



Roj: **STS 2469/2006 - ECLI:ES:TS:2006:2469**

Id Cendoj: **28079140012006100284**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **22/02/2006**

Nº de Recurso: **3665/2004**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **MILAGROS CALVO IBARLUCEA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintidós de Febrero de dos mil seis.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala, en virtud del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la letrado D^a TERESA BLASI GACHO apoderada del SINDICATO AGRUPACIÓ DE METGES I INFERMERES DE CATALUNYA actuando en nombre y representación de D. Fermín , D. Simón , D^a María Teresa , D. Alonso y D. José contra la sentencia de fecha 7 de abril de 2004 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en recurso de suplicación nº 3222/2003 , formulado contra la sentencia de fecha 27 de noviembre de 2002, dictada por el Juzgado de lo Social núm. Uno de Gerona, en autos nº 324/2002 seguidos a instancia de la letrado D^a TERESA BLASI GACHO apoderada del SINDICATO AGRUPACIÓ DE METGES I INFERMERES DE CATALUNYA actuando en nombre y representación de D. Fermín , D. Simón , D^a María Teresa , D. Alonso y D. José frente a HOSPITAL DE SANTA CATERINA sobre DERECHO Y CANTIDAD.

Ha comparecido en concepto de recurrido el Procurador D. CARMELO OLMOS GÓMEZ actuando en nombre y representación de INSTITUT D'ASSISTÈNCIA SANITÀRIA. Es Magistrada Ponente la Excm. Sra. D^a. MARÍA MILAGROS CALVO IBARLUCEA

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 27 de noviembre de 2002 el Juzgado de lo Social nº Uno de Gerona dictó sentencia en la que se declararon probados los siguientes hechos: "1º) Los actores vienen todos ellos prestando servicios por cuenta de la demandada en el centro de trabajo Hospital Santa Caterina de Girona con la categoría de médicos adjuntos, realizando una jornada de 1.732 horas ordinarias anuales más horas de guardia. 2º) La jornada de los actores en cómputo anual es de 1.732 horas ordinarias, a las que se añaden las horas de guardia. La jornada de trabajo de cuarenta y ocho horas semanales en cómputo anual asciende a 2.290 horas. 3º) D. Fermín ha realizado en el año 2000 un total de 2.710 horas, de las que 1.732 corresponden a horas ordinarias y 978 a horas de guardia, excediendo del cómputo de las 2.290 horas un total de 420 horas. De las horas trabajadas en el año 2000, el actor realizó en el mes de diciembre un total de 215,45 horas, de las que 157,45 corresponden a ordinarias y 58 a horas de guardia, y de éstas 7,27 a exceso de horas sobre el cómputo anual de la jornada de 2.290 horas. Por su parte, la retribución que corresponde al actor por horas ordinarias de trabajo asciende a 4.603 ptas. y por hora de guardia a 1.678 ptas. En el año 2001 ha realizado un total de 2.738 horas, de las que 1.732 corresponden a horas ordinarias y 1.006 a horas de guardia, y de éstas 448 a exceso de horas sobre el cómputo anual de la jornada de 2.290 horas. La retribución de la hora ordinaria asciende a 4.603 ptas., y la hora de guardia a 1.678 ptas. 4º) D. Simón ha realizado en el año 2000 un total de 1.813 horas, de las que 1.465 corresponden a horas ordinarias y 348 a horas de guardia. De las horas trabajadas en el año 2000, el actor realizó en el mes de diciembre un total de 230,95 horas, de las que 157,45 corresponden a ordinarias y 73 a horas de guardia, y de éstas 22,77 a exceso de horas sobre el cómputo anual de la jornada de 2.290 horas. Por su parte, la retribución que corresponde al actor por horas ordinarias de trabajo asciende a 4.866 ptas, y por hora de guardia a 1.884 ptas. En el año 2001 ha realizado un total de 2.095 horas, de las que 1.732



corresponden a horas ordinarias y 363 a horas de guardia. La retribución de la hora ordinaria asciende a 4.866 ptas. y la hora de guardia a 1.938 ptas. 5º) Dª María Teresa ha realizado en el año 2000 un total de 2.567 horas, de las que 1.732 corresponden a horas ordinarias y 835 a horas de guardia, excediendo del cómputo de las 2.290 horas un total de 277 horas. De las horas trabajadas en el año 2000, la actora realizó en el mes de diciembre un total de 256,45 horas, de las que 157,45 corresponden a ordinarias y 99 a horas de guardia, y de éstas 48,27 a exceso de horas sobre el cómputo anual de la jornada de 2.290 horas. Por su parte, la retribución que corresponde a la actora por horas ordinarias de trabajo asciende a 3.541 ptas. y por hora de guardia a 1.809 ptas. En el año 2001 ha realizado un total de 2.800 horas, de las que 1.732 corresponden a horas ordinarias y 1.068 a horas de guardia, y de éstas 510 a exceso de horas sobre el cómputo anual de la jornada de 2.290 horas. La retribución de la hora ordinaria asciende a 3.541 ptas. y la hora de guardia a 1.605 ptas. 6º) D. Alonso ha realizado en el año 2000 un total de 2.697 horas, de las que 1.732 corresponden a horas ordinarias y 965 a horas de guardia, excediendo del cómputo de las 2.290 horas un total de 407 horas. De las horas trabajadas en el año 2000, el actor realizó en el mes de diciembre un total de 256,45 horas, de las que 157,45 corresponden a ordinarias y 99 a horas de guardia, y de éstas 48,27 a exceso de horas sobre el cómputo anual de la jornada de 2.290 horas. Por su parte, la retribución que corresponde al actor por horas ordinarias de trabajo asciende a 3.844 ptas. y por hora de guardia a 1.845 ptas. En el año 2001 ha realizado un total de 2.653 horas, de las que 1.732 corresponden a horas ordinarias y 921 a horas de guardia, y de éstas 363 a exceso de horas sobre el cómputo anual de la jornada de 2.290 horas. La retribución de la hora ordinaria asciende a 3.844 ptas., y la hora de guardia a 1.845 ptas. 7º) D. José ha realizado en el año 2000 un total de 2.701 horas, de las que 1.732 corresponden a horas ordinarias y 969 a horas de guardia, excediendo del cómputo de las 2.290 horas un total de 411 horas. De las horas trabajadas en el año 2000, el actor realizó en el mes de diciembre un total de 215,45 horas, de las que 157,45 corresponden a ordinarias y 58 a horas de guardia, y de éstas 7,27 a exceso de horas sobre el cómputo anual de la jornada de 2.290 horas. Por su parte, la retribución que corresponde al actor por horas ordinarias de trabajo asciende a 3.398 ptas. y por hora de guardia a 1.673 ptas. En el año 2001 ha realizado un total de 2.857 horas, de las que 1.732 corresponden a horas ordinarias y 1.125 a horas de guardia, y de éstas 567 a exceso de horas sobre el cómputo anual de la jornada de 2.290 horas. La retribución de la hora ordinaria asciende a 3.398 ptas., y la hora de guardia a 1.673 ptas. 8º) El 7-12-2001 los actores presentaron ante el Juzgado de lo Social nº 3 de esta ciudad solicitud de actos preparatorios para la interposición de la demanda que da origen a estas actuaciones. 9º) Se intentó la conciliación administrativa previa ."

