



Roj: **STS 2915/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:2915**

Id Cendoj: **28079140012018100664**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **09/07/2018**

Nº de Recurso: **218/2016**

Nº de Resolución: **723/2018**

Procedimiento: **Auto de aclaración**

Ponente: **JESUS GULLON RODRIGUEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 1801/2016,**
STS 2915/2018

CASACION núm.: 218/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Jesus Gullon Rodriguez

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Santiago Rivera Jiménez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 723/2018

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Jesus Gullon Rodriguez, presidente

D. Luis Fernando de Castro Fernandez

D^a. Rosa Maria Viroles Piñol

D^a. Maria Lourdes Arastey Sahun

D. Antonio V. Sempere Navarro

En Madrid, a 9 de julio de 2018.

Esta Sala ha visto el recurso de casación interpuesto por el letrado D. José Manuel Castaño Holgado, en nombre y representación de Unión Sindical Obrera (USO) y por la procuradora D^a Carmen García Martín, en nombre y representación de la Confederación Intersindical Galega (CIG), contra la sentencia de 23 de mayo de 2016 dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, en el procedimiento núm. 95/2016 seguido a instancia de USO contra CIG, UGT, STR, CC.OO. y Repsol Petróleo, S.A. sobre conflicto colectivo.

Ha comparecido en concepto de parte recurrida Repsol Petróleo, S.A. representada por el letrado D. Juan Antonio Linares Polaino.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Jesus Gullon Rodriguez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la representación de Unión Sindical Obrera se presentó demanda sobre conflicto colectivo de la que conoció la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminaba suplicando se dicte sentencia por la que se declare: «El derecho



de todos los trabajadores a turnos, de producción y servicios técnicos, a ser considerados nocturnos, dado que los días de disponibilidad provocan que al menos un tercio de su jornada se realice en horario nocturno.».

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, tuvo lugar el acto del juicio, en el que la parte actora se ratificó en la misma adhiriéndose la Confederación Intersindical Galega (CIG) y oponiéndose la demandada Repsol, según consta en acta. Recibido el juicio a prueba, se practicaron las propuestas por las partes y declaradas pertinentes.

TERCERO.- El día 23 de mayo de 2016, la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «Que desestimado la demanda deducida por USO, a la que se ha adherido CIG, frente a REPSOL PETRÓLEO S.A sobre conflicto colectivo, absolvemos a la demandada de los pedimentos frente a ella ejercitados.».

En la anterior sentencia se declararon probados los siguientes hechos: « **Primero.-** El día 23 de mayo de 2.011 el TS dictó sentencia en la que estimando el recurso de casación interpuesto contra la SAN de 26-5-2.010 declaró que los trabajadores de la demandada de producción y servicios sometidos a régimen de turnos debían ser considerados trabajadores nocturnos.- A dichos trabajadores se les aplicaba el VIII Convenio colectivo de Repsol Petróleo, publicado en el BOE de 23-10-2.009. - conforme-.- **Segundo.-** En fecha 26 de mayo de 2015, por Resolución de la Dirección General de Trabajo se procedió a la inscripción y publicación del texto del X Convenio Colectivo de Repsol Petróleo, S.A., suscrito, en fecha 23 de abril de 2015, de una parte por las Secciones Sindicales de CC.OO. y S.T.R., y de otra parte, por la Dirección de la Empresa (B.O.E. nº 139, de 11 de Junio de 2015).- Dicha norma regula en el apartado 2 de su art. 33 el régimen de tiempo de trabajo de los trabajadores a turno, lo cuales han de trabajar un promedio anual de 211 jornadas, de las cuales 187 son de trabajo y 24 de disponibilidad, distinguiéndose en las de trabajo entre las de turno rotativo y las de formación. -conforme-.- **Tercero.-** En el año 2.014 la empresa disponía de un total de 36.475 días de disponibilidad en los 4 centros de trabajo afectados por el Convenio, de los que fueron efectivamente trabajados un total de 12.706, de los que 5.723 se correspondieron a turno de mañana, 3.576 a turno de tarde y 3.457 en turnos de noche.- descriptor y testifical practicada a instancias de la empresa.- **Cuarto.-** Se aportan por parte de USO, diversos ejemplos de jornadas de trabajo desempeñadas por 7 trabajadores en los que consta que han una cantidad superior a un tercio de sus jornadas de trabajo efectivo en horario nocturno, no computando como tal los días de disponibilidad que no fueron llamados a trabajar -descriptor 64- .- **Quinto.-** Uso ha planteado cuestión relativa a que si los trabajadores que prestan servicios en régimen de turno rotatorio han de ser considerados trabajadores nocturnos a la Comisión de Garantía del Convenio y a la Comisión de Seguimiento del VII Acuerdo Marco, para que dictasen informes al respecto, en fechas 15 de enero de 2016 y 3 de febrero de 2016. - descriptores 33 y 34.- **Sexto.-** Intentada que fue mediación ante el SIMA se suscribió entre las partes Acta de desacuerdo el día 9-3-2.016 -descriptor 2-».

