



Roj: **SAN 3069/2014 - ECLI: ES:AN:2014:3069**

Id Cendoj: **28079240012014100122**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **02/07/2014**

Nº de Recurso: **114/2014**

Nº de Resolución: **121/2014**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **RICARDO BODAS MARTIN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

Madrid, a dos 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 nº 114/14 seguido por demanda de FEDERACIÓN ESTATAL DE TRANSPORTES COMUNICACIONES Y MAR DE LA UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES (letrado D. José Vaquero Touriño), FEDERACIÓN ESTATAL DE SERVICIOS A LA CIUDADANÍA DE CCOO. (FSC-CCOO.) (letrado D. Ángel Martín Aguado), SINDICATO FEDERAL FERROVIARIO DE LA CONFEDERACIÓN GENERAL DEL TRABAJO SFF-CGT (letrado D. Luis Miguel Sanguino) contra **ADIF** ADMINISTRADOR DE INFRAESTRUCTURAS FERROVIARIAS (letrada D^a María Concepción Casillas Martín), SINDICATO DE CIRCULACIÓN FERROVIARIO (SCF) (letrado D. Óscar Orgeira Martínez), COMITÉ GENERAL DE EMPRESAS DE **ADIF** (no comparece) y SINDICATO FERROVIARIO (SF) (no comparece) sobre conflicto colectivo. Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. D. RICARDO BODAS MARTIN.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Según consta en autos, el día 10-04-2014 se presentó demanda por FEDERACIÓN ESTATAL DE TRANSPORTES COMUNICACIONES Y MAR DE LA UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES, FEDERACIÓN ESTATAL DE SERVICIOS A LA CIUDADANÍA DE CCOO. (FSC-CCOO.), SINDICATO FEDERAL FERROVIARIO DE LA CONFEDERACIÓN GENERAL DEL TRABAJO SFF-CGT contra **ADIF** ADMINISTRADOR DE INFRAESTRUCTURAS FERROVIARIAS, SINDICATO DE CIRCULACIÓN FERROVIARIO (SCF), COMITÉ GENERAL DE EMPRESAS DE **ADIF** y SINDICATO FERROVIARIO (SF) sobre CONFLICTO COLECTIVO.

Segundo.- La Sala acordó el registro de la demanda y designó ponente, con cuyo resultado se señaló el día 01-07-2014 para los actos de intento de conciliación y, en su caso, juicio, al tiempo que se accedía a lo solicitado en los otrosí es de prueba.

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 . - Dando cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 97.2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, por la que se aprobó la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, debe destacarse, que las partes debatieron sobre los extremos siguientes: La FEDERACIÓN ESTATAL DE TRANSPORTES COMUNICACIONES Y MAR DE LA UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES (UGT desde aquí) ratificó su demanda de conflicto colectivo, mediante la cual pretende dictemos sentencia por la que declaremos el derecho de los trabajadores de **ADIF** que no



puedan disfrutar el **descanso** de veinte minutos diarios por las características de su actividad a percibir la correspondiente compensación en cuantía no inferior al valor de dicho periodo de tiempo, (veinte minutos diarios) conforme al valor de la valor ordinaria calculada según acuerdo de conciliación de 10 de septiembre de 2012 ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional autos 193/2012. Destacó, a estos efectos, que en el art. 196 del X Convenio Colectivo de RENFE, aplicable a **ADIF** de conformidad con lo dispuesto en la cláusula 5ª del II Convenio, se pactó que el tiempo de **descanso** para el refrigerio tenía la consideración de tiempo de trabajo. - Consiguientemente, cuando no sea posible el disfrute de dichos períodos, se estarán efectuando horas extraordinarias, que deben abonarse con arreglo a la hora ordinaria, de conformidad con lo dispuesto en el art. 35.1 ET. La FEDERACIÓN ESTATAL DE SERVICIOS A LA CIUDADANÍA DE COMISIONES OBRERAS (CCOO desde ahora); el SINDICATO DE CIRCULACIÓN FERROVIARIO (SCF desde aquí) y el SECTOR FERROVIARIO DE LA CONFEDERACIÓN GENERAL DEL TRABAJO (CGT desde ahora) se adhirieron a la demanda. ADMINISTRADOR DE INFRAESTRUCTURAS FERROVIARIAS (**ADIF** desde aquí) se opuso a la demanda, destacando, en primer lugar, que UGT no reclamó ni a la Comisión de Conflictos Laborales, ni a la Comisión Paritaria del convenio, donde habría podido resolverse el conflicto. Defendió, por otro lado, que el **descanso** para el refrigerio tenía la consideración de tiempo de trabajo efectivo dentro de la jornada ordinaria de trabajo, por lo que si no se descansaba no podría considerarse propiamente como horas extraordinarias, por cuanto no se superaba la jornada anual. Defendió, además, que la retribución de los períodos de **descanso** para el refrigerio, que no pudieran disfrutarse, estaba pactada en convenio, a tenor con lo dispuesto en el art. 197 del X Convenio Colectivo de RENFE, que era exactamente lo realizado por la empresa. Negó finalmente, que los supuestos de imposibilidad de descansar para el refrigerio no se contempló en la conciliación, celebrada ante la Sala el 10-09-2012, siendo revelador que la misma se incorporó al II Convenio (cláusula séptima), pese a lo cual se mantuvo el precio especial de las tablas salariales, acreditando, de este modo, que nunca fue intención de las partes, que la imposibilidad de disfrute del **descanso** para el refrigerio se equiparase a las horas extraordinarias.