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: "Debo desestimar y desestimo la demanda formulada por el sindicato AGRUPACIÓ DE METGES I INFERMERES DE CATALUNYA en nombre y representación de D. Fermín , D. Simón , Dª María Teresa , D. Alonso y D. José , absolviendo a la empresa HOSPITAL SANTA CATERINA DE GIRONA (INSTITUT D'ASSISTÈNCIA SANITÀRIA) de las pretensiones que en ella se contienen."

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por la letrado Dª TERESA BLASI GACHO apoderada del SINDICATO AGRUPACIÓ DE METGES I INFERMERES DE CATALUNYA actuando en nombre y representación de D. Fermín , D. Simón , Dª María Teresa , D. Alonso y D. José ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, la cual dictó sentencia en fecha 7 de abril de 2004 , en la que consta el siguiente fallo: "Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por el sindicato AGRUPACIÓ DE METGES I INFERMERES DE CATALUNYA en nombre y representación de D. Fermín , D. Simón , Dª María Teresa , D. Alonso y D. José , contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de los Girona, dictada el 27 de noviembre de 2002 en los autos nº 324/02 , seguidos frente a INSTITUT D'ASSISTÈNCIA SANITÀRIA, debemos confirmar y confirmamos la misma." Con fecha 28 de junio de 2004 se dictó Auto de Aclaración por la misma Sala cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: "No haber lugar a aclarar la sentencia de 7 de abril de 2004 , la cual se mantiene en sus propios términos."

TERCERO.- Por la letrado Dª TERESA BLASI GACHO apoderada del SINDICATO AGRUPACIÓ DE METGES I INFERMERES DE CATALUNYA actuando en nombre y representación de D. Fermín , D. Simón , Dª María Teresa , D. Alonso y D. José se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina que tuvo entrada mediante escrito en el Registro General de este Tribunal el 17 de septiembre de 2004, basado en tres motivos designando como sentencias de contraste con la recurrida las dictadas por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo con fecha 8 de octubre de 2003, Rec. núm. 1/48/2003, y por las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia del País Vasco y de Baleares, con fecha 29 de mayo de 2001 y 21 de marzo de 2003, Rec. núm. 550/2001 y Rec. núm. 83/2003, respectivamente.

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de fecha 15 de septiembre de 2005 se admitió a trámite el presente recurso, dándose traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación procesal de la parte recurrida para que formalice su impugnación en el plazo de diez días, habiéndolo verificado mediante escrito presentado en el Registro General de este Tribunal el 10 de octubre de 2005.



QUINTO.- Evacuado el traslado de impugnación, por el Ministerio Fiscal se emitió informe en el sentido de que se declare la desestimación del recurso. Instruida la Excm. Sra. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 19 de enero de 2005, señalamiento que por providencia de esa misma fecha se dejó sin efecto y se acordó que, dadas las características de la cuestión planteada y su trascendencia procede su debate en Sala General, de acuerdo con lo dispuesto en el Artículo 197 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , señalándose nuevamente para el día 15 de Febrero de 2006 a tal efecto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El sindicato AGRUPACIÓ DE METGES I INFERMERES DE CATALUNYA actuando en nombre y representación de los médicos adjuntos que figuran en la demanda, personal laboral del Hospital Santa Caterina, cuya actividad se rige por el Convenio Colectivo de "Xarxa Hospitalària de Utilització Pública", hallándose vigente el V Convenio hasta el 31 de diciembre de 2000 y el VI a partir de 1 de enero de 2001, ejercitó la pretensión principal de que las horas de guardia de presencia física se consideren de trabajo efectivo y se retribuyan como horas ordinarias y subsidiariamente que las horas que superen la media semanal de 48 horas, se remuneren como precio de hora ordinaria.

La sentencia recurrida desestimó ambas pretensiones y frente a la ella recurren los demandantes en casación para la unificación de doctrina.

