



Roj: **STS 6356/2011 - ECLI:ES:TS:2011:6356**

Id Cendoj: **28079140012011100568**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **22/09/2011**

Nº de Recurso: **203/2010**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **MANUEL RAMON ALARCON CARACUEL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 4322/2010,**
STS 6356/2011

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintidós de Septiembre de dos mil once.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de casación interpuesto por la Procuradora D^a Amalia Jiménez Andosilla, en nombre y representación de AGRUPACIÓN INDEPENDIENTE DE TRABAJADORES DE ALIMENTACIÓN Y BEBIDAS (AITB), contra la sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, de fecha 24 DE SEPTIEMBRE DE 2010, dictada en autos número 131/10, en virtud de demanda formulada por AGRUPACIÓN INDEPENDIENTE DE TRABAJADORES DE ALIMENTACIÓN Y BEBIDAS, contra BIMBO MARTÍNEZ COMERCIAL, sobre CONFLICTO COLECTIVO.

Ha comparecido en concepto de recurrido el Letrado D. Antonio Muñoz Hinojosa actuando en nombre y representación de BIMBO MARTÍNEZ COMERCIAL, S.L.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Ramon Alarcon Caracuel,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la representación de AGRUPACIÓN INDEPENDIENTE DE TRABAJADORES DE ALIMENTACIÓN Y BEBIDAS (AITB), se presentó demanda de conflicto colectivo, de la que conoció la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional. En el correspondiente escrito, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminaba suplicando se dictara sentencia por la que: "Se declare el derecho de los trabajadores de la demandada, a que el descanso semanal de día y medio no se solape con el descanso diario de 12 horas".

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

TERCERO.- Con fecha 24 de septiembre de 2010 la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que estimamos la excepción de inadecuación de procedimiento, alegada por la empresa demandada y por consiguiente dejamos imprejuzgada la demanda de conflicto colectivo, interpuesta por AITB contra la empresa BIMBO MARTÍNEZ COMERCIAL, SA, advirtiendo al sindicato demandante que el procedimiento adecuado es el de impugnación de convenio".

CUARTO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: " 1º.- El Grupo profesional de ventas, en el que se integran los trabajadores afectados por el presente conflicto colectivo, tiene diferentes horarios: mañana; tarde y mañana y tarde. - Dichos trabajadores se encuadran en tres colectivos: preventa;



autoventa y grandes clientes y realizan una jornada semanal de seis días, que se precisa en el tablón de anuncios de cada centro de trabajo.

El colectivo citado disfruta únicamente de un día de descanso por semana.

2º.- El V Convenio colectivo de BIMBO MARTÍNEZ COMERCIAL, SA se publicó en el BOE de 2-01-2010 y obrante en autos se tiene por reproducido. - No obstante, en sus arts 41, 42, 43 y 50 se dice lo siguiente:

Artículo 41 . Jornada laboral

1. La jornada de trabajo que regula el presente Convenio Colectivo, se establece en función de las peculiaridades o características que concurren en cada uno de los puestos de trabajo a desempeñar.
2. En cada centro de trabajo se indicará en el tablón de anuncios, la jornada semanal de los distintos puestos de trabajo existentes, así como los horarios de trabajo que deban realizar y se expondrá en un lugar visible.

El calendario de vacaciones se establecerá en documento diferente al calendario laboral, según los acuerdos existentes de fijación colectiva de vacaciones en cada centro de trabajo.

En la confección de los calendarios laborales se especificarán los días del festivo intersemanal, ya sean nacionales, autonómicos o locales.

Artículo 42. Día de libre disposición

El personal que preste servicios profesionales de forma habitual durante los seis días de la semana, tendrá derecho a tres días retribuidos al año de libre disposición.

En el calendario laboral se especificará el derecho de los trabajadores de disfrutar de los días de libre disposición establecidos en el convenio colectivo, haciendo reseña del derecho a disfrutar de dos de ellos, en fecha a concretar; y el tercero se concretará en sábado (domingo para el personal acomodador) mediante un cuadro de disfrute establecido en el centro de trabajo.

En la retribución se incluirán las retribuciones variables; a estos solos efectos, serán las que se hubieran tenido en cuenta para abonar el promedio del periodo vacacional.

