

JESÚS GONZÁLEZ VELASCO

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Magistrado*

PAZ VIVES USANO

*Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Centro Universitario Luis Vives. CEU*

(Comentario a la STS, Sala de lo Social, de 24 de febrero de 2006, rec. núm. 119/2004) *

Calendario laboral. Programación para cada uno de los domingos y festivos en que debe prestar servicios el trabajador durante el año natural. Si a partir del 11.º programado existe imposibilidad de cumplirlo por Incapacidad Temporal (IT), se considera como efectivamente trabajado a los efectos del tope de 80 por 100 de festivos con apertura comercial autorizada y del día adicional de libranza compensatorio. Pero al carecer de la efectiva actividad laboral, tanto en el caso de la IT, como en el de los permisos, el trabajador no tiene derecho a la cantidad de 18 euros prevista en el artículo 32.13, punto 5, del Convenio Colectivo de Grandes Almacenes.

1.º CALENDARIO LABORAL. SIGNIFICADO Y EFECTOS LABORALES

La programación anual de la actividad de la empresa, en su expresión laboral, se recoge en el **calendario laboral, donde se precisa y concreta el tiempo que durante ese año el trabajador, cada trabajador, debe prestar su trabajo al empresario.** Esa función de comunicación a cada uno de los trabajadores se cumple con la obligación que tiene el empleador de colocar un ejemplar del mismo en cada centro de trabajo y en un lugar visible (art. 34.6 de la LET).

Es curioso que la **titularidad empresarial** de la facultad de su configuración –expresión de la facultad empresarial de organización¹– no se haya incluido en algún grado de las competencias compartidas, entre el empresario y los representantes legales de los trabajadores, ni se relaciona en el listado de las que se mencionan en el artículo 64 de la LET. Hay que acudir a la dicción reglamentaria para encontrar la imposición al empresario de que **consulte a los representantes de los trabajadores**, entre cuyas competencias en materia de jornada se encuentra la de ser consultados por el empresario y emitir informe con carácter previo a la elaboración del calendario laboral a que

* Véase el texto íntegro de esta Sentencia en la *Revista de Trabajo y Seguridad Social (Legislación, Jurisprudencia)*. CEF. Núm. 278, mayo 2006.

¹ Dice el TS que la elaboración del calendario corresponde a la empresa, como una expresión más de su poder de dirección (STS de 24 de enero de 2003).

se refiere el artículo 34.6 de la LET (disp. adic. 3.^a del RD 1561/1995, de 21 de septiembre)². No se concreta el tiempo mínimo para la consulta ni para la confección del informe previo.

Seguramente el motivo del rango medio –infralegal– de la norma en que se impone esta mínima participación de los representantes de los trabajadores viene dado por la razón de que **los horarios de trabajo no se pueden cambiar a cada uno de los trabajadores por la mera decisión directiva empresarial**, sino que requiere de las causas y el procedimiento que se dispone en el artículo 41 de la LET, al tratarse de una materia cuya modificación se estima legalmente sustancial.

Pero no es menos cierto que no todos los aspectos de cada horario de trabajo se pueden señalar en el calendario laboral –sin ser ello obligatorio³–, ni todo el contenido del calendario –por ejemplo, la concreción anual del tiempo de disfrute de las vacaciones– lo constituyen temas cuya alteración va a tener la calificación de sustancial.

En todo caso, se ha de dejar constancia de que **frente al calendario empresarial los trabajadores pueden acudir al conflicto colectivo**, como ha sido afirmado, sin dudas, por la jurisprudencia⁴.

Existe una gran diversidad de calendarios. Los hay con **referencias** a días de trabajo en el año, en forma regular o irregular, turnos, descansos entre las jornadas, **tipos de horarios⁵ por categorías profesionales, secciones o unidades, puentes**, vacaciones, y otros aspectos generales, y los hay también singulares, para cada trabajador, de modo que cada uno de ellos sabe en qué días y horas va a trabajar a lo largo del año y en qué días laborables va a tener inactividad profesional⁶. El calendario es lugar idóneo para concretar las horas extraordinarias que se hayan pactado como de obligado cumplimiento en el convenio colectivo. Y para expresar si el trabajo en horas extraordinarias se compensa con retribución y cuál sea ésta, o si se ofrece tiempo libre y, en este caso, quién elige los días, o cómo se decide, si es conjuntamente, pese a que en alguna sentencia se haya dicho que el calendario es idóneo para concretar la jornada ordinaria, no la extraordinaria⁷, si bien parece más razonable el criterio según el cual en el calendario laboral se puede incluir lo relativo a «horas de reajuste»⁸.

² En la STS de 24 de enero de 2003 se trata de la dualidad de derechos respecto del comité intercentros y los comités de empresa de cada centro de trabajo para tener este conocimiento y poder emitir informe.

