

JDO. DE LO SOCIAL N. 2 TOLEDO

SENTENCIA: 00181/2020

SENTENCIA

En la ciudad de Toledo, a 17 de marzo de 2020.

Vistos por mí, Juez del Juzgado
de lo Social n° 2 de Toledo, los autos de Procedimiento
Ordinario seguidos ante este Juzgado bajo el número
a instancia de
у
asistidos por el Letrado D. Ignacio Palomar
Ruiz, frente a la mercantil JOSE MARÍA SAN ROMÁN GÓMEZ-MENOR,
S.L. (que actúa <u>bajo la denominación AMBULANC</u> IAS FINISTERRE)
representada por y asistida del
letrado habiéndose citado al FOGASA
que no comparece, cuyos autos versan sobre reclamación de cantidad, y atendiendo a los siguientes;

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 30 de abril de 2019, tuvo entrada en este Juzgado, previo turno de reparto, demanda en la que la parte actora, tras exponer los Hechos y Fundamentos de Derecho que entendía de aplicación, terminaba solicitando se dictase estimando sus pretensiones.

SEGUNDO. - Admitida a trámite la demanda, se señaló día y hora para la celebración de los actos de Conciliación y Juicio, celebrados el día 2 de marzo de 2020, compareciendo las partes; abierto el acto y dada cuenta, la parte actora se ratificó en su demanda, desistiendo realizando las codemandadas las alegaciones que obran en soporte gráfico; practicándose las pruebas propuestas y admitidas por S.Sª., reiterando en trámite de conclusiones sus respectivas peticiones, quedando el juicio visto para Sentencia.

TERCERO.- En la tramitación del presente procedimiento se han observado todas las formalidades legales.



HECHOS PROBADOS

PRIMERO.— Los actores han venido prestando servicios por cuenta y orden de la mercantil JOSE MARÍA SAN ROMÁN GÓMEZ-MENOR, S.L., teniendo sus relaciones laborales las siguientes características:

- virtud de contrato de trabajo indefinido a tiempo completo (40 h/semanales distribuidas de lunes a domingo), antigüedad de 01/04/2002, categoría profesional de camillero, salario de 1.790,89 \in brutos mensuales, con inclusión de las pagas extraordinarias prorrateadas (Docs. n° 1 y 2 ramo prueba actores).
- 2. en virtud de contrato de trabajo a tiempo completo (40 h/semanales distribuidas de lunes a domingo), antigüedad de 27/07/2008, categoría profesional de camillero, salario de $1.703,82 \in$ brutos mensuales, con inclusión de las pagas extraordinarias prorrateadas (Doc. n° 3 ramo prueba actores).
- a.

 en virtud de contrato de trabajo indefinido a tiempo completo (40 h/semanales distribuidas de lunes a domingo), antigüedad de 30/10/2008, categoría profesional de conductor, salario de 2.051,22 € brutos mensuales, con inclusión de las pagas extraordinarias prorrateadas, en situación de excedencia desde el día 01/06/2019 (Docs. n° 19 y 20 ramo prueba actores; Doc. n° 3 ramo prueba demandada).
- 4. en virtud de contrato de trabajo por obra o servicio a tiempo completo (40 h/semanales distribuidas de lunes a domingo), antigüedad de 27/07/2008, categoría profesional de conductor, salario de $2.065,36 \in \text{brutos mensuales}$, con inclusión de las pagas extraordinarias prorrateadas, siendo baja voluntaria con fecha 09/08/2019 (Docs. n° 4, 5 y 6 ramo prueba actores; Doc. n° 1 ramo prueba demandada).
- virtud de contrato de trabajo por circunstancias producción a tiempo completo (40 h/semanales distribuidas de 27/07/2008, categoría antigüedad de a domingo), profesional de conductor, salario de 2.051,22 € brutos de las pagas extraordinarias mensuales, con inclusión prorrateadas, en situación de excedencia desde el 25/11/2019 (Docs. n° 7, 8, 9 y 10 ramo prueba actores; Doc. n° 2 ramo prueba demandada).



virtud de contrato de trabajo indefinido a tiempo completo (40 h/semanales distribuidas de lunes a domingo), antigüedad de 24/10/2008, categoría profesional de camillero, salario de 1.689,83 € brutos mensuales, con inclusión de las pagas extraordinarias prorrateadas, (Docs. n° 11, 12, 13, 14 y 15 ramo prueba actores).

7. virtud de contrato de trabajo por obra o servicio a tiempo completo (40 h/semanales distribuidas de lunes a domingo), antigüedad de 27/07/2008, categoría profesional de conductor, salario de 2.065,36 € brutos mensuales, con inclusión de las pagas extraordinarias prorrateadas, (Docs. n° 16 y 17 ramo prueba actores).

en virtud de contrato de trabajo a tiempo completo (40 h/semanales distribuidas de lunes a domingo), antigüedad de 27/07/2008, categoría profesional de conductor, salario de 1.703,82 € brutos mensuales, con inclusión de las pagas extraordinarias prorrateadas, (Doc. n° 18 ramo prueba actores).

Es de aplicación a las relaciones laborales el IV Convenio Colectivo de empresas y personal del transporte de enfermos y accidentados en ambulancia para la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha (DOCM n° 28, 10/02/2020).

Todos los trabajadores venían prestando sus servicios para la empresa AMBULANCIAS TRANSALTOZANO, S.L., siendo subrogados con fecha 01/12/2012 por JOSE MARÍA SAN ROMÁN GÓMEZ-MENOR, S.L (hecho no controvertido).

SEGUNDO.- Los trabajadores prestan servicios en base de 4 tripulaciones, un día (24 horas) y tres días consecutivos de descanso (72 horas de descanso). El día de guardia permanecen en dependencias empresariales a disposición de la empresa, no pudiendo estar fuera del centro de trabajo, y pueden ser llamados en cualquier momento para cubrir una emergencia, teniendo un tiempo aproximado para salir al aviso de entre 2 a 5 minutos. Los trabajadores tienen aproximadamente 1 hora para comer y 1 hora para cenar, aunque no debe ser respetado en todo caso, dado que si se les da un aviso se tienen que ir. Se dan integramente por reproducidas las facturas del restaurante Barquilla y hojas de firmas de comensales trabajadores, facturas del restaurante El Toledano y hojas de firmas de comensales trabajadores (Docs. 22 a 45 ramo prueba demandada;



e interrogatorio de

TERCERO.- Se dan íntegramente por reproducidos los Cuadrantes del año 2017 y correo electrónico de remisión de los mismos (Docs. 23 y 24 ramo prueba actores). En dichos cuadrantes no vienen especificados los nombres y apellidos de los trabajadores concretos, sino que vienen identificados como "Trabajador 1", "Trabajador 2" y así sucesivamente. El resumen anual del total de días de conductores y de técnicos es el siguiente:

- Trabajador 1: días 91, horas 2184.
- Trabajador 2: días 91, horas 2184.
- Trabajador 3: días 91, horas 2184.
- Trabajador 4: días 91, horas 2184.
- Trabajador 5: días 92, horas 2208.
- Trabajador 6: días 92, horas 2208.
- Trabajador 7: días 92, horas 2208.

Se dan integramente por reproducidos los Cuadrantes del año 2018 que fueron aportados por la empleadora a la IPTSS de Toledo (Docs. 21 y 22 ramo prueba actores). En dichos cuadrantes no vienen especificados los nombres y apellidos de los trabajadores concretos, sino que vienen identificados como "Trabajador 1", "Trabajador 2" y así sucesivamente. El resumen anual del total de días de conductores y de técnicos es el siguiente:

- Trabajador 1: días 91, horas 2184.
- Trabajador 2: días 91, horas 2184.
- Trabajador 3: días 91, horas 2184.
- Trabajador 4: días 91, horas 2184.
- Trabajador 5: días 92, horas 2208.
- Trabajador 6: días 92, horas 2208.
- Trabajador 7: días 92, horas 2208.

CUARTO. - estuvo en proceso de Incapacidad Temporal desde el 03/07/2018 al 03/08/2018 (Doc. n° 13 ramo prueba demandada).

estuvo en proceso de Incapacidad Temporal desde el 25/06/2018 al 06/07/2018; disfrutó de 2 días de asuntos propios y 1 por asistencia a consulta médica, el 09/06/2018, 13/09/2018 y 18/12/2019 (Docs. n° 14 y 18 ramo prueba demandada).