El planteamiento del recurso en la forma hecha exige un previo análisis de su acomodación a las normas y a la doctrina que rigen este recurso extraordinario.

El artículo 222 de la Ley de Procedimiento Laboral dispone que el escrito de interposición deberá contener una relación precisa y circunstanciada de la contradicción alegada, con aportación certificada de la sentencia o sentencias contrarias y con fundamentación de la infracción legal cometida, así como del quebranto producido en la unificación de la interpretación del derecho y la formación de la jurisprudencia.

Esta imposición procesal determina a su vez la estructura formal del recurso. La exposición ordenada del mismo requiere la separación de los diferentes motivos, cuando realmente existen, siendo cada uno de ellos expresión de las exigencias del artículo 222 de la Ley de Procedimiento Laboral al que nos hemos referido. A esa exigencia estructural se opone la descomposición artificial del litigio cuando en apariencia se suscitan distintos motivos carentes entre sí de la sustancialidad merecedora de un análisis independiente. Existe interdependencia desde el momento que la infracción del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia, imputadas a la sentencia que se recurre es compartida a lo largo de una serie de alegaciones destinadas a resaltar la vinculación con la cuestión debatida en la argumentación de un número plural de sentencias de contraste.

Señala la sentencia recurrida que la normativa comunitaria ha incidido en la estructura de la jornada como la que es objeto de debate pero sin contemplar repercusión salarial del Estatuto de los Trabajadores la sentencia llega a la conclusión de que cualquiera que sea el límite superado, bien la jornada máxima del derecho interno, bien los límites establecidos por la normativa comunitaria, el valor por el que se deberá satisfacer la hora de guardia de presencia física que exceda de dicho límite siempre será el asignado por el Convenio Colectivo a dichas horas de guardia de presencia física y la repercusión de tales excesos tendrá consecuencias en el orden sancionador, pero no alcanzará otra trascendencia salarial.

Frente a dichas argumentaciones, la parte recurrente, que como ya se anticipó esgrime la doctrina de tres sentencias de contraste, formula su análisis enunciando en tres apartados A.1), A.2) y A.3) la infracción de normas del ordenamiento y en otros apartados, B.1), B.2) y B.3) la cita de las sentencias de contradicción.

A.1) En relación a la consideración de horas extraordinarias de las realizadas por encima de determinado límite, bien el de 1.722 horas del artículo 19 del Convenio Colectivo bien el de 40 horas semanales con arreglo al artículo 34 del Estatuto de los Trabajadores , de la peculiar redacción del recurso se desprende que este apartado se corresponde con el apartado B.1) que figura en la rúbrica de la contradicción. En el mismo se cita la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Baleares de 21 de marzo de 2003 , en la cual se resuelve acerca de la reclamación de un grupo de médicos a fin de que el tiempo de presencia física se considere tiempo de trabajo y jornada extraordinaria las horas que excedan de la jornada prevista en la Directiva 93/2004 . No hay que olvidar que en la demanda la pretensión subsidiaria se refiere a las horas realizadas por encima de una media de 48 horas semanales.

En lo económico, reclamaban el derecho a percibir las horas de presencia física al mismo precio que las ordinarias, sin determinar cuales serían extraordinarias. La sentencia concluye que la jornada máxima, incluyendo las horas de presencia física es la de 48 horas semanales en cómputo anual, y de esta forma sólo serían extraordinarias las horas de presencia física realizadas por encima de las 48 horas semanales.



En suma, la sentencia recurrida, aunque llega al mismo resultado en el primer tramo de no retribuir las horas comprendidas entre las 1.732 y las 2.290 como extraordinarias, lo hace porque estima que la jornada correspondiente a las guardias tiene una naturaleza distinta a la ordinaria, pues se trata de una jornada complementaria de asistencia urgente y obligatoria. La sentencia de contraste entiende, por el contrario, que la jornada máxima en el sector hospitalario es de 48 horas semanales, y que las horas que excedan de esa jornada máxima, han de remunerarse como extraordinarias, aplicando el artículo 35.1 ET, aunque no se dice expresamente. Como puede verse, ambas sentencias plantean ante la misma situación soluciones distintas, contradictorias, tanto en el planteamiento del primer tramo horario como en la retribución del exceso de las 48 horas semanales, como se ha visto. Procede entonces que la Sala entre a conocer de esta cuestión y unificar la doctrina señalando aquella que resulte ajustada a derecho, aunque, como se verá, para decidir la forma en que han de ser retribuidas tales horas, ha de analizarse su naturaleza, en relación también con las que superando las 1.732 horas pero sin rebasar 2.290 son retribuidas con precio inferior a la hora ordinaria de trabajo.

A continuación el apartado A.2), se refiere a la infracción del artículo 35.1º del Estatuto de los Trabajadores, en cuanto a su naturaleza de norma de derecho necesario, que se vería conculcada por una negociación que traspase sus límites.

Como correlativo a ese apartado, el B.2) señala como sentencia de contraste la dictada el 29 de mayo de 2001 por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco. La referencial mantiene la estimación de una demanda de cantidad planteada por los trabajadores frente a una empresa dedicada a fabricar material de automoción, dirigida al pago de las horas extraordinarias por un importe no inferior al de las horas ordinarias.

Es patente la falta de contradicción por cuanto en la sentencia de comparación no existe diferencia alguna en las horas realizadas mientras que en la recurrida la cuestión surge a propósito de las horas de presencia física.