Quinto . - De conformidad con lo dispuesto en el art. 85, 6 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, se precisa que los hechos conformes fueron los siguientes: - La parte actora no ha agotado la vía de acudir a la Comisión de conflictos laborales ni comisión paritaria. - La tabla sexta del Convenio de **Adif** aparece el tiempo de **bocadillo** en la clave 153 y 300 para mandos intermedios. - En la cláusula cuarta del segundo convenio de **Adif** se incorporó la conciliación ante esta Sala que coexiste con las tablas salariales.

Resultando y así se declaran, los siguientes

HECHOS PROBADOS

PRIMERO . - UGT y CCOO ostentan la condición de sindicatos más representativos a nivel estatal y acreditan implantación suficiente en **ADIF**. - SCF y CGT acreditan implantación en dicha empresa. **SEGUNDO** . - **ADIF** regula sus relaciones laborales por su II Convenio Colectivo, publicado en el BOE de 26-01-2013. - Dicho convenio prevé la aplicación de la Normativa Laboral del X Convenio de RENFE, publicado en el BOE de 6-08-1993, salvo que estuviera expresamente derogada. **TERCERO** . - El presente conflicto colectivo afecta a todos los trabajadores, que prestan servicio en **ADIF**, que por las características propias de su actividad no pueden disfrutar de forma efectiva del **descanso** diario dentro de la jornada y en consecuencia perciben la clave 153 en concepto de "compensación **descanso** diario **bocadillo** trabajado", o por la clave 300, si son Mandos Intermedios y Cuadros bajo el concepto de "complemento de puesto por compensación refrigerio". - Ambas compensaciones son inferiores al valor de la hora ordinaria de trabajo. **CUARTO** . - El 10-09-2012 se alcanzó acuerdo ante esta Sala entre el comité general de empresa y **ADIF** en el procedimiento 193/2012 en los términos siguientes: "1. La Empresa, a la vista de las sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, dictadas en recursos de casación en unificación de doctrina, relativos al valor de la hora extraordinaria en procedimientos instados por trabajadores de **ADIF**, se compromete a abonar con efectos 1 de agosto de 2012 las horas extraordinarias, horas de presencia y horas de toma y deje realizadas por los trabajadores de la misma, a partir de esa fecha, de conformidad con lo señalado en el art. 35 del Estatuto de los Trabajadores, al valor de la hora ordinaria. El pago de las mismas se llevará a cabo en el mes siguiente al que se realicen. 2. La empresa se compromete a abonar las horas extraordinarias, de presencia y horas de toma y deje realizadas y no compensadas con **descansos**, por los trabajadores de **ADIF**, en el periodo de un año anterior a la fecha del acto de conciliación del conflicto colectivo planteado por el **ADIF** ante la Audiencia Nacional, en la forma establecida en el punto 1 de este Acuerdo. El pago de la diferencia entre lo abonado y el valor al que debían satisfacerse se llevará a cabo antes del uno de diciembre próximo. 3. En relación con los trabajadores que tienen interrumpida la prescripción por reclamaciones judiciales, o extrajudiciales de periodos anteriores y sobre las que no existe sentencia firme resolviendo su reclamación, la Empresa regularizará su abono en la forma establecida en el



punto 1 de este Acuerdo, sin perjuicio de que mantengan o no las citadas demandas y reclamaciones hasta comprobar su abono". Dicho acuerdo se incorporó al II Convenio Colectivo de **ADIF** (cláusula sexta).

QUINTO . - UGT no ha reclamado ni ante la Comisión de Conflictos Laborales, ni tampoco ante la Comisión Paritaria del II Convenio Colectivo.