Temporal desde el 10/02/2019 al 10/05/2018 (Doc. n° 15 ramo prueba demandada).

Temporal desde el 22/10/2018 al 11/12/2018 (Doc. n° 16 ramo prueba demandada).

estuvo en proceso de Incapacidad Temporal desde el 07/06/2018 al 21/06/2018; disfrutó de 2 días por hospitalización y por intervención quirúrgica de su suegro, el 23/03/2019 y 11/03/2019 (Docs. n° 17 y 19 ramo prueba demandada).

La demandada reconoce que los actores han realizado en el en el período comprendido entre el 20/03/2018 hasta el 20/03/2019, 91 guardias cada uno de ellos.

Descontados los días de procesos de Incapacidad Temporal, las guardias y horas de guardia realizadas por cada trabajador serían las siguientes:

TRABAJADOR	GUARDIAS NO	TOTAL	HORAS POR
	REALIZADAS POR	GUARDIAS	GUARDIAS
·	IT .	ANUALES	REALIZADAS
	·	REALIZADAS	
	9 (216 horas)	82	1968
	4 (96 horas)	87	2080
	13 (312 horas)	78	1872
		91	2184
		91	2184
	13 (312 horas)	78	1872
	5 (120 horas)	86	2064
		91	2184

Descontando las 2 horas diarias que los trabajadores utilizan para comer y cenar (tiempo de bocadillo), serían las siguientes:

TRABAJADOR	GUARDIAS NO	TOTAL	DESCUENTO	
	REALIZADAS POR	GUARDIAS	HORAS COMIDA	
	IT	ANUALES	Y CENA	
		REALIZADAS	(*total	
			guardiasx2h)	
	9 (216 horas)	82	164	
	4 (96 horas)	87	174	
	13 (312 horas)	78	156	
		91	182	
		91	182	
	13 (312 horas)	78	156	
	5 (120 horas)	86	172	
		91	182	



El total de horas anuales realizadas por los trabajadores serían las siguientes:

TRABAJADOR	GUARDIAS NO	TOTAL	HORAS POR	DESCUENTO	HORAS
	REALIZADAS	GUARDIAS	GUARDIAS	HORAS COMIDA	ANUALES
	POR IT	ANUALES	REALIZADAS	Y CENA	REALIZADAS
		REALIZADAS		(*total	
				guardiasx2h)	
	9	82	1968	164	1804
	4	87	2080	174	1902
	13	78	1872	156	1716
	***	91	2184	182	2002
		91	2184	182	2002
	13	78	1872	156	1716
	5	86	2064	172	1892
		91	2184	182	2002

QUINTO.- La empresa no computa como tiempo de trabajo efectivo las horas en que los trabajadores permanecen en sus dependencias a la espera de ser requeridos para cubrir la oportuna emergencia.

Se adeudaría a cada trabajador en concepto de horas extraordinarias, en caso de estimación de la demanda:

TRABAJADOR	HORAS	HORAS	VALOR HORA	TOTAL
	ANUALES	EXTRAORDINARIAS	EXTRAORDINARIA	
	REALIZADAS			
	1804	4	17,29 €	69,16 €
	1902	102	16,45 €	1.677,90 €
	1716	0	19,95 €	0,00 €
	2002	202	19,95 €	4.029,90 €
	2002	202	19,95 €	4.029,90 €
	1716	0	16,45 E	0,00 €
	1892	92	19,95 €	1.835,40 €
	2002	202	16,45 €	3.322,90 €

SEXTO. Se dan integramente por reproducidas las nóminas de los demandantes del mes de marzo de 2019. En las mismas aparece abonado el concepto de horas de presencia nocturnas y nocturnidad (Docs. n° 4 a 12 ramo prueba demandada).

SÉPTIMO.- Se da integramente por reproducida la Sentencia 686/15 de la Sala Social del TSJ de Castilla La Mancha de fecha 16/06/2015, CCO 12/14; el expediente de Mediación ante



el Jurado Arbitral nº JAL-REG/CC-0005/2018 y nº JAL-REG/CC-0006/2018; el Acta de Conciliación Judicial de 06/06/2018, Sala Social del TSJ de Castilla La Mancha CCO 4/2017 (Docs. nº 46 a 49 ramo prueba parte demandada).

OCTAVO.- Con fecha 09/04/2019, se celebró acto de Conciliación ante el SMAC de Toledo, resultando sin avenencia (Doc. n° 1 adjunto a escrito de demanda).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por la defensa Letrada de los acores se ejercita acción de reclamación de cantidad interesando que se dicte Sentencia por la que se condene a la empleadora a abonar a cada uno de los trabajadores las horas que exceden de la jornada ordinaria como horas extraordinarias en el período comprendido entre el 20/03/2018 hasta el 20/03/2019, ambos inclusive, dado que las horas de presencia de los mismos en las dependencias empresariales han de ser consideradas como trabajo efectivo.

La defensa Letrada de la mercantil JOSE MARÍA SAN ROMÁN GÓMEZ-MENOR, S.L. se opone a la pretensión alegando, en primer lugar, que en la demanda se hace un cálculo general de las cantidades reclamadas dando por hecho que todos trabajadores han realizado 91 guardias en el período comprendido entre el 20/03/2018 hasta el 20/03/2019 no teniéndose en cuenta que algunos han estado de baja médica, otros han disfrutado permisos o días de libre disposición que son días que no se trabajan y no se realizan guardias y que, además, hay que descontar en cada guardia la hora para comer y la hora para cenar durante las cuales no prestan servicios remitiéndose a efectos ilustrativos a la Sentencia del TSJ de Cataluña de fecha 25/07/2013 y de la Audiencia Nacional de 10/12/2009. aportando instructa de cálculo descontando procesos de baja médica y días de asuntos propios por cada trabajador y del total de horas anuales realizadas por cada trabajador, traspasando las 1.800 horas únicamente

todo ello

sin reconocer que se trate de horas extraordinarias; en cuanto al valor de la hora extraordinaria se realiza un cálculo erróneo en la demanda dado que no se tienen en cuenta lo establecido en el III Convenio Colectivo de aplicación art. 15, aportando instructa del cálculo de la hora por cada trabajador y de lo que, en caso de estimarse la demanda, se adeudaría a cada uno de ellos.



En segundo lugar, en cuanto al fondo, niega la realización por los trabajadores de horas extraordinarias, todos técnicos de transporte sanitarios, conductores y camilleros, es decir, considerados personal de movimiento o trabajadores móviles en términos de la Directiva 2003/88 y del Decreto 1561/88 de jornadas especiales; se remite al art. 34.5 del Estatuto de los Trabajadores y al Real Decreto 1561/1995, de de septiembre sobre jornadas especiales de trabajo; manifiesta que la STSJ de Cantabria de 14/11/2017 ha devenido firme tras Auto del Tribunal Supremo inadmitiendo el Recurso de Casación para Unificación de Doctrina sin resolver sobre el fondo del asunto, que sólo afecta al ámbito sectorial de Cantabria, además de que no crea jurisprudencia según el art. 1.6 del CC y que no hay ninguna sentencia del Tribunal Supremo que haya confirmado que las horas de presencia en turno de urgencia en transporte sanitario son horas de trabajo efectivo y, por tanto, que el exceso sobre la jornada máxima anual, sean horas extraordinarias, sino que la Sentencia del Tribunal Supremo de 20/02/2007 establece expresamente que las horas de presencia no computan como horas extraordinarias; entiende que la sentencia del TI [JE de 21 de febrero de 2018 no afecta con sus pronunciamientos ni a la normativa española ni al convenio colectivo aplicable a este caso, por lo que están plenamente en vigor tanto el Real Decreto 1561/1995 como el art. 21.C del Convenio Colectivo de aplicación, en primer lugar por una mera cuestión cronológica ya que la Sentencia del TJUE es de fecha 21/02/2018 y que el Real Decreto Ley 8/2019 (posterior a aquella sentencia) no ha modificado la redacción del art. 34.7 del ET ni ha derogado el Decreto 1561/1995, por lo que el Decreto 1561/1995 y el Convenio Colectivo de aplicación es la perfectamente compatible con la doctrina sentada en Sentencia del TJUE y a la Directiva 2003/88 (art. 15); que la redacción del art. 34 del ET admite la posibilidad de que el tiempo de trabajo está conformado por tiempo de trabajo efectivo y por horas de presencia y que en ningún momento la sentencia europea establece que las horas que el trabajador pasa en expectativa de servicio a disposición del empresario deba ser consideradas horas extraordinarias, sino que sólo dice que debe considerarse tiempo de trabajo; recordando que el art. 20 de la de la Directiva 2003/88 exceptúa la aplicación de los apartados 3, 4, 5 y 8 a los trabajadores móviles; con toda esta normativa se aprueba el III Convenio Colectivo estableciendo en su art. 21 la jornada ordinaria para el personal de movimiento y definiendo el tiempo de trabajo efectivo y las horas de presencia en consonancia con 8 del del Real Decreto 1561/1995 de jornadas art. especiales y obligando a las empresas a acondicionar lugares adecuados para el descanso del personal., lo que significa que esas horas de presencia no son de trabajo efectivo, que