Artículo 43 . Trabajadores/as grupo profesional de Ventas

1. Para los trabajadores/as que desempeñen puestos de trabajo pertenecientes al grupo profesional de Ventas, la jornada de trabajo será de seis días a la semana, de forma continuada o partida, en función del puesto concreto de trabajo desempeñado.
2. La duración semanal, al ser un trabajo que se realiza en la calle y las especiales peculiaridades que concurren en la misma, se establece en 43 horas de presencia semanales.
3. Como regla general, el personal de autoventa realizará jornada de mañana. De forma excepcional, en los casos especiales que la atención a los clientes asignados en la ruta lo justifique, se podrá establecer una jornada partida, de mañana y tarde, que en caso de no llegarse a un acuerdo con el trabajador, se estará a lo previsto en la legislación vigente".

"Artículo 50 . Duración

Los trabajadores/as con una antigüedad mínima de un año en la empresa tienen derecho a un período anual de vacaciones retribuidas de treinta y dos días naturales.

Los trabajadores/as con una antigüedad en la empresa menor a la de un año disfrutarán de un período de vacaciones retribuidas proporcional al tiempo de permanencia en la empresa.

Para el cómputo del período de vacaciones anuales se tomarán, como fechas base, el tiempo transcurrido desde el 1 de enero al 31 de diciembre, debiendo disfrutarse dentro del año natural, salvo acuerdo expreso en contrario".

3º.- Obrar en autos los convenios precedentes que se tienen por reproducidos y reproducían básicamente el mismo régimen de jornada para el colectivo de ventas.

4º.- El 23-06-2010 interpuso papeleta de conciliación ante el SIMA, que tuvo lugar sin avenencia el 7-07-2010.

Se han cumplido las previsiones legales".

QUINTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de casación por la representación procesal de AGRUPACIÓN INDEPENDIENTE DE TRABAJADORES DE ALIMENTACIÓN Y BEBIDAS, basándose en el siguiente motivo: Al amparo del artículo 205 e) de la Ley de Procedimiento Laboral, por infracción de normas sustantivas y jurisprudenciales.



SEXTO.- Por providencia de fecha 23 de marzo de 2011 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 el recurso improcedente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 15 de septiembre de 2011, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se presentó demanda de conflicto colectivo por el sindicato accionante para que "se declare el derecho de los trabajadores de la demandada a que el descanso semanal de día y medio no se solape con el descanso diario de 12 horas", si bien en el acto del juicio dicho sindicato "redujo el suplico de su demanda al colectivo de vendedores, admitiéndose por la demandada la variación del suplico" (Antecedente de Hecho Cuarto de la sentencia recurrida, que es la de la Audiencia Nacional de 24/9/2010). Por la empresa demandada se opuso excepción de inadecuación de procedimiento, por estimar que el adecuado es el de impugnación de Convenios Colectivos, por cuanto la pretensión ejercitada de contrario no puede satisfacerse mediante una mera interpretación de las cláusulas convencionales aplicables al caso. Dicha excepción fue estimada por la sentencia ahora recurrida, dejando por lo tanto imprejuzgada la cuestión de fondo. Sin embargo, para llegar a tal conclusión es necesario analizar con detalle dicha cuestión de fondo al objeto de determinar si lo que se pretende por la parte demandante es algo que se puede satisfacer mediante una mera interpretación de los preceptos del Convenio Colectivo o si, por el contrario, solamente es posible tal eventual satisfacción del *petitum* de la demanda mediante la anulación de algún o algunos preceptos convencionales. Así lo hizo la sentencia recurrida y así deberá hacerlo esta Sala al resolver este recurso de casación.

SEGUNDO.- Lo que pide el sindicato demandante es que el descanso semanal -que entiende debe ser de treinta y seis horas (equivalente horario al día y medio que establece el artículo 37.1 del ET, norma mínima de carácter imperativo)- no puede solaparse con las doce horas de descanso mínimo entre jornadas que impone, también con carácter de norma mínima imperativa, el artículo 34.3, párrafo primero del ET. Ello, en términos prácticos, significa que, al sumar esos dos descansos, el trabajador deberá disfrutar, tras la última jornada diaria trabajada en una semana, cuarenta y ocho horas seguidas: doce correspondientes al descanso diario correspondiente a esa última jornada diaria trabajada más treinta y seis por el descanso semanal. Pues bien, dado que el artículo 43.1 del Convenio Colectivo de la empresa establece para el denominado "grupo profesional de Ventas", que es el finalmente concernido por la demanda, una jornada de trabajo de "seis días a la semana, de forma continuada o partida, en función del puesto concreto de trabajo desempeñado", considera la empresa, y la sentencia recurrida le da la razón, que eso es imposible si el trabajador tiene derecho a descansar cuarenta y ocho horas seguidas cada semana, pues es evidente que, al respetar ese descanso, solamente quedan cinco días a la semana para trabajar. Por lo tanto, la pretensión deducida en la demanda -que se declare el derecho a ese descanso ininterrumpido de cuarenta y ocho horas- no se puede satisfacer mediante una mera interpretación del artículo 43 del Convenio sino que sería necesario anular y modificar el mismo. Y concluye la sentencia recurrida: "Se impone, por tanto, la estimación de la excepción de inadecuación de procedimiento, porque al haberse acreditado que la jornada, pactada convencionalmente para el colectivo afectado, hace imposible el descanso de día y medio semanal en cualquiera de sus modalidades, probándose que ninguno de los trabajadores afectados disfruta dicho descanso de ninguna manera, no cabe duda que el obstáculo para estimar la pretensión de la demanda es el art. 43 del propio convenio, que deberá impugnarse si se estima que vulneró la legalidad vigente".