SEXTO . - El 14-03-2014 UGT promovió conciliación ante el SMAC, que tuvo lugar sin avenencia el 26-03-2014. 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 6/85, de 1 de julio, del Poder Judicial, en relación con lo establecido en los artículos 8.1 y 2, g 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 los hechos, declarados probados, se han deducido de las pruebas siguientes: Los hechos, declarados probados, no fueron controvertidos, reputándose conformes, a tenor con lo dispuesto en el art. 87.1 LRJS.

TERCERO . - Aunque se ha acreditado que UGT no acudió a la Comisión de Conflictos Laborales, ni tampoco ante la Comisión Paritaria del II Convenio Colectivo, donde hubiera podido acercar posiciones con los demás componentes de dichos órganos, la demanda está bien formalizada, porque el convenio colectivo no exige agotar dichos trámites antes de interponer demanda, como se desprende de la propia actuación de la empresa, quien no excepcionó falta de agotamiento de las vías previas.. **CUARTO** . - Como anticipamos más arriba, es pacífico que el **descanso** para el refrigerio se considera tiempo de trabajo efectivo, porque así lo dispone el art. 196 del X Convenio Colectivo de RENFE, aplicable a **ADIF** conforme a lo dispuesto en la cláusula 5ª del II Convenio Colectivo. - Es pacífico también que, si no es posible disfrutar el **descanso** antes dicho, la empresa lo compensa con arreglo al precio establecido en las tablas salariales, de conformidad con lo dispuesto en el art. 197 del X Convenio de RENFE, en relación con la tabla 6 del II Convenio Colectivo de **ADIF**. - Es conforme finalmente que el precio de la compensación es inferior al precio de la hora ordinaria de trabajo. Los demandantes defienden que la naturaleza jurídica del período de **descanso** no disfrutado se corresponde con las horas extraordinarias, por cuanto se trata de tiempo efectivo de trabajo que, al no disfrutarse, incrementa su jornada efectiva de trabajo y debe retribuirse al precio de la hora extraordinaria, pactado en el acuerdo de conciliación reproducido en el hecho probado cuarto. - **ADIF** defiende, por el contrario, que no cabe considerar como horas extraordinarias dichos períodos, aunque no se descansen, porque se integran dentro de la jornada ordinaria de trabajo, subrayando, a continuación, que esa fue la intención de las partes en la conciliación, alcanzada ante esta Sala el 10-09-2012, incorporada posteriormente al II Convenio (cláusula sexta), donde no se habla de ningún modo de los períodos de **descanso** por refrigerio y se reafirmó en la negociación del II Convenio Colectivo, en cuyas tablas salariales aparecen cuantificados expresamente los complementos de "compensación **descanso** diario **bocadillo** trabajado" y "complemento de puesto por compensación refrigerio" (tabla sexta). Debemos aclarar, a continuación, si los períodos de **descanso** por refrigerio, que no pueden disfrutarse, tienen naturaleza propia de horas extraordinarias, como defendieron los actores o, por el contrario, no es esa su naturaleza jurídica, como mantuvo la empresa demandada. El art. 34.4 ET dispone que el período de **descanso** se considerará tiempo de trabajo efectivo cuando así esté establecido en convenio colectivo o en contrato de trabajo, previniéndose en el art. 35.1 ET que tendrán la consideración de horas extraordinarias aquellas horas de trabajo que se realicen sobre la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo, fijada de acuerdo con el artículo anterior. - Consiguientemente, si el exceso de jornada, para la concurrencia de horas extraordinarias, se referencia en la regulación de jornada, descrita en el art. 34 ET, que considera como tiempo de trabajo efectivo al período de **descanso** regulado en su apartado cuarto, cuando se haya pactado así en convenio colectivo, como sucede aquí, se hace evidente que, si dicho período no puede descansar, incrementa la jornada de los trabajadores que no disfrutaron el **descanso** y el período no descansado, al aumentar necesariamente la jornada ordinaria de trabajo, debe considerarse como horas extraordinarias. La jurisprudencia, por todas 21-02-2007, rec. 33/2006 (impugnación art. 42 Convenio de Empresas de Seguridad), ha estudiado el precio de la hora extraordinaria, regulado en el art. 35.1 ET, concluyendo lo siguiente: "Debe concluirse, pues, que el artículo 35.1 ET sobre el valor de las horas extraordinarias constituye una norma legal de Derecho imperativo relativo, donde la voluntad negociadora colectiva o individual, subsidiaria ésta de aquélla, cumple respecto de dicha norma una función de complementariedad por expresa remisión de la misma y con el límite que establece, que es un mínimo de Derecho necesario no susceptible de vulneración en caso alguno, tal como dice expresamente el artículo 35.1, de cuya aplicación se trata, y resulta conforme a los artículos 3.3 y 85.1, todos ellos del Estatuto de los Trabajadores. En este mismo sentido se han pronunciado las STSS de 28 de noviembre de 2004, 15 de diciembre de 2003 y de 21



