van a entrar. Se desestima en los restantes pedimentos.

Notifíquese la presente sentencia a las partes advirtiéndoles que contra la misma cabe Recurso de Casación ante la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, que podrá prepararse ante esta Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en el plazo de CINCO DÍAS hábiles desde la notificación, pudiendo hacerlo mediante manifestación de la parte o de su Letrado al serle notificada, o mediante escrito presentado en esta Sala dentro del plazo arriba señalado.

Al tiempo de preparar ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional el Recurso de Casación, el recurrente, si no goza del beneficio de Justicia gratuita, deberá acreditar haber hecho el depósito de 600 euros previsto en el art. 229.1.b de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, y, en el caso de haber sido condenado en sentencia al pago de alguna cantidad, haber consignado la cantidad objeto de condena de conformidad con el art. 230 del mismo texto legal, todo ello en la cuenta corriente que la Sala tiene abierta en el Banco de Santander Sucursal de la Calle Barquillo 49, si es por transferencia con el nº 0049 3569 92 0005001274 haciendo constar en las observaciones el nº 2419 0000 00 0143 14; si es en efectivo en la cuenta nº 2419 0000 00 0143 14, pudiéndose sustituir la consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario, en el que conste la responsabilidad solidaria del avalista.

Se advierte, igualmente, a las partes que preparen Recurso de Casación contra esta resolución judicial, que, según lo previsto en la Ley 10/2014, de 20 de noviembre, modificada por el RDL 3/13 de 22 de febrero, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, con el escrito de interposición del recurso de casación habrán de presentar justificante de pago de la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional a que se refiere dicha norma legal, siempre que no concurra alguna de las causas de exención por razones objetivas o subjetivas a que se refiere la citada norma, tasa que se satisfará mediante autoliquidación según las reglas establecidas por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas en la Orden HAP/2662/2012, de 13 de diciembre.

Llévese testimonio de esta sentencia a los autos originales e incorpórese la misma al libro de sentencias.

Así por nuestra sentencia lo pronunciamos, mandamos y firmamos.