CUARTO.- Por la representación de Unión Sindical Obrera, se formaliza recurso de casación contra la anterior sentencia, en el que se formula un único motivo al amparo del art. 207 e) de la LRJS , por infracción de los arts. 35 y 37 de la CE , arts. 34 y 36 del ET y art. 33.2.4 del X Convenio Colectivo de Repsol Petróleo .

Y por las representación de la Confederación Intersindical Galega se formaliza el recurso, formulando los siguientes motivos: 1º) Al amparo del art. 207 d) de la LRJS , por error en la apreciación de la prueba y 2º) Al amparo del art. 207 e) LRJS , por infracción del art. 36.1 ET y subsidiariamente en infracción de la Directiva 93/104/CE, arts. 2.1 y 4b, en relación con el art. 36.1 ET .

QUINTO.- Personada la parte recurrida y evacuado el trámite de impugnación, se emitió el preceptivo informe del Ministerio Fiscal en el sentido de considerar los recursos improcedentes, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 27 de junio de 2018, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Debemos resolver en el presente conflicto colectivo la cuestión referida a la naturaleza de la jornada que se regula en el X Convenio de Repsol Petróleo S.A. para el personal que presta servicios en régimen de turnos en producción y servicios técnicos, y en particular si la misma cabe conceptuarla como nocturna, para lo que habrá de analizarse si, en términos de normalidad, una parte de la misma no inferior a un tercio se efectúa en cómputo anual en turnos de noche.

En la demanda planteada por el sindicato USO, a la que se adhirió CIG, se solicitaba de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional una sentencia en la que se declarase "El derecho de todos los trabajadores a turnos, de producción y servicios técnicos, a ser considerados nocturnos, dado que los días de disponibilidad provocan que al menos un tercio de su jornada se realice en horario nocturno".



La sentencia de dicha Sala de lo Social de fecha 23 de mayo de 2016 , partiendo de los hechos probados que se han transcrito en otra parte de esta resolución, desestimó la demanda y absolvió a los demandados de las pretensiones deducidas en su contra.

Para llegar a tal conclusión, la sentencia parte de la realidad de que en la empresa, tal y como se desprende del Convenio, la jornada de trabajo para los empleados sujetos a turnos rotativos es de 211 jornadas de las que 182 se corresponden con desempeño efectivo, 5 son formativas y las 24 restantes lo son de disponibilidad.

Sobre ese dato se añade que todas esas jornadas anuales son consideradas como de trabajo efectivo, incluidas las que se desempeñan durante las jornadas de disponibilidad aunque en ellas no se haya llevado a cabo trabajo efectivo, porque a pesar de ello se tienen por realizadas, tal y como se desprende del art. 33 del Convenio.

Además, se explica en la sentencia recurrida, «... tanto el trabajo desarrollado como desempeño efectivo, como en los llamamientos en régimen de disponibilidad- donde se sigue la continuidad de un turno se tiende a que haya un tercio de jornadas de mañana tarde y noche, si bien el número de estas últimas siempre, en una situación normal será inferior a un tercio de la jornada anual dado que las jornadas formativas deben desarrollarse en turno de mañana o tarde. De ahí que, y únicamente a la vista de las previsiones del Convenio, debemos concluir que la regulación del mismo está efectuada para que en términos de la normalidad que refiere la STS de 23-5-2.011 , el número de jornadas nocturnas sea inferior a un tercio».