En el apartado A.3) se insiste en la infracción del artículo 35 del Estatuto de los Trabajadores en relación al precio mínimo al que deberán abonarse las horas extraordinarias y aunque en ese apartado alude a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Baleares, se supone que la misma a la que se ha hecho referencia anteriormente, lo cierto es que en el correlativo B.3), dedicado a la contradicción, cita la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 2003. En ella se resuelve acerca de la demanda formulada por un sindicato médico frente a una Administración autonómica, impugnando el Convenio Colectivo del personal sanitario. Se reclama la ilegalidad del precepto en el cual no se contempla que las guardias médicas (de presencia física o mixta - presencia física y localización en su parte de presencia del médico en el centro sanitario) al superar la jornada ordinaria de 37,5 horas semanales o la anual de 1.655 horas en el 2002 deben considerarse extraordinarias, que las mismas se abonen de acuerdo con el artículo 35 del Estatuto de los Trabajadores y subsidiaria y alternativamente (sic) que se fije un valor de hora de guardia constituido por la diferencia entre el valor de la hora ordinaria y el del establecido para el complemento de guardias. La sentencia de comparación estimó en parte la demanda, declaró la nulidad del precepto convencional en cuanto excluye de la consideración de horas extraordinarias las horas de guardia de trabajo efectivo o de presencia que, sumadas a la jornada ordinaria, exceden de la jornada máxima legal de 40 horas semanales, desestima la primera pretensión en cuanto supera dicha declaración, deja vigente el precepto en cuanto excluye las horas de guardia que, sumadas a las de la jornada ordinaria, superen el límite establecido para esa jornada, pero no el de la jornada máxima legal. Decreta de oficio la nulidad del pronunciamiento de la sentencia recurrida que decide sobre las pretensiones segunda y tercera de la demanda consistentes en que se declare que las guardias deben abonarse independientemente, de conformidad con lo que establece el artículo 35 del Estatuto de los Trabajadores, con arreglo al valor de la hora de guardia constituido por la diferencia entre el valor de la hora de guardia que debería abonarse además de éste. Estas pretensiones se declaran inadmisibles quedando imprevjuagadas.

A tenor del Fallo que se reproduce no cabe establecer el presupuesto de contradicción con la sentencia recurrida, y en todo, de existir, este motivo reproduciría el primero, constituyendo una descomposición artificial del litigio. En todo caso, la recurrente, al ser requerida para seleccionar una de las tres sentencias, pese a insistir en la corrección de los distintos motivos señaló como sentencia contradictoria la del Tribunal Superior de Justicia de Baleares de 21 de marzo de 2003.

SEGUNDO.- Adoptando la metodología del recurso, procede analizar la censura jurídica formulada en el apartado A.1) acerca de la infracción de los artículos 34 y 35 del Estatuto de los Trabajadores, si bien, en relación con la pretensión subsidiaria, ya que sólo en cuanto a la misma pudo establecerse la contradicción con la sentencia del 21 de marzo de 2003 del Tribunal Superior de Justicia de Baleares.

La sentencia recurrida después de analizar la incidencia en la cuestión planteada de la Directiva 83/104/C.E. sobre ordenación del tiempo de trabajo, llega a la conclusión de que se circunscribe a la seguridad y salud de los trabajadores, sin imponer obligaciones de carácter retributivo, sino una limitación del tiempo de trabajo de



suerte que no se realice un mayor número de horas que las que allí se permiten, sin establecer compensaciones económicas en caso de vulneración.

A lo anterior añade un razonamiento en el que se entiende integrada la jornada de Convenio por la correspondiente al turno asignado y la prestada en régimen de guardias y será sobre la suma de ambas sobre la que habrán de jugar los límites, tanto del ordenamiento interno, como los de protección de salud de la normativa comunitaria.

Sin embargo, en los supuestos en que se produzca un exceso de prestación de servicios sobre el tope conjunto, las horas extraordinarias que serán las que sobrepasen ese límite, habrán de ser retribuidas con arreglo al precio fijado para cada caso.

Por ello se argumenta en la sentencia recurrida que: "La eventual asignación de jornadas que superen los límites de seguridad de la Directiva comunitaria no ha de derivar necesariamente en la asignación de un precio a las mismas distinto del que nace de la norma convencional. Esa pretendida conclusión tampoco halla acomodo en el art. 35.1 del Estatuto de los Trabajadores. Este último obliga a retribuir las horas de guardia al precio fijado en el convenio para ese concreto tipo de trabajo, tanto si se realizan dentro de los límites de la jornada máxima anual, como si tiene la consideración de hora extraordinaria, porque en este último caso habría de abonar como al valor de la ordinaria correspondiente, es decir, de la hora de guardia efectuada dentro de los límites.

La atribución de jornadas de trabajo excesivas halla su sanción en el Real Decreto Legislativo 5/00, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el orden social, cuyo art 7.5, modificado por Ley 12/01 recoge expresamente como infracción grave la trasgresión de los límites en materia de jornada; más no tiene aparejada la alteración del régimen salarial fijado en el Convenio, como se pretende en el recurso."

Dentro de las muy distintas cuestiones jurídicas que plantea la calificación a efectos retributivos de la que el Convenio Colectivo de los Hospitales Concertados de la Red Hospitalaria de Utilización Pública denomina jornada complementaria de atención continuada (guardias de presencia), debe comenzarse por examinar la naturaleza de ese tiempo de actividad, o mejor, recordar que no se discute por nadie que las guardias de presencia son tiempo de trabajo. De hecho, la sentencia recurrida califica el debate sobre esa naturaleza de plenamente superado.

No obstante, conviene detenerse un momento en el examen de la jurisprudencia comunitaria puesto que, aunque esté claro que las guardias de presencia son siempre tiempo de trabajo, la posición de la sentencia recurrida es la de que puede lícitamente ser un tiempo de trabajo menos retribuido que el que se corresponde con la jornada ordinaria.