durante las quardias los trabajadores pueden y deben descansar adecuadamente y que en orden a lo que la Directiva 2003/88 dispone, la empresa adopta las medidas necesarias para garantizar que los trabajadores móviles tengan derecho a un descanso adecuado; que el art. 14 del Convenio Colectivo define las horas de presencia con redacción similar al art. 14 Real Decreto 1561/1995 de jornadas especiales, que no pueden ser consideradas como horas extraordinarias, mantiene el Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1ª) en la Sentencia de 20 de febrero de 2007. RJ 2007\3168 (el tiempo de trabajo efectivo es el que está limitado por la jornada máxima legal y por los límites establecidos para las horas extraordinarias, que, sin embargo, no rigen para el tiempo de presencia (artículo 8.2 y 3 del Real Decreto las horas de presencia tienen 1561/1995); su propia retribución fijada en el Convenio Colectivo, superior a la hora de trabajo efectivo (art. 18), lo que difiere de sentencia del caso Matzak donde al bombero voluntario de Bélgica solo se paga por cada servicio que realice, siendo que en el caso presente a los trabajadores que prestan servicios de 24 horas se le pagan todas las horas, las de trabajo efectivo y las horas de presencia y que en ningún caso la sentencia europea habla de horas extraordinarias, ni tampoco establece nada acerca de la retribución de las mismas.

Finalmente alega que hay un claro abuso de derecho por parte de los trabajadores demandantes y que no buscan sino un perjuicio para la empresa, dado que en fecha 26/06/2014 CC.OO. plantea ante el TSJ de Castilla-La Mancha un conflicto colectivo en el que solicita la anulación del art. 21.D del III Convenio Colectivo y sin embargo, no impugna el art. 21.C que regula las bases de 4 tripulaciones con un régimen de trabajo de una guardia de 24 horas y tres días consecutivos de descanso para un total de 91 guardias anuales; en fecha 16/10/2018 CC.OO. plantea mediación expediente número JAL-REG/CC-005/18 ante el Jurado Arbitral Laboral exigiendo que se cumpla la jurisprudencia europea en materia de jornada; fecha 04.10.2018 CC.00. plantea mediación expediente número JAL-REG/CC-006/18 en el mismo sentido que el anterior; ante el el Castilla-La Mancha CC.00. plantea Conflicto colectivo 4/2017, en el que mediante acuerdo judicial se establece por sindicatos y empresas que en las bases de tres tripulaciones se realizarán 110 guardias anuales de 24 horas quardias en bases de 3 tripulaciones; que no obstante plantear estas mediaciones y procesos judiciales, lejos de formular el subsiguiente conflicto jurisdiccional exigiendo que se suprima el régimen de trabajo de 24 horas de trabajo y 72 consecutivas de descanso, CC.00. y UGT acaban de firmar el IV convenio colectivo para la región que, en su artículo 30, regula el



régimen de trabajo de bases de 4 tripulaciones con prestación de 1 día de trabajo (24 horas) y 3 consecutivos (72 horas) de descanso donde se regulan horas de trabajo efectivo y horas de trabajadores demandantes, ninguno de los presencia; que presentes demandas después planteado las de haber formulado acciones judiciales individuales para suprimir el régimen de guardias de 24 horas, contando a la empresa, que ya están preparando nuevas demandas en reclamación de horas extraordinarias y que si este régimen de trabajo que denuncian incluso derechos, bien podrían atenta contra sus acumulado a esta reclamación la exigencia del cese inmediato por la empresa de la aplicación del mismo, solicitando incluso medidas cautelares por virtud del artículo 79 LJS.

SEGUNDO.- Los hechos declarados probados, según preceptúa el art.97.2 de la LJS, resultan de una valoración conjunta de la prueba practicada, que ha sido concretada en los distintos hechos probados para su mejor comprensión.

TERCERO.- El III Convenio Colectivo de Empresas y Trabajadores/as de Transporte de Enfermos y Accidentados en Ambulancia para la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha (DOCM n° 239, 11/12/2013; vigente hasta la publicación del IV Convenio DOCM n° 28, 11/02/2020) dispone:

Artículo 14 "Horas de presencia. Dadas las especiales características que concurren en este sector, como consecuencia de la permanente disponibilidad del personal de movimiento para atender estos servicios públicos, que conlleva la existencia de las horas de presencia establecidas en el artículo 21 del presente Convenio, éstas no pueden tener la consideración de tiempo de trabajo efectivo y, por tanto, no son computables, según establece expresamente el Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre y demás normas concordantes.

Ambas partes, acuerdan fijar como precio a tales horas, el que resulta de aplicación de la siguiente formula.

Salario base más antigüedad por 14 más pluses por 12 dividido por 1800.

La fórmula tiene carácter general y no aplicándose para el cálculo de otras horas de presencia que serán tomadas en consideración de forma global por el número total de las que se realizan y sin producirse individualización de las mismas, como se dirá en artículo 22 en relación a las bases de 3 tripulaciones".

Artículo 15 "Horas extraordinarias. Tendrán tal consideración las horas de trabajo efectivo que superen la jornada ordinaria y se abonarán con un recargo del 75 por 100 sobre el precio que resulta para la hora ordinaria o de presencia de la aplicación de la fórmula que a continuación se expresa.

El valor de la hora ordinaria será según la siguiente fórmula: salario base más antigüedad por 14 más pluses por 12 dividido por 1800".

Artículo 17 "Dietas. Cuando el trabajador/a, por causa del servicio no pueda comer, cenar o pernoctar en su domicilio, tendrá derecho al percibo de las respectivas dietas



que se fijan en las cuantías que figuran en la tabla anexa En cualquier caso, se devengarán dietas cuando un trabajador/a, teniendo jornada de ocho horas diarias, no pueda comer entre las trece y las dieciséis quince horas, siempre y cuando su inicio de jornada se haya producido entre las 10.00 y las 13.00 horas.

También se devengará dieta cuando un trabajador/a por necesidades del servicio no pueda cenar en su domicilio entre las 20,00 y las 23,30 horas.

En todo caso, las empresas pueden sustituir el abono de la dieta por el pago del gasto directamente y también podrán sustituir el abono de la dieta de comida concertando el pago del gasto directamente con restaurantes, empresas de catering y que garantice la prestación del servicio en los horarios entre las 13.00 h y 15.30 h.

En los servicios que se presten fuera del territorio nacional serán gastos a justificar. No se pagarán bebidas alcohólicas.

Solamente para los trabajadores/as que prestan servicios de forma presencial en empresas de Urgencia/Emergencia, la dieta nocturna será compensada con un complemento mensual de ayuda alimenticia, que para el año 2011, 2012 y 2013 tendrá un importe de 75 ϵ , sin perjuicio del pago directo por parte de la empresa".

Artículo 21 "Jornada laboral ordinaria y jornadas especiales.

A.-) Jornada laboral ordinaria: La jornada ordinaria de trabajo para el personal que no sea de movimiento será de cuarenta horas de trabajo a la semana o la legal que en cada momento exista.

La jornada de trabajo para el personal de movimiento será de 1800 horas/año de trabajo efectivo. En todos los casos se computará como ciento sesenta horas cuatrisemanales de trabajo efectivo más cuarenta horas de presencia.

El número máximo de horas de presencia diarias será de 2 horas diarias y un total de 40 horas cuatrisemanales.

Tiempo de trabajo efectivo: Es aquel en el que el trabajador/a se encuentre a disposición del empresario o en el ejercicio de su actividad, realizando las funciones propias de la conducción del vehículo o medio de transporte u otros trabajos durante el tiempo de circulación de los mismos, o trabajos auxiliares que se efectúen en relación con el vehículo o medio de transporte, sus pasajeros o su carga.