³ STS de 18 de septiembre de 2000. En ella se dice que tal concreción no es de obligatoria inclusión en el calendario laboral, a partir de la Ley 11/1994 y de la disposición derogatoria única del Real Decreto 1561/1995. Este último Decreto es el que ha pasado a regular la jornada y no contiene mandato alguno que obligue al empresario a incluir los horarios en el calendario laboral.

⁴ Una alteración potencialmente peyorativa en un documento –calendario laboral– con un contenido tan trascendente para el tiempo de trabajo y para el tiempo libre de cada trabajador y del conjunto de los trabajadores debe considerarse en principio como una alteración susceptible de impugnación por la vía del proceso de conflicto colectivo (STS de 9 de diciembre de 2003).

⁵ Cfr. en STS de 24 de enero de 2003.

⁶ Se dice en la jurisprudencia que el calendario laboral puede incluir, desde luego, no sólo la indicación de los días de trabajo del año, sino también el horario de trabajo general y las concreciones o especificaciones del mismo para grupos de trabajadores determinados (STS de 9 de diciembre de 2003).

⁷ En la STS de 16 de junio de 2005 se expresa que la implantación de un calendario en el que de antemano se establece el disfrute del tiempo compensatorio del trabajo en horas extraordinarias no se compagina con el modo en que operaba la condición, pues el calendario posee connotación de distribución ordinaria de la jornada a lo largo del año y la peculiaridad del estado de cosas entre la empresa y los trabajadores es que, como regla general, éstos eligen y, como excepción, la empresa concede el descanso en otra fecha y, como excepción de grado mayor, para distinguirla del supuesto anterior, la empresa fija la fecha por ser necesario para la organización y funcionamiento.

⁸ Dice la STS de 9 de diciembre de 2003 que el cambio de criterio en la especificación de las horas de reajuste, producido en el nuevo calendario, afecta al horario concreto de trabajo de los trabajadores que prestan servicios en jornada partida; y que se trata además de un cambio sustancial, a la vista de la materia afectada y del número de horas de reajuste implicadas.

No debe dejarse de apreciar la **posibilidad de contraste entre la regulación de la jornada laboral en el convenio colectivo y el calendario**. Si el calendario discrepa del contenido del convenio colectivo, en ventaja de los trabajadores, se ha de estar a aquél, *ex* artículo 3.º 1 c) de la LET, como expresión de una condición más beneficiosa. Se ha de constatar que la regulación en un convenio colectivo sectorial de la distribución del tiempo de trabajo debe ser interpretada *secundum legem*, como una regulación básica que debe ceder el paso a regulaciones del horario globalmente más favorables establecidas a nivel de empresa ⁹.

En algunos convenios colectivos se ha dispuesto un beneficio, desde una cierta perspectiva, la económica, para los **trabajadores que tengan que trabajar en ciertos días de domingo u otros festivos, por razones empresariales, por la ventaja económica empresarial –lo que va en perjuicio de otros derechos del trabajador, conexos al descanso en estos días, en que no existe cultura laboral, como la dedicación a las ocupaciones familiares, religiosas, sociales, culturales, en coincidencia con los demás miembros de la familia–** y tal beneficio es una entrega de 18 euros por día trabajado que exceda de 10 anuales, junto al descanso compensatorio de otro día de la semana. Éste es el caso del artículo 32.13.5 del Convenio Colectivo de Grandes Almacenes, a que se refiere la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2006.

Pues bien, el problema que ahora se presenta es el relativo a si el trabajador que tenía obligación de trabajar un domingo u otro día festivo, según el calendario anual, y no puede hacerlo por estar en IT, o el que disfruta de un permiso retribuido, tienen derecho a estos beneficios (*sic*) económicos, o carecen de ellos.

2.º LA AUSENCIA DE TRABAJO EFECTIVO NO IMPIDE QUE EL EMPRESARIO LO CONSIDERE COMO TIEMPO EFECTIVAMENTE TRABAJADO, A CIERTOS EFECTOS

Con la legislación laboral como instrumento, se ha accedido a una vía de acuerdo entre las partes en conflicto, cual es el **acto de mediación ante el SIMA, según el cual para aquellos trabajadores que tuvieran estipulado el trabajo en esos días festivos, por haber sido previamente designados, si no fuera posible realizarlo por estar en IT o disfrutar de un permiso retribuido según la ley o el convenio colectivo, se considerará dicho domingo o festivo programado como efectivamente trabajado, a los efectos del cómputo del tope del 80 por 100 de domingos o festivos de apertura comercial autorizada, y a los efectos del disfrute del día de libranza compensatorio que haya sido establecido.**

Es cierto, de un lado, que el **calendario** puede cumplirse o no por imposibilidad física, pero que **no puede cambiarse**, de modo que **no es posible que, por el caso fortuito de la enfermedad o el accidente motivadores de IT, el trabajador venga obligado a que se alteren sus domingos y demás festivos libres del año y deba trabajar otros días distintos, distintos o adicionales a los previstos en el calendario laboral**. Es decir, el calendario laboral también ofrece certezas favorables. **El caso fortuito impide el trabajo, sin que se pueda sustituir por el trabajo prestado en otro tiempo, en concreto en otro día festivo** (art. 30 de la LET).