Como es sabido, la sentencia de del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 3 de octubre de 2.000 (Asunto SIMAP), se dictó para resolver una cuestión prejudicial (cinco en realidad) formulada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en la que, ante la evidencia de que el personal estatutario de la Seguridad Social en equipos de atención primaria venían haciendo un número de horas de guardia muy elevado, sin límite legal alguno, se formularon al Tribunal de Justicia, entre otras, las siguientes preguntas:

- 1.- Cuando los médicos afectados realicen los turnos de atención continuada por el sistema de presencia física en el centro ¿debe estimarse todo este tiempo como de trabajo ordinario o como jornada especial según la práctica nacional?
- 2.- El tiempo de trabajo dedicado a la atención continuada, ¿debe tenerse en cuenta para la fijación de la duración media del trabajo por cada período de siete días de acuerdo con lo establecido en el art. 6.2. de la Directiva ?
- 3.- ¿Deben considerarse horas extraordinarias las invertidas en la atención continuada?

Para resolver la cuestión suscitada el Tribunal de Justicia analiza el alcance que sobre ella tiene la Directiva 93/104/CE, en cuyo artículo 2.1 se define el tiempo de trabajo como "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". Además, dentro del sistema de la Directiva el tiempo de trabajo se concibe en contraposición al de período de descanso, al excluirse mutuamente ambos conceptos.

Por ello se afirma en la sentencia que "una actividad como la de los médicos de Equipos de Atención Primaria está comprendida dentro del ámbito de aplicación de las Directivas 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo" y, además de otros pronunciamientos, se dice en ella que el tiempo dedicado a



atención continuada prestado por médicos de Equipos de Atención Primaria en régimen de presencia física en el centro sanitario debe considerarse tiempo de trabajo en su totalidad y, en su caso, horas extraordinarias, en contraposición a la prestación de servicios de atención continuada por dichos médicos en régimen de localización, que sólo debe considerarse tiempo de trabajo cuando se trata de prestación efectiva de servicios de atención primaria.

Por otra parte, en el artículo 6.1 de la Directiva se refiere a la necesidad de que la duración media del tiempo de trabajo no exceda de cuarenta y ocho horas, incluidas las horas extraordinarias, por cada periodo de siete días. Por ello se dice en el fundamento 51 de la sentencia que "Por lo que respecta a la cuestión de si puede considerarse horas extraordinarias el tiempo dedicado a atención continuada, si bien la Directiva 93/104 no define el concepto de hora extraordinaria, que únicamente se menciona en el artículo 6, relativo a la duración máxima del tiempo de trabajo semanal, no es menos cierto que las horas extraordinarias de trabajo están comprendidas dentro del concepto de tiempo de trabajo en el sentido de dicha Directiva".

Como se ha podido ver en anteriores razonamientos, la sentencia recurrida del TSJ de Cataluña utiliza como argumento importante en su construcción el de que el servicio de atención continuada de presencia realmente constituye una jornada especial, totalmente diferente de la ordinaria y por ello no cabe valorar una y otra en conjunto a efectos de determinar la posible existencia de horas extraordinarias. Esa jornada especial -se afirma en la sentencia- tiene un tratamiento también especial en el Convenio, en el que se niega que sean horas extraordinarias. De alguna manera, aunque no de forma explícita, está en el ánimo de esa afirmación la constatación de que en el tiempo de guardia de presencia puede existir una gran actividad profesional, pero también puede ocurrir lo contrario. Esos factores, de alguna manera, "devaluarían" ese tiempo de trabajo y serían la razón de su inferior retribución.

Pues bien, el Tribunal de Justicia de la CEE ha resuelto en sentencia de 9 de septiembre de 2003 asunto nº C-151/2002 una cuestión prejudicial remitida por el Landesarbeitsgericht Schleswig- Holstein sobre la interpretación de la Directiva 93/104. Se trataba de un médico, el Sr. Everardo, que hacía guardias de presencia en el servicio de atención continuada organizado por la ciudad de Kiel, en un hospital por ella administrado. El Derecho laboral alemán distingue entre los servicios de permanencia, los servicios de atención continuada y los servicios de alerta localizada. La guardia de presencia en el hospital se consideraba como servicios de atención continuada, que en el caso concreto se organizaban de la siguiente forma: Después de su actividad hospitalaria ordinaria, "Don. Everardo permanece en la clínica y presta sus servicios profesionales en caso de necesidad. Dispone en el hospital de una habitación dotada de una cama, donde se le permite dormir cuando no se requieren sus servicios. El carácter apropiado de este alojamiento es objeto de disputa. En cambio, está acreditado que los períodos durante los cuales se requieren los servicios profesionales Don. Everardo representan una media del 49% de los servicios de atención continuada". Este tiempo no se consideraba por la empleadora como tiempo de trabajo, sino el dedicado específica y exclusivamente a la actividad clínica, descontándose el resto.

Así las cosas y con tales premisas, el Tribunal decide que la Directiva 93/104 debe interpretarse en el sentido de que es preciso considerar que un servicio de atención continuada que efectúa un médico en régimen de presencia física en el hospital constituye en su totalidad tiempo de trabajo a efectos de esta Directiva, aun cuando al interesado se le permita descansar en su lugar de trabajo durante los períodos en que no se soliciten sus servicios, de modo que ésta se opone a la normativa de un Estado miembro que califica de tiempo de descanso los períodos de inactividad del trabajador en el marco de dicho servicio de atención continuada.