Tiempo de presencia: Es aquel en el que el trabajador/a se encuentre a disposición del empresario sin prestar trabajo efectivo, por razones de espera, expectativas, servicios de guardia, viajes sin servicio, averías, comidas en ruta u otras similares.

La jornada máxima diaria no deberá superar las nueve horas de trabajo efectivo, ni menos de seis horas, a efectos de pago de horas extraordinarias, exceptuándose los servicios de largo recorrido que no pueden interrumpirse; de forma que en éstos el trabajador/a descansará la jornada laboral inmediata, las horas sobrepasadas.

En todo caso, las horas extraordinarias podrán ser compensadas por la empresa con tiempo de descanso equivalente siempre que el trabajador/a esté de acuerdo.

El descanso mínimo entre jornada y jornada será de doce horas.

Las empresas están facultadas para organizar el trabajo de acuerdo a las necesidades del servicio, pudiendo establecer los correspondientes turnos entre el personal para asegurar la atención preventiva y real, desde las cero a las veinticuatro horas, durante trescientos sesenta y cinco días al año.

La empresa facilitará un parte, con el fin de que el trabajador/ra registre la actividad desarrollada durante el dispositivo, en el que expresamente figure, las activaciones realizadas semanalmente, así como la fecha y tiempos de activación y retorno a la base, en



cada uno de los servicios. Este parte podrá ser interesado directamente por el trabajador o su representante de personal debidamente autorizado para ello.
(...)

C.-) Regulación específica de las Guardias de urgencia/emergencias y Bases de trabajo:

Con carácter general el trabajo se desarrollará en bases con cuatro tripulaciones de conductores y cuatro técnicos, mediante una jornada especial para quien realice su trabajo en vehículos adscritos al servicio de Urgencias/Emergencias de Castilla-La Mancha. Esta jornada tiene unas características especiales al no ser toda de trabajo efectivo, pero sí de presencia física en la base que proporcione o bien el servicio de Urgencias/Emergencias o bien la empresa.

De forma excepcional podrán establecerse bases de trabajo con tres tripulaciones en la forma que se concretará más adelante.

En las bases donde se realicen turnos de 24 horas, se habitará por parte de la empresa un espacio adecuado con dotación propia para el descanso y que cumpla las normas de salud laboral.

La jornada será de 24 horas consecutivas y 72 horas consecutivas de descanso, o lo que es lo mismo I día de trabajo y 3 de descanso.

A fin de garantizar el servicio en el periodo vacacional, los meses de junio a septiembre se realizarán una jornada de 24 horas consecutiva y 48 horas consecutivas de descanso, con un máximo de 91 guardias anuales. Estos siclos se podrán realizar en bases que por su carga habitual de trabajo, no superen las 9 horas de trabajo efectivo.

En el mes de diciembre de cada año se desarrollarán los cuadrantes de trabajo, estos contemplarían 91 guardias por trabajador/ra, así como la asignación de las vacaciones.

Se podrán acordar con la representación de los trabajadores/ras cuadrantes con otras distribuciones siempre que se respeten como criterios obligatorios las que en cómputo anual equivalen a las 91 guardias o 1800 horas de jornada y 400 de presencia. Estos cuadrantes serán obligatoriamente acordados con la representación de los trabajadores/ ras, cíclicos y de carácter anuales.

Las retribuciones salariales de nocturnidad y hora de presencia, se calcularán con los importes de convenio, calculados en cómputo anual según el cuadrante y conforme a los valores y antigüedades correspondientes a cada trabajador/ra que constan en las tablas anexas a este convenio.

Su importe se abonará en 12 mensualidades (...)".

Artículo 32 "Permisos y licencias. El trabajador/a, previo aviso de siete días de antelación salvo excepción y con el requisito de la sola justificación documental tendrá derecho a ausentarse del trabajo, con derecho a remuneración, por alguno de los siguientes motivos y por el tiempo siguiente:

(...)

c) Dos días hábiles por nacimiento de hijos o enfermedad grave o fallecimiento de parientes, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, y se incrementaría un día por cada 300 kilómetros de ida y vuelta. Excepto para el archipiélago canario, balear y extranjero que se computará por desplazamiento y no por kilómetros, que será un día para la ida y un día para la vuelta.

(...)



h) Dos días de libre disposición para el trabajador/a por cada año de vigencia del convenio. Sin derecho a remuneración y por el tiempo indispensable, podrá hacerlo también en el caso de realización de otro tipo de exámenes (...)".

CUARTO. - La Sentencia 316/2016 de la Sala Social Tribunal Supremo, de fecha 21/04/2016, Rec. 90/2015 resuelve Recurso de Casación interpuesto por el CONFEDERACION INTERSINDICAL GALLEGA (CIG), contra Sentencia de fecha 23/12/2014 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior Justicia de Galicia, en el procedimiento de 57/2014, promovido por dicho sindicato contra la FEDERACIÓN GALLEGA DE EMPRESARIOS DE AMBULANCIAS (FEGAM), el sindicato y contra UNION GENERAL DE TRABAJADORES DE GALICIA (UGT) OBRERAS SINDICATO NACIONAL DE COMISIONES DE GALICIA (CCOO), Conflicto Colectivo, que desestima la demanda. pretensión consistía en que se declarara 1) que, a los efectos de determinar la duración máxima semanal de tiempo de trabajo, las horas denominadas "de presencia" son horas de trabajo efectivo y tendrán la consideración de horas extraordinarias cuando su realización implique la superación de una jornada de 40 horas semanales en cómputo anual; y 2) que las horas "de presencia" tendrán la consideración de horas extraordinarias cuando se supere la jornada anual de 1800 horas regulada en el Convenio de aplicación (CC transporte enfermos У ambulancia accidentados la Comunidad Autónoma de en de Galicia: DOG 3-5-2013), debiendo ser retribuidas como tales, pudiendo ser compensadas por descanso dentro de los cuatro siguientes a su realización en el caso aquellas que tengan que determinarse una vez conocido cómputo total de la jornada anual. E1Tribunal Supremo desestima el Recurso de Casación con la siguiente fundamentación "(...) 6. La denunciada infracción de los arts. 8 y 10 del RD 1561/1995 no puede ser apreciada porque, como acertadamente decide la sentencia de instancia, la actividad desarrollada por las empresas incluidas en los ámbitos de aplicación funcional y territorial del convenio colectivo en cuestión (arts. 1 y 2) no está excluida, sino todo lo contrario, de las que contempla el mencionado RD, que, en lo que aquí interesa, en cumplimiento de la previsión expresa del art. 34.7 del ET, teniendo en cuenta las normas comunitarias entonces vigentes (la Directiva 93/104/CE) y sin contravenir las posteriores (codificadas todas en la Directiva 2003/88/CE, de 4 de noviembre), reguló las denominadas "jornadas especiales" en los sectores y trabajos que lo requerían. 7. En efecto, el art. 8.1 de dicho reglamento interno dispone que "[p]ara el cómputo de la jornada en los diferentes sectores del transporte... se distinguirá entre tiempo de trabajo efectivo y tiempo de presencia", sin excluir, en absoluto, de entre tales sectores el que constituye la actividad de las empresas que, como las integradas en la asociación patronal principalmente demandada, se dedican al traslado en ambulancia de enfermos y accidentados. Además, ese mismo precepto reglamentario considera "tiempo de trabajo efectivo", en todo caso y en términos generales, aquel en el que el trabajador se encuentre a disposición del empresario en el ejercicio de su actividad, entendiendo más pormenorizadamente como "tiempo de presencia" aquel otro en el que el trabajador se encuentre a disposición del empresario sin prestar