y 22 de diciembre de 2004, además de la de 18 de marzo de 2003 que fue anteriormente citada, entre otras, cuya doctrina se puede reducir así: "1) Como se desprende claramente de su tenor literal ("en ningún caso"), la norma legal del art. 35.1 del ET sobre el precio mínimo de la hora extraordinaria es una norma de derecho necesario absoluto, siendo por tanto indisponibles para la negociación colectiva, los derechos que confiere: 2) "la garantía que respecto de la negociación colectiva atribuye a trabajadores y empresarios el art. 37.1 de la Constitución Española, no impide en modo alguno que el legislador coloque a los convenios en un plano jerárquicamente inferior al de las disposiciones legales y reglamentarias (art. 3.1.b) del ET), y exija también (art. 85.1) que lo que en tales convenios se pacte lo sea dentro del respecto a las leyes.

Siguiendo la misma dirección -y aunque se trata de una cuestión diferente pero relativa también a la aplicación del artículo 35.1 ET sobre el valor de las horas extraordinarias en la Compañía Transmediterránea y su no compensación con lo pagado por el plus de complemento de actividad- se han pronunciado las sentencias de esta Sala de 27 de enero de 2007 (Rec. 4138/2005) que cita las anteriores de 30 de mayo de 2005 (Rec. 2074/2004), 4 de julio de 2005 (Rec. 2884/04) y 2 de diciembre de 2005 (Rec. 3492/04) en las que se señala que "el valor pactado de las horas extraordinarias no puede ser inferior al valor de las horas ordinarias" . El mismo criterio se ha mantenido en relación con el precio de las horas de toma y deje de **ADIF**, por todas STS 8-04-2014, recud. 3230/2012 , que se han considerado como horas extraordinarias, cuyo precio no puede ser inferior al de la hora ordinaria. Así pues, probado que el art. 197 del X Convenio Colectivo de RENFE , cuya aplicación a la empresa demandada hemos reiterado, prevé una compensación retributiva inferior a la hora ordinaria, cuando no se puede disfrutar el **descanso** del refrigerio, debemos concluir que dicho precepto vulnera lo dispuesto en el art. 35.1 ET que, como hemos desarrollado más arriba, en lo que se refiere al precio de las horas extraordinarias, constituye un mínimo de derecho necesario absoluto, por lo que dichos períodos deben retribuirse con arreglo al valor de la hora ordinaria, salvo que se compensen con **descansos**. - Dicha retribución deberá ajustarse a lo pactado en conciliación, alcanzada ante esta Sala el 10-09-2012, una vez despejada la condición de horas extraordinarias de los períodos de **descanso** para el refrigerio no disfrutados. Como en el presente litigio no se impugna lo dispuesto en el art. 197 del X Convenio Colectivo de RENFE , ni tampoco la tabla 6 del II Convenio Colectivo de **ADIF**, sino las consecuencias derivadas de su aplicación, procede estimar la pretensión actora, de conformidad con lo dispuesto en el art. 163.4 LRJS , por cuanto dichos preceptos no son conformes a derecho, dado que vulneran lo dispuesto en el art. 35.1 ET . - Apreciada la ilegalidad de dichos preceptos, procede poner en conocimiento del MINISTERIO FISCAL la presente sentencia para que, en su caso, pueda plantear su ilegalidad a través de la modalidad procesal de impugnación de convenios colectivos, tal y como dispone el art. 163.4 LRJS . VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Estimamos la demanda de conflicto colectivo, promovida por UGT, a la que se adhirieron CCOO, SCF y CGT, por lo que declaramos el derecho de los trabajadores de **ADIF** que no puedan disfrutar el **descanso** de veinte minutos diarios por las características de su actividad a percibir la correspondiente compensación en cuantía no inferior al valor de dicho periodo de tiempo, (veinte minutos diarios) conforme al valor de la hora ordinaria calculada según acuerdo de conciliación de 10 de septiembre de 2012 ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional autos 193/2012 y condenamos a **ADIF** a estar y pasar por dicha declaración. Notifíquese la presente sentencia al MINISTERIO FISCAL para que, en su caso, pueda plantear su ilegalidad a través de la modalidad procesal de impugnación de convenios colectivos, tal y como dispone el art. 163.4 LRJS

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 0000 0114 14; si es en efectivo en la cuenta nº 2419 0000 00 0000 000114 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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