Se ha estimado conveniente traer aquí con algún detalle la cuestión relativa a la consideración de las guardias de presencia como tiempo de trabajo porque, aún cuando es cierto que nadie discute que lo sea, sin embargo el sistema retributivo de ese tiempo de trabajo está muy vinculado a su propia naturaleza, aunque es absolutamente cierto, como recuerda oportunamente la sentencia recurrida, que la jurisprudencia comunitaria en absoluto se ha pronunciado sobre la manera de retribuir ese tiempo de trabajo. Pero de todo lo anterior podemos extraer la conclusión de que para el Tribunal de Justicia, la actividad de guardias de presencia, aunque pueda tener particularidades muy características que la hacen distinta de la jornada ordinaria, sin embargo debe computarse como tiempo de trabajo a todos los efectos, incluso aquellos momentos en que el médico pueda descansar, y desde luego se excluye que sea una jornada especial, tal y como se desprende de la contestación dada por el Tribunal de Luxemburgo a la pregunta formulada por la Sala de lo Social del TSJ de Valencia en el asunto SIMAP, antes transcrita: las guardias de presencia no son jornada especial sino tiempo de trabajo sujeto por tanto a la duración máxima de la jornada comunitaria.

De hecho, con esa posición se aproxima la sentencia recurrida a la equiparación entre el tiempo de trabajo en guardias de presencia al que se correspondería con una jornada especial de las previstas en el número 7 del artículo 34 ET, en relación con el RD 1.561/1995, pero con la particularidad de que, en primer término, el Estatuto de los Trabajadores no habilita a los Convenios Colectivos para crear esas jornadas especiales, sino



al Gobierno, y en segundo lugar el trabajo en hospitales no está previsto como especial a estos efectos ni en aquella ni en ninguna otra disposición legal o reglamentaria. Por ello, no cabe introducir válidamente esa distinción entre "tiempo de trabajo en planta" y "tiempo de trabajo en régimen de guardia de presencia", desde el momento en que en uno y otro caso el trabajador se encuentra a disposición del empresario y en el centro de trabajo, con la particularidad de que si bien el trabajo en guardia puede ser ciertamente irregular, dependiendo de factores imprevisibles, también cabe decir que se trata de un trabajo prestado en horas y circunstancias más incómodas. Pero estos factores de valoración de la actividad, tal y como se ha razonado, son accesorios a la luz de las referidas normas.

TERCERO.- Se hace preciso a continuación recoger brevemente los puntos que afectan al debate del V Convenio Colectivo de los Hospitales Concertados de la Red Hospitalaria de Utilización Pública de Cataluña vigente en los años 1.998, 1999 y 2000 y el VI para el periodo 2.001-2004. Como antes se dijo, el artículo 19 de ambos Convenios estableció para los demandantes una jornada ordinaria de 1.732 horas anuales. Además de la jornada pactada, llevaron a cabo también las guardias de presencia física que les fueron asignadas durante los años 2000 y 2001, tiempo que les fue retribuido según las tablas del Convenio. En muchos casos, la mayoría, los médicos actores superaron las 2.290 horas anuales -48 a la semana en el periodo de referencia de un año- sumando los conceptos de jornada ordinaria y guardias de presencia. Es un hecho admitido del que parten todas las posiciones que el valor de la hora de la denominada en el VI Convenio "jornada complementaria de atención continuada (guardias de presencia)" es inferior al de la hora ordinaria. Del mismo modo, la remuneración de la hora de guardia en el V Convenio era inferior a la ordinaria de trabajo. (Así, el valor de la hora ordinaria en el año 2.000 fue de 18,09 euros y el de la hora de guardia 10,12 euros, 10,37 euros en los años 2.001 y 2.002). Por otra parte, el V Convenio y más específicamente el VI, excluyen expresamente las guardias de la consideración de horas extraordinarias. Así, se dice expresamente (artículo 33) que "las guardias quedan excluidas de la jornada máxima legal y exceptuadas del régimen de horas extraordinarias". Y se añade que "las guardias no son horas extraordinarias".

Desde las anteriores premisas, la sentencia recurrida parte, como se ha dicho, de la condición de tiempo de trabajo efectivo de las guardias de presencia, pero a continuación afirma que de ello no se desprende de modo directo e indubitado la conclusión de que esas horas hayan de retribuirse con el mismo valor que corresponde al de la hora de la jornada ordinaria, puesto que las primeras tienen un tratamiento específico y completo en el Convenio Colectivo, en el que se puede ver que la voluntad de los negociadores fue la de establecer esa distinción. De lo que deduce que es perfectamente ajustado a derecho y respetuoso con la facultad de negociación de los firmantes del Convenio retribuir el tiempo de trabajo que corresponde a las guardias de presencia con los valores fijados en las tablas específicas del Anexo 9, pues ese tiempo de trabajo no son horas extraordinarias, sino jornada especial. Y aunque se puedan calificar de extraordinarias las horas que rebasen la jornada de 48 horas semanales, éstas se retribuirán al precio de la hora ordinaria de trabajo, esto es, con el valor de la hora de guardia.

CUARTO.- Retomando ahora el concepto de tiempo de trabajo, antes nos cuidamos en relacionarlo con la naturaleza de la actividad de los demandantes, estableciendo que lo es el de guardia de presencia, desde el momento en que, el trabajador se encuentra en los locales del hospital, desempeñando o en disposición de desempeñar su actividad, que, en esencia, se corresponde con su profesión realizada "de planta", pues se trata de proyectar los conocimientos y experiencia médica sobre los casos a los que ha de atender, con mayor incomodidad de horario que el de la actividad cotidiana.

Por ello, discrepando de la de la sentencia recurrida, debe afirmarse 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".