trabajo efectivo, por razones de espera, expectativas, servicios de guardia, viajes sin servicio, averías, comidas en ruta u otras similares, y remite de manera expresa a la negociación colectiva la determinación "en cada caso [de] los supuestos concretos conceptuables como tiempo de presencia" (art. 8.1 in fine RD 1561/95). Y de esto último, precisamente, se encarga el convenio colectivo sectorial cuestionado, como corroboran con su impugnación los dos sindicatos codemandados, cuando, en los artículos arriba transcritos, además de establecer la duración máxima de la jornada anual ordinaria en 1800 horas (art. 26.a del convenio), sin que conste que en el ámbito personal de afectación de este litigio colectivo tal jornada exceda de los límites promediados, y de distribución, previstos en el art. 34 ET, y sin que se supere tampoco el máximo de 20 horas semanales "de presencia" a las que alude el art. 8.3 del RD, puesto que aquel mismo precepto convencional fija su tope, como vimos, en 50 horas al cuatrimestre, la solución que se impone, conforme defiende el Ministerio Fiscal, no es sino la desestimatoria del recurso. 8. Esta Sala, a fuer de reiterativa, hace suya la atinada conclusión de la sentencia de instancia: "el art. 8 y siguientes del citado reglamento, aún cuando hacen referencia a transportes por carretera, y en los arts. 10 y siguientes en la redacción actual pueden considerarse como preceptos específicos del sector de actividad de transporte por carretera en sentido estricto, sin embargo, también es aplicable a otros sectores de transporte, debiendo considerarse el término transporte por carretera en sentido amplio y por tanto sin atender a la definición del citado Reglamento comunitario salude al Reglamento 3820/85/CE], ateniéndonos a la literalidad del citado precepto (art. 8 RD 1561/95) que se refiere a los diferentes sectores del transporte por lo tanto el transporte de enfermos y accidentados entra dentro de la regulación citada y le es aplicable dicho Real Decreto y la división de tiempos que contiene, tanto de trabajo efectivo como de presencia". 9. El recurrente, basándose en la definición del DRAE del término "viajero", y para sostener la inaplicación del RD 1561/95 al sector de actividad empresarial cuestionado, afirma -literalmente-- que "no resulta consecuente asimilar la jornada de los trabajadores del sector de las ambulancias, que realizan una tarea indispensable en orden a la protección de los derechos a la vida (art. 15 CE) y a la salud (art. 43 CE) de las personas, con la de otros profesionales que sí entran con claridad en el concepto de trabajadores móviles del transporte por carretera, como pueden ser los conductores de autobuses o los repartidores de paquetería". Sin embargo, a nuestro entender, tan peregrino y banal argumento no hace sino poner de relieve, como denuncia el Ministerio Fiscal, la ausencia de cualquier fundamentación jurídica y la necesidad de desestimar el recurso porque tan "trabajadores móviles" son unos como otros y quienes desempeñan su importante labor en el sector de las ambulancias no se encuentran expresamente excluidos de la aplicación de aquella norma. Y dado que la regulación contenida en el convenio colectivo, como igualmente sostienen los escritos de impugnación de los sindicatos codemandados, no contradice el límite de horas establecido en el art. 8.3 del tan repetido RD, la disposición convencional no resulta contraria a derecho. 10. Del mismo modo, igual que el Tribunal de instancia, queremos también expresar que, no obstante, "no se [nos] escapa que en dicho concepto [el de "tiempo de presencia"] se incluyen situaciones que pueden calificarse cuando menos de dudoso tiempo de espera, como puede ser la conducción sin servicio, averías y que el servicio de guardia no consta donde se presta si en el domicilio del trabajador o en instalaciones de la empresa, pero ello debería dilucidarse en cada caso concreto [individualmente], pues en el presente litigio tampoco se ha practicado prueba adecuada ni el objeto del debate se ha particularizado" y concluyendo que "(...)11. En consecuencia, esta Sala también comparte la conclusión final de instancia cuando asevera "que a la actividad objeto de litigio



le es de aplicación el art. 8 del Decreto sobre jornadas especiales y que los arts. 15 y 24 del Convenio autonómico para el sector, no infringen la normativa comunitaria que se invoca".

Sin embargo, esta Sentencia es anterior a la Sentencia TJUE de fecha 21/02/2018 en la que se declara que la presencia física y la disponibilidad del trabajador en el lugar de trabajo durante el período de guardia debe considerarse comprendida en el ejercicio de sus funciones y, como tal, es tiempo de trabajo efectivo.

fundamentación así esta Juzgadora la Comparte Sentencia 284/2017 dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Santander de fecha 19/07/2017, Conflicto Colectivo 319/2017, que estimó la demanda declarando "(...) el carácter de horas extraordinarias para aquellas que superen la jornada anual de 1.800 horas prevista en el Convenio colectivo, en el caso de los trabajadores de la empresa que llevan a cabo el servicio de emergencias 061 en régimen de 24 horas/día y descanso de 72 horas (...)". Dicha Sentencia es confirmada por Sentencia 765/2018 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria fecha 12/11/2018, Rec. 533/2018, cuya fundamentación se trascribe:

"(...) SEGUNDO.- Infracción jurídica sobre el exceso de jornada.

- 1.- Denuncia la parte recurrente la infracción de los artículos 32, 34 y 35 del Convenio Colectivo del sector de transporte de enfermos y accidentados en ambulancias de Cantabria para los años 2016-2020, en relación con el art. 8 del RD 1461/1995, de 21 de septiembre y errónea interpretación de los arts. 34 y 35 del Estatuto de los Trabajadores y de la Directiva 2003/88 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003. Considera, en síntesis, que, a la vista de la legislación invocada, la duración máxima de la jornada ordinaria prevista en el art. 34 ET y los límites del art 35 ET, operan sobre el tiempo efectivo de trabajo y no sobre el tiempo de trabajo; y que no todas las horas de permanencia en el centro de trabajo por razón de servicio de emergencia (24 horas de servicio) tienen la consideración de "tiempo efectivo de trabajo" y han de computarse para fijar el límite de las horas extraordinarias. Sostiene, además, que dichas horas están retribuidas con el plus de emergencia abonado a dicho personal.
- 2.- <u>La cuestión litigiosa se centra en determinar, en primer lugar, si las horas de prestación de servicios de los trabajadores emergencias/061, en régimen de 24 horas de servicio al día y descanso de 72 horas, son trabajo efectivo.</u>

La primacía del Derecho de la Unión Europea puesta de manifiesto en sentencias entre otras de 23 marzo 2015 (rec. 2057/2014), supone que el Derecho de la Unión Europea «forma parte del acervo comunitario incorporado a nuestro ordenamiento... y su efecto vinculante se remonta a la doctrina iniciada por et entonces Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas con la Sentencia de 15 de julio de 1964, asunto Costa contra Enel..., habiéndose aceptado la primacía del Derecho de la Unión Europea...por la propia Constitución Española en virtud de su art. 93» (STC 145/2012, de 2/julio, FJ 5).

Esta primacía supone, en primer lugar, la prevalencia del Derecho originario sobre el Derecho interno en términos absolutos y globales, de manera que en caso de contradicción entre las normas nacionales infraconstitucionales y el Derecho de la Unión, el Juez nacional tiene la obligación de inaplicar la ley interna por su propia autoridad, sin esperar a su previa



depuración por el propio legislador o la jurisdicción constitucional (así, SSTJUE 09/03/1978 asunto «Simmenthal», ap. 17; 22/06/2010, asunto «Melki y Abdeli», ap. 43; y 05/10/2010, asunto «Elchinov», ap. 31).

En segundo lugar, como pone de manifiesto la citada sentencia del Tribunal Supremo de 23 marzo 2015 (rec. 2057/2014), «no ofrece dudas la prevalencia o primacía de la jurisprudencia comunitaria sobre la doctrina o jurisprudencia de los tribunales de los países miembros en la interpretación o aplicación de los preceptos y disposiciones del Derecho comunitario, porque de conformidad con el art. 234 del tratado de la CE -anterior art. 177-, la doctrina establecida por el TJUE, al resolver cuestiones prejudiciales, es vinculante para el Tribunal Supremo y ha de acatarla».

En el Derecho de la Unión Europea el concepto de tiempo de trabajo aparece reflejado en la Directiva 2003/88/CE, de 4 de noviembre de 2003, sobre determinados aspectos de ordenación del tiempo de trabajo, estableciendo en su art. 2 que se entenderá por tiempo de trabajo "todo período durante el cual el trabajador permanezca en el trabajo, a disposición del empresario y en ejercicio de su actividad o de sus funciones, de

conformidad con las legislaciones y/o prácticas nacionales". En consecuencia, el tiempo de trabajo se define en función de tres requisitos: la permanencia del empleado en el trabajo, la sujeción al poder de disposición del empresario, y el ejercicio, por parte del trabajador de su actividad o de sus funciones.