TERCERO.- Sin embargo, entiende el sindicato recurrente que tal razonamiento no es correcto. Especifica que "nunca se solicitaron dos días de descanso seguidos, ni se ha pretendido por esta parte dejar de trabajar seis días a la semana, sino que lo que se pretende es trabajar seis días a la semana pero descansando 48 horas seguidas al fin de cada ciclo de seis días". Y añade: "tal pretensión no es imposible materialmente, como declara la Sentencia recurrida" puesto que, habiendo como hay en la empresa diversos turnos (de mañana, de tarde y de mañana/tarde), "es posible organizar dichos diferentes turnos de forma que se pueda trabajar 6 días naturales (por ejemplo, del lunes al sábado) y descansar 48 horas seguidas, (por ejemplo, descansando 12 horas del sábado tras salir del último turno, descansar 24 horas del domingo y descansar 12 horas el lunes antes de volver a entrar a trabajar". E incluso pone un ejemplo de ese planteamiento: "si se trabaja el sábado en un turno de 4,30 a 11,40, y el lunes se entra a trabajar después de las 2,20 se han descansado más de 48 horas trabajando seis días".

CUARTO.- Ciertamente, el ejemplo transcrito no resulta muy clarificador sino más bien al contrario y, por otra parte, la empresa, en su impugnación del recurso, advierte que "la pretensión de establecer un turno a las 4:30 de la mañana, cuando no están abiertos los establecimientos comerciales que se tienen que visitar (supermercados, tiendas, etc.) no es posible dado que ni se les puede visitar ni entregar producto, al estar cerrados, siendo una argumentación que va en contra de la realidad del negocio y del propio sentido común".



Pero, independientemente de todo eso, lo relevante es que lo que establece el ET es que, como regla general, el descanso semanal debe abarcar, aparte del domingo, bien la tarde del sábado o la mañana del lunes. Y, dado que el artículo 43 del Convenio Colectivo permite trabajar seis días a la semana -es decir, como regla general, de lunes a sábado- y permite igualmente que la jornada puede ser partida, es evidente que la empresa puede establecer horarios partidos de mañana/tarde, puesto que tal artículo se lo permite y, si lo hace, es claro que ya no se respeta el descanso semanal del medio día del sábado (la tarde) o bien del medio día del lunes (la mañana) que es lo que ordena el artículo 37.1 del ET . Por tanto, no se trata de hacer ninguna suma del descanso semanal y del descanso diario para llegar a 48 horas ininterrumpidas de descanso sino, simplemente, de entender que un horario partido de mañana y tarde desarrollado a lo largo de seis días a la semana es incompatible con el mandato del descanso semanal de día y medio en los términos que emplea el artículo 37.1 del ET : como regla general, no se puede trabajar, aparte del domingo, en la tarde del sábado (es decir, a partir de las 12 horas) o bien en la mañana del lunes (es decir, antes de las doce horas). Por lo tanto, si se plantea la cuestión en estos términos, es cierto que el artículo 43 del Convenio , tal como está redactado, puede resultar incompatible con el mandato del descanso semanal que ordena el artículo 37.1 del ET y, por ende, podría ser objeto de impugnación por ilegalidad a través del procedimiento establecido en los artículos 161 y ss. de la LPL , pero no a través del proceso de conflicto colectivo.