⁹ STS de 8 de junio de 1994.

Pero es también cierto que, **si durante la IT el contrato de trabajo se suspende, no existe derecho a salario, ni tampoco, desde la mera perspectiva legal, a la mejora adicional de los 18 euros, que es salario**, complemento circunstancial –no de puesto de trabajo–, sino de horario de trabajo.

En cambio, si la imposibilidad viene derivada del disfrute por el trabajador de un **permiso con retribución**, a la que tiene derecho según la legislación o el convenio colectivo, no por la mera atribución del empresario, el contrato de trabajo no se suspende, sino que **se interrumpe**, según el artículo 37.3 de la LET, a diferencia de lo que ocurre en los casos de suspensión del contrato de trabajo en que las partes no están obligadas a trabajar ni a retribuir (según se prevé en el art. 45.2 de la LET). En aquel caso no existe liberación de la obligación de retribuir, mientras que, en estos supuestos, la obligación salarial se mantiene, pero sólo latente.

La consecuencia que hay que obtener es que **si el trabajador se encuentra ante una causa legal o convencional que constituye motivo de exoneración de su deber de trabajar, pero mantiene su derecho al salario, no se ve motivo alguno para que, si no puede trabajar por el ejercicio de ese derecho, así configurado, en domingo u otro festivo, en que hubiera sido previamente designado para ello, no sólo no pierda el derecho a la retribución ordinaria, sino tampoco a la singular remuneración propia del trabajo en el día festivo de que se trata.**

En cambio, si el permiso fuese no retribuido, la consecuencia tendría que caminar por la misma ruta que los supuestos de suspensión del contrato de trabajo.

Para llegar a la anterior conclusión se ha de tener en cuenta que el **permiso no retribuido no suele ser causal, mientras que sí lo son la gran mayoría de los retribuidos**. Si se niega al trabajador con permiso retribuido el derecho a esos 18 euros, se le está sancionando por el ejercicio de un derecho legal o convencional que, seguramente atiende una función social relevante, una necesidad o exigencia social o legal. O, sencillamente, un derecho del trabajador como es el de asistir a exámenes o pruebas profesionales, para conseguir su promoción profesional [arts. 35.1 de la Constitución Española y 4.º 2 b) y 23 de la LET], o atender las obligaciones que derivan del nacimiento de un hijo (art. 39.1 de la Constitución Española), o cualesquiera otros fines protegidos en la legislación laboral.

En caso de ausencia de la actividad laboral en día festivo en que se le había ordenado trabajar, para cumplir su calendario laboral, por permiso retribuido, si se niegan los efectos consiguientes a que ese día fuera laborable para el trabajador concreto, se vendría a romper el **senalagma contractual, en su significado de comparación anual de los derechos y obligaciones de cada parte**.

Por estas consideraciones y otras más, las partes han podido llegar a un acuerdo que es un tanto globalizador: en estos supuestos se tiene en cuenta el domingo u otro festivo como efectivamente trabajado, en orden a dos fines, el de contabilizarse para el cupo o tope del 80 por 100 del trabajo en los referidos días y para el disfrute del día previamente señalado como de libranza compensatoria.

3.º LA CONSIDERACIÓN DE SU LABORALIDAD PUEDE ESTIMARSE UN EFECTO EXCEPCIONAL

Se trata ahora de saber, en orden a los efectos laborales, qué significado tiene el domingo u otro festivo previsto como de trabajo y en que no se ha podido trabajar por los motivos dichos.

Una perspectiva del problema no resuelta en la anterior conciliación, que es el problema a que se dedica la sentencia que se comenta, se concreta en el significado económico de la inasistencia al trabajo dichos días por alguno de los dos bloques de causas citados, la situación de IT y la interrupción por permiso retribuido.

Se puede considerar que el acuerdo en mediación ha considerado el efecto favorable exclusivamente para lo que expresamente se dice, de manera que lo no dicho queda fuera de las consecuencias que derivarían de la consideración de ese tiempo como efectivamente trabajado.

O sea, es efectivamente trabajado tan sólo para lo expresamente acordado, pero no para el resto.