El TJUE ha venido a clarificar el alcance de dicho precepto comunitario al mantener.

a) Que estamos ante un concepto de Derecho de la Unión Europea y no caben las categorías intermedias, al señalar que los "conceptos de «tiempo de trabajo» y de «periodo de descanso» se excluyen mutuamente (véanse, en este sentido, las sentencias de 3 de octubre de 2000, Simap, C303/98, EU:C:2000:528, apartado 47, y de 10 de septiembre de 2015, Federación de Servicios Privados del sindicato Comisiones Obreras, C266/14, EU:C:2015:578, apartado 26 y jurisprudencia citada). Así pues, debe señalarse que, en el estado actual del Derecho de la Unión, el tiempo de guardia que un trabajador pasa en el marco de las actividades que realiza para su empresario debe calificarse, bien de «tiempo de trabajo», bien de «periodo de descanso» (STJU de 21 febrero 2018, Matzak, C518/15, apartado 55).

b) Que es suficiente con la concurrencia de los requisitos de presencia y disponibilidad o lo que es igual, no es necesaria la concurrencia conjunta de los tres requisitos. En las SSTJUE 3-10/2000 (Simpa, C303/98), 9-09-2003 (Jaeger, C151/02) y 1-12-2005 (Dellas y otros, C14/04), ha entendido que basta la concurrencia de dos de las tres exigencias, de modo que los servicios de guardia que realiza el trabajador en régimen de presencia física en el centro de trabajo deben considerarse tiempo de trabajo en su totalidad en el sentido de la Directiva, resultando indiferente la intensidad del trabajo desarrollado por el trabajado, ni el rendimiento de éste, careciendo de relevancia el dato de que los servicios de guardia comporten periodos de inactividad laboral. Lo importante es la presencia del trabajador en su puesto (con las matizaciones que introduce en el asunto Matzak, apartado 59, al afirmar: "que el factor determinante para la calificación de «tiempo de trabajo», en el sentido de la Directiva 2003/88, es el hecho de que el trabajador está obligado a hallarse físicamente presente en el lugar determinado por el empresario y a permanecer a disposición de éste para poder prestar sus servicios inmediatamente en caso de necesidad. En efecto, estas obligaciones, que impiden que los trabajadores afectados elijan su lugar de estancia durante los periodos de guardia, deben considerarse comprendidas en el ejercicio de sus funciones"). c) No es suficiente la mera disponibilidad sin presencia física (STJUE 3-10-2000, Simpa, C303/98).



Aplicando estos postulados al supuesto litigioso es claro que el trabajo desarrollado por los empleados/ conductores del servicio de emergencia 061, en la base o centro de trabajo, en régimen de 24 horas/día y descanso de 72 horas, durante las 24 horas (situación de guardia) realizan un trabajo efectivo o "tiempo de trabajo", al requerir la presencia física del trabajador en el centro de trabajo y estar a disposición del empresario, como acertadamente entendió la resolución recurrida.

En definitiva, o se descansa o se trabaja, no admitiéndose graduaciones, de modo que los tiempos de espera, de disponibilidad, de localización, o son tiempo de trabajo o son tiempo de descanso, no pudiendo admitirse una categoría intermedia, como pretende la parte recurrente, prevaleciendo la normativa comunitaria sobre la convencional. Y en el supuesto actual son tiempo de trabajo efectivo al tener que permanecer en el centro de trabajo y a disposición de la empresa.

3.- Procede analizar, en segundo lugar, si debe calificarse el exceso de jornada de horas extraordinarias, al constar acreditado que los afectados por el conflicto efectúan una jornada anual de 2.016 horas. La resolución de instancia declara el carácter de horas extraordinarias de las horas de exceso sobre la jornada establecida en el convenio (1.800 horas al año). La empresa se opone en la consideración de que la jornada especial que realizan los trabajadores afectados es remunerada con un plus anula, denominado de "emergencias" de 1.560 euros distribuidos en doce pagas, quedando incluidos en ese plus las horas que sobrepasen la jornada normal convencional.

A la hora de establecer si una hora de trabajo es extraordinaria hay que valorar si supera la jornada ordinaria o no.

El art. 34 del ET determina un techo de horas de trabajo que no se pueden sobrepasar, delimitando la jornada ordinaria. En su primer párrafo establece que la duración de la jornada será la pactada en los convenios colectivos o contratos de trabajo; y el segundo señala que la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo será de cuarenta horas semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual. Tradicionalmente se asocia esta jornada máxima anual a 1.826 horas con 27 minutos, y así lo admite, en general, la jurisprudencia (STS/IV 21 febrero 2006, rec. 3338/04).

La STS/IV/Pleno de 22 febrero 2006 (rec. 3665/2004), al igual que la anteriormente citada, declara que las horas que excedan de las 1.826,27 horas anuales son extraordinarias y deben retribuirse con el valor mínimo establecido en el art. 35 ET, pudiendo retribuirse conforme a los valores de convenio tan sólo las comprendidas entre la jornada convencional y la máxima de 1.826,27 horas. En ella se afirma que "el tiempo de trabajo en guardias de presencia se corresponde con la definición del artículo 8.2 de la Directiva ha de enlazarse con el número 1 del artículo 35 del Estatuto de los Trabajadores, con arreglo al 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. Mediante convenio colectivo o, en su defecto, contrato individual, se optará entre abonar las horas extraordinarias en la cuantía que se fije, que en ningún caso podrá ser inferior al valor de la hora ordinaria, o compensarlas por tiempos equivalentes de descanso retribuido".

En aplicación de dicha doctrina, las horas que excedan de 40 semanales/1.826 horas con 27 minutos anuales son extraordinarias y no puede establecerse una retribución inferior a la de la hora ordinaria, al ser el artículo 35.1 ET una disposición de derecho mínimo o necesario del que no pueden lícitamente disponer las partes.

Igualmente, son extraordinarias las que rebasan la jornada máxima pactada en convenio colectivo, aunque se encuentren por debajo del tope de la jornada máxima legal de cuarenta



horas de promedio (STS 18 septiembre 2000, [rec. 1696/1999] y 12 enero 2005 [rec. 984/2004]). Lo importante, insístase, para saber si una hora puede considerarse como extraordinaria no es sino la delimitación de la jornada ordinaria.

4.- En cuanto a la retribución, plantea la empresa recurrente que los excesos de jornada que desarrollan los afectados por el conflicto ya están debidamente retribuidos con el denominado "plus de emergencia".

El art. 30 del Convenio colectivo del sector del transporte de enfermos y accidentados en ambulancia en la Comunidad de Cantabria (BOC 14-10-16), configura el plus de emergencia diciendo: "los trabajadores que realicen jornadas especiales serán compensados con el Plus mensual establecido en las Tablas Anexas". Por su parte, el art. 35 de la norma convencional señala, respecto a las jornadas especiales, incluida la de 24 horas consecutivas, que "esta jornada de trabajo será remunerada con un plus anual de 1.560 € distribuidos en 12 pagas, quedando incluidas en este plus las horas que sobrepasan la jornada normal definida en el párrafo anterior, las dietas y la nocturnidad".

Respecto a la procedencia o no de compensar las horas extraordinarias con un complemento salarial, la doctrina unificada también ha rechazado la posibilidad de descontar de la retribución de las guardias de presencia física que superen las 1.826,27 horas un complemento salarial (el de atención continuada), en STS de 29 junio de 2016 (rec. 3113/2014) con cita de otras anteriores.

Recordemos que la STS/IV de 12 de enero 2005 (rec. 984/2004) declara la ineficacia del convenio colectivo que establece el valor de la hora extraordinaria en cuantía inferior a la ordinaria, al afirmar que "es patente la irrazonabilidad de retribuir el trabajo prestado en horas extraordinarias con cantidad inferior a la correspondiente al mismo trabajo prestado durante la jornada ordinaria. Desde el segundo de dichos criterios interpretativos, la finalidad de la regulación de las horas extraordinarias, tanto sobre su número como sobre su remuneración, está inspirada en un criterio de limitación de las mismas, para evitar los inconvenientes o daños que pudieran derivar del exceso de trabajo, en los aspectos individual y social. Así lo hace notar la sentencia de esta Sala de 18 de marzo de 2003 (RJ 2003, 5220), donde se aborda la problemática de la retribución de las horas extraordinarias y de las de presencia (de espera y otras, sin trabajo efectivo), en la actividad de transporte, regulada, como para el trabajo en el mar, por el artículo 8 del Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, y en cuya sentencia se afirma la indisponibilidad convencional colectiva del mínimo legal imperativo que el artículo 35.1 del Estatuto de los Trabajadores contiene para la retribución de las horas extraordinarias, y que venía a ser respetado por el convenio colectivo sobre cuva validez en este punto se litigaba en aquel proceso, al tratar con igualdad económica dichas horas y las de espera, previo cálculo efectuado por los convinientes para la adecuada valoración conjunta de unas y otras, no siempre susceptibles de fácil diferenciación en la actividad de transporte, de que allí se trataba, homóloga a estos efectos con la del trabajo en el mar, contemplada en el presente proceso, pero al que es ajena la cuestión referente a las horas de presencia".