Siendo así que las horas de guardia son de trabajo y que se realizan incuestionablemente sobre la duración de la jornada legal máxima a que se refiere el artículo 34 ET, de ello se desprende que las horas de trabajo -y las guardias lo son- que excedan de la jornada máxima del ET, 40 horas semanales o 1.826 horas y 27 minutos anuales (artículo 6 del Acuerdo Interconfederal de 1.983 -BOE de 1 de marzo -), han de calificarse como extraordinarias forzosamente.

En cuanto a la remuneración de las horas extraordinarias, no cabe establecer para las horas que excedan de 40 semanales una retribución inferior a de la hora ordinaria, pues el artículo 35.1 ET es una disposición de derecho mínimo o necesario del que no pueden lícitamente disponer las partes. Sí podría establecerse un valor hora de la guardia de presencia inferior a la ordinaria, por el contrario, con aquellas que estén comprendidas



entre las 1.732 y las 1.826,27, tal y como se afirma en nuestra sentencia de 8 de octubre de 2003 (recurso 48/2003), en la que se decidió declarar la nulidad del artículo 24.1.1 párrafo primero del Convenio Colectivo del Personal Laboral del sector sanitario de Galicia gestionado por Fundaciones Públicas Sanitarias o Empresas Públicas en cuanto excluía como horas extraordinarias las horas de guardia de trabajo efectivo o de presencia que excediesen de la jornada máxima legal de 40 horas semanales. Las horas comprendidas entre la jornada máxima pactada en el Convenio -1655 horas para el año 2002 y en 1624 horas para 2003- como tenían en todo caso y hasta las 40 la condición de ordinarias, podían ser retribuidas en la forma que el Convenio hubiese establecido, aunque su valor fuese inferior al de la hora ordinaria.

En consecuencia, en el caso que aquí se resuelve, las horas realizadas en servicio de guardia de presencia han de retribuirse con el valor establecido para la hora ordinaria de trabajo, pero únicamente aquellas que excedan de la jornada semanal de 40 horas o de 1.826 horas y 27 minutos en cómputo anual. Y ello aún cuando en alguna sentencia anterior de esta Sala (STS Social de 18 de septiembre de 2000 –recurso 1696/1999 – se optó por estimar que eran horas extraordinarias -tiempo de trabajo- el utilizado por vigilantes de seguridad en el desplazamiento para depositar el arma reglamentaria, computándose como tales las que se realizaban por encima de la jornada pactada, no de la máxima legal de 40 horas del artículo 34 ET . Sin embargo parece más ajustada a la literalidad de los artículos 34 y 35 ET puestos en relación uno con otro, la interpretación de que sólo cabe calificar de horas extraordinarias las que se realicen sobre la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo, fijada de acuerdo con el artículo anterior, el 34, en el que se establece en 40 horas semanales la duración máxima de la jornada ordinaria.

QUINTO.- El recurso de casación para la unificación de doctrina debe por tanto estimarse, lo que comporta que haya de casarse la sentencia recurrida, en la que, como antes se vio, se contiene un muy fundado desarrollo de la idea de que las horas de guardia de presencia son distintas a las ordinarias, obedecen a razones diferentes de continuidades el servicio y asistencia sanitarios y constituyen realmente, por disposición del Convenio desde la propia realidad de la función, una jornada complementaria, independiente de la ordinaria, sobre la que puede establecerse la retribución que las partes en la negociación del Convenio tengan por conveniente. De hecho, con esa posición se aproxima la sentencia, como ya se dijo antes, al establecimiento de una jornada especial de las previstas en el número 7 del artículo 34 ET , en relación con el RD 1.561/1995 , con la particularidad de que el trabajo en hospitales no está previsto como especial a estos efectos en ninguna disposición legal, por lo que no cabe introducir esa distinción entre "tiempo de trabajo en planta" y "tiempo de trabajo en régimen de guardia de presencia"; en uno y otro caso el trabajador se encuentra, como ya se ha dicho, a disposición del empresario y en el centro de trabajo, situación en la que los factores de valoración de la actividad en este caso son accesorios. Si las guardias de presencia son tiempo de trabajo, las horas de ese tiempo que excedan de la jornada legal máxima han de abonarse, como extraordinarias que son, con el valor de la hora ordinaria.

SEXTO.- Por último, cabría destacar ahora que la jurisprudencia de esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo antes de la modificación del artículo 35 del Estatuto de los Trabajadores por la Ley 11/1994 , venía sosteniendo en sentencias como las de 15 de noviembre de 1985, 21 de abril de 1986, 17 de febrero de 1987, 30 de marzo, 30 de mayo y 28 de septiembre de 1988 y 20 de febrero de 1989, 23 de enero de 1991 y 14 de enero de 1.992, entre otras , que es "lícita y válida la disposición o cláusula de un convenio colectivo en la que se fija el valor de las horas extraordinarias en cuantía inferior a la que resultaría de una interpretación excesivamente rigurosa del artículo 35.1 del Estatuto de los Trabajadores " a lo que se añade que esta doctrina encuentra apoyo "en lo que establece el artículo 37.1 de la Constitución española y los artículos 82 y siguientes del citado Estatuto , dado que la libertad negocial que a las partes sociales que intervienen en la negociación colectiva reconocen estos preceptos, permite pactar módulos para el cálculo de las horas extraordinarias. e incluso cuantías alzadas, que resulten inferiores a las que se derivan de la interpretación mencionada" pues "esa libertad negocial, que consagra el artículo 37.1 de la Constitución , legitima que las partes sociales, a la hora de pactar las condiciones económicas, repercutan las subidas salariales convenidas en la negociación colectiva en la forma que estimen más conveniente, en los distintos elementos de la estructura salarial, aunque ello suponga que la retribución de las horas extraordinarias no alcance aquella cuantía".