Esa perspectiva tiene **dos inconvenientes**, uno que no considera lo que puede ser motivador de esa calificación del tiempo como laboral, al margen del propio acuerdo en mediación, y otro que no existe en el acuerdo una razón de apoyo de la voluntad contraria a mantener la laboralidad en otras expresiones, tales como las económicas.

Pero, en todo caso, **si hubiera de estarse a una atribución de laboralidad, como efecto excepcional de lo acordado, no natural, entonces la consecuencia de la interpretación restrictiva sería la aceptable.**

4.º LA CONSIDERACIÓN DE SU LABORALIDAD HACE QUE EL EMPRESARIO DEBA SER CONSECUENTE Y COHERENTE CON CUANTOS EFECTOS SE DERIVAN DE TAL VALORACIÓN Y DECISIÓN VOLUNTARIAS

Si el empresario ha aceptado, aunque limitadamente, que el tiempo en cuestión es efectivamente trabajado, no puede desdecirse de tal calificativo para ciertos efectos económicos, por razones de congruencia o coherencia de la calificación aceptada. Si algo tiene naturaleza laboral, resulta poco coherente negarla desde algunas, no todas, las perspectivas posibles.

En resumen, **o el tiempo es efectivamente trabajado o no, pero lo que no puede ser es ambas cosas, a la vez y sin contradicción.**

La falta de acuerdo sobre la retribución pertinente, si es que la decisión viene de los tribunales, ha de surgir de fuentes jurídicas, no de mera equidad.

Y esas fuentes jurídicas o son las que han llevado a las partes a acordar del modo en que lo han hecho, o su acuerdo podrá ser impugnado por lesivo de la legalidad que lleve a otra consecuencia distinta.

5.º EL DERECHO A LOS EFECTOS ECONÓMICOS, COMO PROPIA ADQUISICIÓN DE LA NATURALEZA DE LA INSTITUCIÓN

En definitiva, no es posible sino buscar las fuentes del problema, en su consideración jurídico-legal.

El acuerdo no ha anticipado nada de lo queda como función para que los tribunales decidan, ni en nada les anticipa la solución, ni quedan vinculados por ningún aspecto de lo acordado.

Se ha de volver al punto de partida. La **situación de IT** es un supuesto de suspensión del contrato de trabajo, con derecho a un complemento de 18 euros cada festivo, si se superan los 10 en el año.

Nada dice al respecto el artículo 26.3 de la LET, pues, por una parte se deja a la negociación colectiva la solución de cuándo existe la obligación de satisfacer ciertos complementos salariales, y ahora se trata de interpretar un convenio colectivo; y por otra parte el complemento de los 18 euros es por el tiempo trabajado en festivos, o sea por cierta expresión del horario debido, sin que sea más relevante la naturaleza del puesto de trabajo concreto del trabajador que el momento en que se trabaja, lo que no es obstáculo para que se acepte que es un complemento móvil e inestable, por definición.

Si no hay trabajo por esa causa, no existe obligación empresarial de retribuir, viniendo a sustituirse el salario por la prestación por IT (art. 129 de la LGSS). No consta que se trate de un complemento de Seguridad Social, ni de una cantidad pactada incondicionalmente por el mero hecho de transcurrir ese día. **Luego el empresario no viene obligado en tal caso a abonar dicha cantidad.**

Si se trata de un supuesto de **permiso retribuido**, entonces la solución toma una orientación distinta, porque el calendario laboral no se puede alterar unilateralmente a instancia del empresario, una vez publicado (a menos que se acuda al art. 41 de la LET), porque el trabajo no prestado no es recuperable, y porque no se está ante un caso de suspensión del contrato de trabajo, sino de interrupción del mismo, que se caracteriza por el **derecho a la retribución, a la misma que se hubiera devengado si se hubiera trabajado, que es lo propio del contrato de trabajo en ejecución**, pues, de otro modo, se estaría perjudicando al trabajador por el ejercicio del derecho a mantener el contrato de trabajo, con una sola de las grandes prestaciones, la de remunerar. Y se estaría llegando a la consecuencia de que se mantendría el derecho solo a una parte de la remuneración. No existe motivo para esta restricción.

La **voluntariedad del disfrute del permiso** no puede obstaculizar esta consecuencia, porque si es voluntario pedirlo, **no lo es atender la obligación que suele estar en la causa de dicha clase de permisos, como se ve en el artículo 37.3 de la LET, ni es sancionable el ejercicio del disfrute del derecho al que, en ocasiones, sirve el permiso, sino todo lo contrario**. Muchas de estas causas –si es que no todas– son social o jurídicamente **de atención inevitable** y, por ello, el permiso permite al trabajador que las atienda, sin incumplir su contrato y con los derechos consiguientes, como si hubiera trabajado.