En aplicación de dicha doctrina, haciendo abstracción del precio que fija para las "horas de presencia" el art. 32 del Convenio Colectivo, las horas por encima de 1.800 no pueden ser compensadas exclusivamente con el plus de emergencia, no siendo objeto del conflicto planteado la posibilidad de detracción de la retribución de las horas extras del aludido plus, cuvo objeto es compensar la realización de una jornada especial.

En definitiva, la interpretación de las disposiciones controvertidas llevadas a cabo por la sentencia recurrida, respeta plenamente las exigencias de la razón y de la lógica, asentándose en unos hechos acreditados y en un análisis riguroso de la normativa



convencional aplicable. En consecuencia, no habiéndose infringido precepto legal alguno, procede desestimar el recurso y confirmar la sentencia de instancia (...)".

De manera que, el trabajo desarrollado por los actores en la base o centro de trabajo, en régimen de 24 horas/día y descanso de 72 horas, durante las 24 horas (situación de guardia) es tiempo de trabajo efectivo y ha de ser retribuido como hora extraordinaria si supera las 1.800 horas establecidas en el Convenio Colectivo.

QUINTO.- La demandada reconoce expresamente que los actores han realizado en el período que se reclama 91 guardias. Alega que ha de descontarse a cada trabajador los días de Incapacidad Permanente y los de permisos y asuntos propios, así como 2 horas diarias que utilizan para comer y cenar.

- A) En cuanto al **descuento de los días de Incapacidad Temporal**, la consecuencia inmediata de esta situación se materializa en una suspensión del contrato, quedando paralizadas las obligaciones de trabajar y de retribuir el trabajo, sin perjuicio de que el trabajador tenga derecho a percibir la correspondiente prestación de Seguridad Social o mejoras previstas en el convenio o contrato. Consecuentemente, se entiende no debe tenerse en cuenta el tiempo que el trabajador permanece en esa situación como tiempo de trabajo efectivo, y susceptible de generar exceso de jornada anual (horas extras anuales), puesto que no ha habido prestación de servicios.
- B) En cuanto al **descuento de los días de libre disposición**, para solucionar la cuestión interpretativa, conforme a las reglas de interpretación de los contratos (arts. 1281 al 1289 del Código Civil) y de las normas jurídicas (art. 3 y 4 del mismo texto legal), dado el carácter paccionado con eficacia normativa del Convenio (Sentencias del Tribunal Supremo de 24 de enero de 2000 y 10 de junio de 2003); debe partirse del art. 34.1 del ET que dispone que: "La duración de la jornada de trabajo será la pactada en los convenios colectivos o contratos de trabajo".

Para una recta comprensión de la cuestión debatida procede la transcripción de los preceptos del Convenio Colectivo:

El art. 32, bajo el epígrafe "permisos y licencias", señala que: "Artículo 32 "Permisos y licencias. El trabajador/a, previo aviso de siete días de antelación salvo excepción y con el requisito de la sola justificación documental tendrá derecho a ausentarse del trabajo, con derecho a remuneración, por alguno de los siguientes motivos y por el tiempo siguiente:

(...)

c) Dos días hábiles por nacimiento de hijos o enfermedad grave o fallecimiento de parientes, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, y se incrementaría un día



por cada 300 kilómetros de ida y vuelta. Excepto para el archipiélago canario, balear y extranjero que se computará por desplazamiento y no por kilómetros, que será un día para la ida y un día para la vuelta.

(...)

h) Dos días de libre disposición para el trabajador/a por cada año de vigencia del convenio. Sin derecho a remuneración y por el tiempo indispensable, podrá hacerlo también en el caso de realización de otro tipo de exámenes (...)".

El art. 21 dispone "Jornada laboral ordinaria y jornadas especiales. A.-) Jornada laboral ordinaria: La jornada ordinaria de trabajo para el personal que no sea de movimiento será de cuarenta horas de trabajo a la semana o la legal que en cada momento exista.

La jornada de trabajo para el personal de movimiento será de 1800 horas/año de trabajo efectivo. En todos los casos se computará como ciento sesenta horas cuatrisemanales de trabajo efectivo más cuarenta horas de presencia".

La cuestión que se debate consiste en determinar si los dos días anuales de permiso por asuntos propios que los trabajadores tienen derecho a disfrutar, de conformidad con lo dispuesto en el art. 32 g) del Convenio Colectivo deben ser recuperados para completar la jornada de 1.800 horas anuales que establece el art. 21 del citado Convenio.

Cuestión que, a primera vista, se asemeja a la ahora debatida ha sido resuelta por esta Sala, que viene manteniendo al respecto una homogénea doctrina, pudiendo citar al respecto las sentencias de 29 de mayo de 2007, recurso 113/2006; 14 de marzo de 2011, recurso 125/2010 y 26 de septiembre de 2011, recurso 744/2011.

En la primera de las Sentencias citadas se contiene el siguiente razonamiento: "Los permisos por asuntos propio son, desde luego, tiempo de libre disposición del trabajador y no pueden considerarse trabajo efectivo. Son de libre disposición, porque sólo la voluntad del trabajador determina su disfrute, aunque por razones de organizativas obvias se prevé que las fechas de disfruten se "acuerden con los respectivos mandos". No es tiempo de trabajo efectivo, porque precisamente durante el permiso se interrumpe la obligación de prestar trabajo y además el trabajador, como dice el artículo 34.5 del Estatuto de los Trabajadores, no se encuentra en su puesto de trabajo, ni cumplimiento sus funciones laborales. Pero estas conclusiones son irrelevantes a efectos problema que nos ocupa, porque tampoco es tiempo de trabajo efectivo el invertido en los restantes permisos y no se recuperan. El argumento decisivo a efectos de la recuperación es el de la contradicción entre la jornada convencional de 1766 horas del artículo 26 del convenio y el efecto de recuperación del permiso por asuntos propios. Las partes no han sido muy precisas a la hora de determinar el cómputo de las 1766 horas y concretamente no han establecido si para llegar a esa cifra se han deducido o no los días de permiso por asuntos propios. Pero la pretensión ejercitada se funda en que la empresa exige la recuperación de esos días y así se recoge también en el hecho probado 3º de la sentencia recurrida que dice que: "en atención a que la empresa considera, que esos días no han sido efectivamente



trabajados impone su recuperación a fin de alcanzar la jornada de 1766 horas anuales de trabajo efectivo". Pues bien, si los días han de recuperarse para cumplir la jornada, hay que llegar a la conclusión de que, pese al carácter previsible se su disfrute general, estos días no se han deducido a efectos de la fijación de la jornada máxima convencional. Pero llegados a este punto hay que resolver una eventual contradicción entre la aplicación de la jornada de 1766 horas y el efecto sobre ésta de los permisos por asuntos propios; contradicción que, como va se ha dicho, determina que si el permiso se disfruta sin recuperación la jornada no sea con carácter general de 1.766 horas, sino la que resulta de restar a esta cifra las horas de permiso. Esta contradicción no se produciría si los permisos hubiesen sido deducidos de la jornada, con lo que no habría desfase ni recuperación. La aparente contradicción obliga a decidir si, a efectos de la recuperación, debe prevalecer la norma sobre la jornada o la norma sobre los permisos, pues éstos se regulan en el artículo 31 conjuntamente con los permisos aleatorios, y para ninguno de los dos tipos de los permisos está prevista la recuperación. Los criterios hermenéuticos de los artículos 1281 a 1289 del Código Civil llevan a afirmar la prevalencia de la regla sobre la jornada. En primer lugar, porque la aplicación de ésta en sus propios términos parece más adecuada a la intención de los contratantes (artículo 1281 del Código Civil), pues en caso de haber pretendido que los días de permiso por asuntos propios no fueran recuperables los contratantes habrían realizado las correspondientes deducciones en la jornada de forma que no fuese preciso recuperar esos días para cumplirla. Esta intención también se deduce de los actos posteriores de las partes del convenio (artículo 1282 del Código Civil), dada la posición adoptada por los sindicatos UGT y CCOO en el seno de la Comisión

Paritaria y su actitud a lo largo de este conflicto. En segundo lugar, el criterio de la eficacia del artículo 1284 del Código Civil lleva a la misma conclusión, pues el mantenimiento de la regla sobre la jornada es compatible con la subsistencia de los permisos en régimen de recuperación, lo que no sucede en el caso contrario: la jornada de 1766 horas no se aplica si los permisos por asuntos propios no son recuperables. Por último, el criterio del respeto a la mayor reciprocidad de los intereses en conflicto -artículo 1289 del Código Civil- también actúa en la misma dirección, pues la recuperación permite conciliar el interés de los trabajadores en obtener más días de libre disposición y el interés de la empresa en que con carácter general se cumpla la jornada pactada".