Sin embargo, tras la referida reforma, se ha venido a entender que el legislador, aunque utilizando la expresión prácticamente idéntica en este punto a la anterior de en ningún caso cuando se trata de fijar el importe de la hora extraordinaria, sin embargo, al eliminarse el histórico 75% de recargo en el valor de la hora extraordinaria hasta entonces vigente, en un momento en que los redactores de la Ley habían convivido durante años con la interpretación jurisprudencial del precepto antes citada, se decidió suprimir la posibilidad de que por convenio colectivo se pudiese pactar un valor de la hora extraordinaria inferior al "suelo" normativo del valor de la hora ordinaria, modificando el precepto de la forma ya dicha.

Así lo ha entendido la Sala en las sentencias de 28 de noviembre y 3 de diciembre de 2004 (recursos 976/2004 y 6481/2003), 7 de febrero, 14 de marzo y 6 de octubre de 2.005 (recursos 982/04, 776/04, y 3907/04), en las



que se dice que "actualmente, no hay razón para dejar de interpretar y aplicar en su sentido literal el art. 35.1 del ET en cuanto al mandato de que el valor pactado de cada hora extraordinaria 'en ningún caso' podrá ser inferior al de la hora ordinaria. Se trata de una norma legal imperativa y de derecho necesario, que garantiza a los trabajadores la indisponibilidad de los derechos que la misma les confiere (art. 3.5 del ET), y ello aun cuando la disposición tuviere lugar en virtud de lo pactado en convenio colectivo, pues la garantía que respecto de la negociación colectiva atribuye a trabajadores y empresarios el art. 37.1 de la Constitución española no impide en modo alguno que el legislador coloque a los convenios en un plano jerárquicamente inferior al de las disposiciones legales y reglamentarias (art. 3.1.b/ del ET), y exija también (art. 85.1) que lo que en tales convenios se pacte lo sea 'dentro del respeto a las leyes'."

SÉPTIMO.- En conclusión, después de lo que se ha razonado hasta ahora, es necesario llevar a cabo un pronunciamiento estimatorio del recurso de casación para la unificación de doctrina planteado, casar y anular la sentencia recurrida y resolver el debate planteado en suplicación en los siguientes términos:

1.- Estimar el recurso de suplicación interpuesto en su día por la letrado D^a TERESA BLASI GACHO apoderada del SINDICATO AGRUPACIÓ DE METGES I INFERMERES DE CATALUNYA actuando en nombre y representación de D. Fermín , D. Simón , D^a María Teresa , D. Alonso y D. José frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. Uno de Gerona y estimar en parte la demanda, declarando el derecho de los actores a percibir en el periodo reclamado las horas realizadas en servicio de guardia de presencia con el valor establecido para la hora ordinaria de trabajo, pero únicamente aquéllas que excedan de la jornada semanal de 40 horas o de 1.826 horas y 27 minutos en cómputo anual. Las comprendidas entre las 1732 horas pactadas en Convenio y las 1.826,27 se retribuirán con los valores previstos en cada caso en el Convenio Colectivo. Obviamente, en las cantidades a abonar están descontadas las cantidades que han percibido los actores como atención continuada, tal y como se explica en la demanda, o, lo que es lo mismo, en la liquidación que se lleve a cabo con los parámetros antes indicados, se tendrá en cuenta lo ya abonado por el concepto de guardias de presencia.

2.- Sin que haya lugar a realizar pronunciamiento sobre costas.

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

FALLAMOS

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la letrado D^a TERESA BLASI GACHO apoderada del SINDICATO AGRUPACIÓ DE METGES I INFERMERES DE CATALUNYA actuando en nombre y representación de D. Fermín , D. Simón , D^a María Teresa , D. Alonso y D. José contra la sentencia de fecha 7 de abril de 2004 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en recurso de suplicación nº 3222/2003 , interpuesto frente a la sentencia de fecha 27 de noviembre de 2002, dictada por el Juzgado de lo Social núm. Uno de Gerona, en autos nº 324/2002 seguidos a instancia de la letrado D^a TERESA BLASI GACHO apoderada del SINDICATO AGRUPACIÓ DE METGES I INFERMERES DE CATALUNYA actuando en nombre y representación de D. Fermín , D. Simón , D^a María Teresa , D. Alonso y D. José frente a HOSPITAL DE SANTA CATERINA sobre DERECHO Y CANTIDAD. Casamos y anulamos la sentencia recurrida y resolvemos el debate planteado en suplicación en los siguientes términos:

1.- Estimar el recurso de suplicación interpuesto en su día por la letrado D^a TERESA BLASI GACHO apoderada del SINDICATO AGRUPACIÓ DE METGES I INFERMERES DE CATALUNYA actuando en nombre y representación de D. Fermín , D. Simón , D^a María Teresa , D. Alonso y D. José frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. Uno de Gerona y estimar en parte la demanda, declarando el derecho de los actores a percibir en el periodo reclamado las horas realizadas en servicio de guardia de presencia con el valor establecido para la hora ordinaria de trabajo, pero únicamente aquellas que excedan de la jornada semanal de 40 horas o de 1.826 horas y 27 minutos en cómputo anual. Las comprendidas entre las 1732 horas pactadas en Convenio y las 1.826,27 se retribuirán con los valores previstos en cada caso en el Convenio Colectivo.

2.- Sin que haya lugar a realizar pronunciamiento sobre costas.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de procedencia ,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. María Milagros Calvo Ibarlucea hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.