QUINTO.- Ahora bien, cosa distinta es que, pese a que el artículo 43 del Convenio Colectivo permite la jornada partida - incompatible, como decimos con el descanso semanal legalmente establecido, si se trabajan seis días a la semana, según hemos visto- la empresa no haga uso de esa posibilidad y establezca jornada continuada solo de mañana o solo de tarde (según los turnos) que, en principio, puede ser perfectamente compatible con la regla estatutaria del día y medio de descanso semanal. Según se afirma en la demanda, este es el caso. Pero se dice que el horario establecido es de 6.30 de la mañana a 13:40 horas, durante seis días, si bien ello no figura como hecho probado en la sentencia recurrida. Si así fuera, podría discutirse si ese horario respeta la regla general del descanso semanal establecida en artículo 37.1 del ET . En principio, no, puesto que el sábado se trabajaría toda la mañana y una parte de la tarde (desde las 12 hasta la 13:40) y el lunes, toda la mañana. Aunque quizás podría hacerse una interpretación que adecuara a los usos sociales españoles lo que se puede entender por "mañana" y "tarde", que no seguiría la regla AM/PM (*antemeridiam/postmeridiam*) habitualmente aplicada en otros países de Europa, sino considerando que se puede entender que la mañana no llega solo hasta las 12 horas sino que se prolonga hasta las 14 horas, momento muy habitual del almuerzo en nuestro país, en cuyo caso podría considerarse que ese horario sí respeta el descanso semanal del sábado por la tarde. En cualquier caso, esa práctica empresarial, sí podría ser discutida a través del proceso de conflicto colectivo sin necesidad de impugnar el artículo 43 del Convenio .

SEXTO.- Pero no es esa pretensión la que plantea el sindicato recurrente. Sino que lo que plantea es que, aunque se considere que la "mañana" se extiende hasta las 14 horas (tema que no se cuestiona), habiéndose terminado de trabajar el sábado a las 13:40 no es posible comenzar a trabajar de nuevo hasta el lunes a las 13:40 para respetar las 48 horas de descanso ininterrumpido que, según dicen, deben respetarse, como resultado de adicionar a las 36 horas de descanso semanal las 12 horas de descanso diario entre jornada y jornada, que no deben de solaparse a las del descanso semanal. Pero ello nos retrotrae al principio de nuestra argumentación: el disfrute ininterrumpido de un descanso de 48 horas dentro de una semana (cosa distinta es que se hable de ciclos de 8 días: seis de trabajo y 2 de descanso, pero estaríamos ante un planteamiento completamente diferente y, en puridad, se habría roto la regla del descanso semanal que se refiere a ciclos de siete días, no de ocho) es aritméticamente incompatible con la regla que autoriza a trabajar seis días a la semana, como hace el artículo 43.1 del Convenio . Por lo tanto, la pretensión de ese descanso ininterrumpido de 48 horas implica la impugnación de dicho artículo 43.1 que dice que "la jornada de trabajo será de seis días a la semana". Ese sería el procedimiento adecuado y, en dicho marco procesal, se podría discutir si es correcta o no la hipótesis de partida: que el descanso semanal de día y medio equivale a 36 horas y que a éstas hay que adicionarle las 12 horas del descanso diario, lo que totaliza 48 horas. Hipótesis que no desconocemos que se puede basar en una determinada interpretación del alcance de nuestra sentencia de 10 de octubre de 2005 (Rec. 155/2004) -seguida de otra de 25/9/2008- que, sin embargo, resolvió un caso completamente distinto, cual era el de una empresa en que se trabajaba claramente el sábado por la tarde y también el lunes por la mañana. Naturalmente si, por ejemplo, un trabajador ha terminado su jornada laboral el sábado a las 8 de la tarde y ha comenzado a trabajar de nuevo el lunes a las 8 de la mañana, es evidente que no ha disfrutado del descanso semanal de día y medio que prescribe el ET, por mucho que entre las 20 horas del sábado y las 8 horas del lunes hayan transcurrido 36 horas de descanso.

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

FALLAMOS



Desestimamos el recurso de casación interpuesto por la Procuradora D^a Amalia Jiménez Andosilla, en nombre y representación de AGRUPACIÓN INDEPENDIENTE DE TRABAJADORES DE ALIMENTACIÓN Y BEBIDAS (AITB), contra la sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, de fecha 24 DE SEPTIEMBRE DE 2010, dictada en autos número 131/10 , en virtud de demanda formulada por AGRUPACIÓN INDEPENDIENTE DE TRABAJADORES DE ALIMENTACIÓN Y BEBIDAS, contra BIMBO MARTÍNEZ COMERCIAL, sobre CONFLICTO COLECTIVO, que confirmamos. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional ,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. Manuel Ramon Alarcon Caracuel hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