Convenio Colectivo que regula las relaciones laborales de los hoy actores no se diferencia entre permisos retribuidos y no retribuidos -salvo el último apartado h) "(...) Sin derecho a remuneración y por el tiempo indispensable, podrá hacerlo también en el caso de realización de otro tipo de exámenes (...)". Si los negociadores del Convenio hubieran entendido que los dos días de libre disposición, contemplados en el art. 32.h) recuperables, los habrían incluido artículo referido a permisos no retribuidos o hubieran hecho constar expresamente dicha circunstancia (como se ha hecho para el caso "(...) de realización de otro tipo de exámenes (...) y no en el art. 32 que regula nueve supuestos, bajo el epígrafe de "permisos y licencias", de los que, sin ninguna duda, tienen el carácter de retribuidos (por matrimonio y parejas registro público; matrimonio de padres, en el hermanos e hijos; nacimiento de hijos o enfermedad grave o



fallecimiento de parientes, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad; traslado de domicilio habitual; el tiempo necesario para concurrir a los cursos de formación y promoción que la empresa establezca o relacionado con la cualificación necesaria para el ejercicio de la actividad; cumplimiento de deberes públicos; conductores para la renovación del permiso de conducir; Un día por el tiempo indispensable para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto que deban realizarse dentro de la jornada de trabajo...

Por lo tanto, una interpretación sistemática del precepto lleva a la conclusión de que los dos días de libre disposición son días de permiso retribuido, computando como jornada efectivamente trabajada, a los efectos de determinar el cumplimiento de la jornada máxima anual fijada en Convenio, por lo que no procede su descuento a los efectos que nos ocupan.

C) En cuanto al descuento de las 2 horas diarias que utilizan los trabajadores para comer y cenar.

El art. 21 del Convenio Colectivo de paliación define el tiempo de trabajo efectivo: aquel en el que el trabajador/a se encuentre a disposición del empresario o en el ejercicio de su actividad, realizando las funciones propias de la conducción del vehículo o medio de transporte u otros trabajos durante el tiempo de circulación de los mismos, o trabajos auxiliares que se efectúen en relación con el vehículo o medio de transporte, sus pasajeros o su carga; y el tiempo de presencia: aquel en el que el trabajador/a se encuentre a disposición del empresario sin prestar trabajo efectivo, por razones de espera, expectativas, servicios de guardia, viajes sin servicio, averías, comidas en ruta u otras similares.

No hay norma convencional que regule expresamente el tiempo de bocadillo. Si ni el Convenio Colectivo ni el contrato de trabajo reconocen expresamente el carácter de tiempo efectivo del tiempo de bocadillo, se debe entender que no es computable dicho tiempo como tiempo efectivamente trabajado (TSJ Murcia 21-2-00, EDJ 1912) y que la retribución del descanso no supone que se considere como tiempo de trabajo efectivo; este aspecto se tiene que pactar expresamente (TS 18-7-94, EDJ 11734; 21-10-94, EDJ 24169; 6-3-00, EDJ 2805). A falta de regulación expresa en el Convenio se aplica el art. 34.4 del ET y solo se considerará tiempo de trabajo efectivo si así se establece en Convenio Colectivo o contrato de trabajo, lo que no es el caso.



D) Valor hora extraordinaria de cada trabajador. El art. 15 del Convenio Colectivo dispone "Horas extraordinarias. Tendrán tal consideración las horas de trabajo efectivo que superen la jornada ordinaria y se abonarán con un recargo del 75 por 100 sobre el precio que resulta para la hora ordinaria o de presencia de la aplicación de la fórmula que a continuación se expresa. El valor de la hora ordinaria será según la siguiente fórmula: salario base más antigüedad por 14 más pluses por 12 dividido por 1800".

Por la parte actora se hace un cálculo del valor de la hora ordinaria pariendo del importe de salario anual, excluyendo el plus de transporte y dividiendo el resultado entre la jornada máxima anual (1800 horas) y a ese valor le aplica el 75% para determinar el valor de la hora extraordinaria. Sin embargo, es acertado el cálculo del valor de la hora extraordinaria que realiza la parte demandada, que se compadece con el tenor literal del art. 15 del Convenio de

aplicación, resultando para 17,29 \in ; 16,45 \in ; 19,95 \in ; 19,95 \in ; 19,95 \in ; 19,95 \in ; 16,45 \in ; 19,95 \in ; 19,95 \in ; 16,45 \in ; 16,45 \in (Hecho Probado Quinto).

E) En aplicación de todo lo anterior, se adeuda a cada trabajador en concepto de horas extraordinarias (cantidades brutas), en caso de estimación de la demanda:

TRABAJADOR	HORAS ANUALES REALIZADAS	HORAS EXTRAORDINARIAS	VALOR HORA EXTRAORDINARIA	TOTAL
	1804	4	17,29 €	69,16 €
	1902	102	16,45 €	1.677,90 €
	1716	0	19,95 €	0,00 €
	2002	202	19,95 €	4.029,90 €
	2002	202	19,95 €	4.029,90 €
	1716	0	16,45 E	0,00 €
	1892	92	19,95 €	1.835,40 €
	2002	202	16,45 €	3.322,90 €

SEXTO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 29.3 del Estatuto de los Trabajadores será de aplicación a las cantidades reconocidas en el Fundamento de Derecho Segundo de la presente resolución un interés del 10 % en concepto de mora.

SÉPTIMO.— El Fondo de Garantía Salarial responderá de conformidad con lo dispuesto en el artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores y siempre dentro de los límites establecidos en el mencionado precepto.

Vistos los preceptos legales citados, sus concordantes y demás de general y pertinente aplicación,



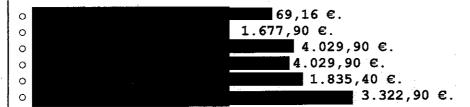
FALLO

Que ESTIMANDO PARCIALMENTE la demanda interpuesta por

frente a

la mercantil JOSE MARÍA SAN ROMÁN GÓMEZ-MENOR, S.L., habiéndose citado al FOGASA que no comparece:

- DEBO CONDENAR Y CONDENO a la mercantil JOSE MARÍA SAN ROMÁN GÓMEZ-MENOR, S.L. a abonar, en concepto de horas extraordinarias (cantidades brutas), a:



- Incrementándose estas cantidades en un 10 % en concepto de intereses moratorios.
- Declarando la responsabilidad del Fondo de Garantía Salarial dentro de los límites establecidos en el artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores.

- Que debo **DESESTIMAR la demanda presentada por**contra JOSE
MARÍA SAN ROMÁN GÓMEZ-MENOR, S.L., **absolviéndola de las**pretensiones ejercitadas en su contra por estos actores.

Notifíquese esta Sentencia a las partes a las que se advierte que no es firme, ya que contra la misma cabe interponer RECURSO DE SUPLICACION para ante la SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CASTILLA-LA MANCHA, debiendo en su caso, anunciar el propósito de hacerlo dentro de los CINCO DÍAS siguientes a la notificación de la misma, por conducto de este Juzgado, bastando para ello la mera manifestación de la parte o de su abogado o representante al hacerle la notificación de la sentencia, de su propósito de entablar el recurso, pudiendo también anunciarse el recurso por comparecencia o por escrito de las partes o de su abogado o representante ante este Juzgado y en el indicado plazo.

Así lo acuerda, manda y firma, Juez del Juzgado de lo Social nº 2 de Toledo.