Finalmente, la sentencia recurrida cierra sus razonamientos para desvanecer la remota posibilidad -dice literalmente- de que un trabajador concreto llegue a desempeñar más de un tercio de su jornada de trabajo en horario nocturno porque «... en el ejercicio inmediato anterior a la suscripción del Convenio, únicamente fueron de efectivo desempeño poco más de un tercio de las jornadas de disponibilidad, lo que implica que durante las no utilizadas, que computan como jornadas de trabajo, no hubo efectivo trabajo en horario nocturno. Dicho lo anterior, debemos añadir que si se han de considerarse como jornadas de trabajo, las jornadas de disponibilidad, que no se materializaron como de desempeño efectivo, ninguno de los trabajadores cuyos horarios se han aportado trabajó en el año 2015 más de un tercio de las jornadas en horario nocturno, lo que implica que el sindicato actor no ha acreditado si quiera la existencia de un solo trabajador que con arreglo al Convenio en vigor merezca la condición de trabajador nocturno».

SEGUNDO.- Frente a la anterior sentencia han planteado recurso de casación los dos sindicatos situados en la posición demandante. El recurso de USO contiene un solo motivo e infracción procesal, construido al amparo de la letra e) del art. 207 LRJS , por infracción de los arts. 35 y 37 CE , 34 y 36 ET , 33.2.4 del X Convenio de la empresa y la doctrina la STS de 23 de mayo de 2011 .

El recurso de CIG se basa en dos motivos; el primero sustanciado al amparo del art. 207 d) LRJS para la modificación de los hechos primero y segundo de la sentencia recurrida, para que se incluya en ellos el tenor literal de la STS de 23 de mayo de 2011 (rec. 126/2010) y el art. 33 del Convenio; el segundo, por infracción jurídica - art. 207 e) LRJS - por vulneración en la sentencia recurrida de lo dispuesto en el art. 36.1 ET y la doctrina la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, contenida en las SSTs de 23/05/2011 y 10/12/2004 . Subsidiariamente por infracción de la Directiva 93/104/CE del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, arts. 2.1 y 4 b), en relación con el art. 36.1 ET .

Para un mayor orden en la resolución de ambos recursos, se comenzará por el análisis del motivo planteado por CIG al amparo del art. 207 d) LRJS para la modificación o ampliación de los hechos probados de la sentencia recurrida, que desde ahora anticipamos que va a ser desestimado, por las siguientes razones:

a) Nada puede aportar a la decisión que aquí haya de adoptarse la incorporación a los hechos probados de los términos de una o varias sentencias de esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que por su propia naturaleza y origen no son documentos a los efectos de integrar convicciones judiciales que accedan a los hechos probados que se pretenden revisar, que también por su naturaleza y origen siempre se tienen presentes por la Sala, y además en este caso se transcribe lo más esencial de la STS de 23/05/2011 en el Fundamento tercero de la sentencia recurrida.

b) Por la misma razón no ha de incorporarse a los hechos probados la redacción completa del art. 33 del Convenio, porque se trata de una norma convencional que figura publicada en el BOE nº 139, de 11 de junio de 2015, y que como tal ha de ser tenida en cuenta por los tribunales, no como un hecho en el sentido procesal del precepto, esto es, como una convicción del juzgador extraída del análisis y valoración de la prueba, sino como norma jurídica de obligado cumplimiento.

TERCERO.- 1.- Los motivos de los dos sindicatos recurrentes vinculados al art, 207 e) LRJS por infracción jurídica van a ser examinados conjuntamente, porque en ambos casos se imputa a la sentencia recurrida la



infracción de los preceptos antes enunciados, que en esencia nacen de lo dispuesto en el art. 36.1 ET en relación con el art. 33 del Convenio de la empresa.

También en ambos recursos se parte del contenido de la STS de 23/05/2011 (rec.126/2010), en la que se acoge la doctrina anterior de la STS de 10/12/2004 (rec. 63/2004), y que se refería específicamente a la interpretación que de los turnos que formaban la jornada en cómputo anual se hacía en el anterior VIII Convenio, situación en la que a la vista del hecho probado cuarto de la sentencia de instancia, esta Sala de lo Social llegó a la siguiente conclusión:

«Dado el horario rotatorio de trabajo que consta en el antecedente de hecho Cuarto, hecho probado 1º, de esta sentencia, resulta absolutamente evidente que, para los trabajadores sometidos a esos turnos rotatorios, se prevé que un tercio de su jornada anual se desarrolle en horario nocturno. Se trata del llamado "turno europeo", en aplicación del cual cada 35 días los trabajadores están 7 días en el turno de día, 7 días en el de tarde y 7 días en el de noche, más 14 días de descanso intercalados. O bien, en un período de 18 días, trabajan 4 en el turno de mañana, 4 en el de tarde y 4 en el de noche, más 6 días de descanso intercalados. Por eso resulta poco comprensible que, a continuación de tal hecho probado, la sentencia recurrida afirme que no se ha acreditado "que la jornada anual, realizada en dichos centros, se desempeñe en horario nocturno en al menos un tercio de la jornada anual". Con ello parece querer darse a entender que, aunque el horario establecido sea el que se ha indicado, cada trabajador tendría que acreditar, concretamente, cuantas horas nocturnas ha hecho en un año determinado. Pero, como hemos visto, lo que el artículo 36.1, párrafo tercero del ET exige para otorgar la consideración de "trabajador nocturno" es que "se prevea que puede realizar en tal período" nocturno una parte no inferior a un tercio de su jornada anual, aunque, por diversas razones, la concreta realización de horas nocturnas pueda ser algo inferior o algo superior a ese tercio, lo cual no ha sido objeto de prueba en el proceso ni tiene por qué serlo».

La doctrina que contiene esa STS es la que se venía manteniendo por esta Sala en resoluciones anteriores que interpretaban el número 1 del art. 36 ET , con arreglo a la que en análisis de la nocturnidad en el sistema de trabajo de la empresa supone llevar a cabo el análisis que ha de operar sobre un supuesto de normalidad en el desarrollo del trabajo, lo que en aquél caso supuso el resultado aplicativo que se proyectó allí sobre una concreta distribución de la jornada anual en la empresa, que precisamente fue sustituida por el art. 33 del X Convenio, que es el que hoy hemos de aplicar e interpretar, y del que, tal y como razona la sentencia recurrida, en modo alguno cabe decir que contenga una distribución de la jornada que en cómputo anual resulte .

Sin embargo, la situación actual resulta diferente puesto que de los términos del art. 33 del Convenio y la programación del tiempo de trabajo que contiene en modo alguno cabe prever o deducir que se llevará a cabo en periodo legalmente nocturno, puesto que no se desprende que ese tiempo sea igual o superior a un tercio de la jornada total.

2.- Tal y como se regula en el art. 33.4 del Convenio, la distribución de los cuadrantes de trabajo es la siguiente:

«En promedio anual se establecerán 211 jornadas: 187 días de trabajo (182 de desempeño efectivo del puesto en jornadas rotativas de mañana/tarde/noche y 5 de formación en jornadas de mañana o tarde) y 24 jornadas de disponibilidad. Dichos cuadrantes abarcarán un periodo de 54 semanas distribuidos en 9 ciclos de 42 días, los cuales se agrupan en 3 periodos de 126 días, existiendo en cada uno de los 3 periodos una semana de 7 días consecutivos de disponibilidad. A efectos ilustrativos, se adjunta cuadrante tipo en el Anexo 7. La secuencia por ciclo será la siguiente: 2 mañanas, 2 tardes, 3 noches, 2 descansos. 2 mañanas, 3 tardes, 2 noches, 2 descansos. 3 mañanas, 2 tardes, 2 noches, 10 descansos, 7 jornadas de disponibilidad. La formación a que se hace referencia los párrafos anteriores se programará dentro de cuadrante en las semanas definidas como de disponibilidad».

Del análisis de esa distribución del tiempo de trabajo cabe deducir que para que pudiera considerarse tiempo nocturno de trabajo el regulado en esa forma, de esas 211 jornadas de trabajo, al menos un tercio, 67, deberían corresponder al turno de noche, pero tal conclusión en absoluto se desprende del sistema de trabajo, porque a las jornadas efectivas de trabajo, que son 182, se añaden 5 con el carácter de formativas -que necesaria y únicamente se desempeñan en turno de mañana o tarde, nunca de noche- y 24 de disponibilidad.

En torno a éstas es sobre la que los demandantes pretenden que se diga que con carácter de normalidad pueden formar parte de la jornada previsible ordinaria nocturna y que sumadas a las 182 y divididas por los tres turnos rebasan la tercera parte de las jornadas, pero ello, como acertadamente razona la sentencia recurrida, en absoluto es así, porque en términos de normalidad nunca se producirá ese resultado.

Y ello es así porque, en primer lugar, las cinco jornadas formativas siempre son en turno de mañana o tarde, y en segundo término, también en términos de normalidad, en el desarrollo de los cuadrantes se contienen diversas previsiones que conducen a ese resultado que excluye el concepto de nocturnidad de la jornada anual.



En primer lugar porque en ese régimen de normalidad no se completan ordinariamente las 24 jornadas de disponibilidad (en el tiempo anterior a la suscripción del Convenio sólo se llevaron a cabo como de efectivo desempeño un tercio) a las que en todo caso y aunque no se hayan realizado, se les atribuye la condición de tiempo de trabajo efectivo; así se dice en el número 10 del art. 33 del Convenio, en el que desde la expresión "ajuste de jornada" se pacta «Al final de cada año se realizará el ajuste de jornada de los días de disponibilidad. Si la presencia real del empleado hubiera sido inferior a la jornada anual pactada en convenio se dará esta por realizada. Si por el contrario hubiera sido superior se programarán los descansos equivalentes al exceso de jornada realizado, dentro los cuatro primeros meses del año siguiente».

Por otra parte, en los llamamientos de disponibilidad se lleva un orden de llamada al personal en situación de disponibilidad, estableciéndose el mismo que éste se efectuará «... en función del número de disponibilidades realizadas en el año, de tal forma que el primero en ser llamado será el que menos disponibilidades haya efectuado. El trabajador que inicie una cobertura permanecerá en ella hasta el final de sus días de disponibilidad dentro de la semana. Las coberturas se efectuarán teniendo siempre en cuenta que lo planificado es prioritario frente a la incidencia sobrevenida», (punto 8 del art. 33), lo que puesto en relación con la distribución de los turnos en los cuadrantes antes reseñada, significa que en situación de normalidad no se efectuarán todas las jornadas de disponibilidad, ni tampoco éstas lo serán de manera significativa a los efectos de la demanda en turno de noche, puesto que la vinculación o la continuidad con el turno de la persona sustituida así lo impone.

Corroborar esa interpretación del precepto la afirmación que se contiene en la sentencia recurrida a manera de cierre, desde el momento en que, partiendo de las premisas anteriores, en las situaciones concretas aportadas documentalmente y en lo que se refiere al año 2015, ninguno de los trabajadores seleccionados llevó a cabo un tercio o más de su jornada anual en horario nocturno.

Nada diferente cabe afirmar a la hora de resolver el presente conflicto si se analiza éste desde las previsiones del art. 2 de la Directiva 93/104, que en el recurso de CIG se afirma han sido infringidas por la sentencia recurrida. En el art. 2.4 se regula el alcance del concepto de trabajo nocturno, y se dice que a efectos de la Directiva, se entenderá como 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», previsión equivalente a la que se lleva a cabo el art. 34.5 ET. Por otra parte, en el punto 4.b) de ese mismo artículo 2 de la Directiva se define el trabajo nocturno como el que el trabajador «pueda realizar durante el período nocturno determinada parte de su tiempo de trabajo anual, definida a elección del Estado miembro de que se trate: i) por la legislación nacional, previa consulta a los interlocutores sociales, o ii) por convenios colectivos o acuerdos celebrados entre interlocutores sociales a nivel nacional o regional».

En nuestro derecho el concepto de trabajo nocturno se regula en el número 1 del art. 36 ET, y al mismo se han atendido tanto el Convenio como la sentencia recurrida a la hora de resolver el pleito, sin que nada diferente aporte la Directiva al respecto en relación con el tiempo de trabajo computable o con su condición de nocturno.

CUARTO.- De lo razonado hasta ahora se desprende que ninguna de las infracciones jurídicas denunciadas se aprecia en la sentencia recurrida, lo que ha de conducir, tal y como propone el Ministerio Fiscal en su informe, a la desestimación de los recursos de casación planteados frente a aquélla, sin que haya lugar a la imposición de costas, tal y como establece el art. 235.2 LRJS.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

:

1º) Desestimar el recurso de casación interpuesto por el letrado D. José Manuel Castaño Holgado, en nombre y representación de Unión Sindical Obrera (USO) y por la procuradora D^a Carmen García Martín, en nombre y representación de la Confederación Intersindical Galega (CIG).

2º) Confirmar la sentencia recurrida de 23 de mayo de 2016 dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, en el procedimiento núm. 95/2016 seguido a instancia de USO contra CIG, UGT, STR, CC.OO. y Repsol Petróleo, S.A. sobre conflicto colectivo.

3º) No ha lugar a la imposición de costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.