



Roj: **STS 5075/2006 - ECLI:ES:TS:2006:5075**

Id Cendoj: **28079140012006100583**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **10/07/2006**

Nº de Recurso: **3938/2004**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **JESUS GULLON RODRIGUEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ CAT 8563/2004,**
STS 5075/2006

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diez de Julio de dos mil seis.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D^a Teresa Blasi Gacho, letrada del Sindicat Agrupacio de Metges i Infermeres de Catalunya, en nombre y representación de D^a Guadalupe , D^a Susana , D. Carlos Antonio , D. Abelardo , D^a Gabriela , D^a Valentina , D. Felix D. Mauricio , D. Luis Andrés , D. Benedicto , D. Héctor , D. Serafin D. Jesús Ángel , D. Braulio , D. Íñigo , D. Silvio , D. Juan Pablo , D^a Silvia , D^a Clara , D. Gaspar , D^a Regina , D. Rogelio , D. Juan María , D. Clemente , D. Lázaro , D. Jose Miguel , D. Adolfo , D. Francisco , D. Romeo , D. Juan Carlos , D. Domingo , D. Mariano , D. Luis María , D. Benito , D. Lucio , D. Jesus Miguel , D. Ernesto Y D. Salvador , contra la sentencia de 9 de julio de 2.004 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en el recurso de suplicación núm. 7612/03 , interpuesto frente a la sentencia de 21 de febrero de 2.003 dictada en autos 328/02 por el Juzgado de lo Social 1 de Reus seguidos a instancia de D^a Guadalupe y otros contra el Hospital de Sant Joan S.A.M., sobre reconocimiento de derecho.

Ha comparecido ante esta Sala en concepto de parte recurrida, el HOSPITAL SANT JOAN, S.A.M. representada por la Procuradora D^a Beatriz González Rivero.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. JESÚS GULLÓN RODRÍGUEZ

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 21 de febrero de 2.003, el Juzgado de lo Social núm. 1 de Reus, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: "Que debo estimar y estimo parcialmente la demanda interpuesta por Guadalupe , Susana , Carlos Antonio , Abelardo , Gabriela , Valentina , Felix , Mauricio , Luis Andrés , Benedicto , Héctor , Serafin , Jesús Ángel , Braulio , . Íñigo , Silvio , Juan Pablo , Silvia , Clara , Gaspar , Regina , Rogelio , Juan María , Clemente , Lázaro , Jose Miguel , Adolfo , Francisco , Romeo , Juan Carlos , Domingo , Mariano , Luis María , Benito , Lucio , Jesus Miguel , Ernesto , Salvador contra HOSPITAL DE SAN JUAN S.A.M. en reclamación de cantidad y acogiendo la petición subsidiaria condeno a la demandada a que satisfaga a los actores las cantidades que se expresan a continuación:

2000 2001 SUMA (EUROS)

Guadalupe 4.905,63 6.766,05 11.671,68

Susana 5.417,46 6.165,23 11.582,69

Carlos Antonio 2.871,59 7.967,69 10.839,28



Abelardo 5.045,22 5.673,65 10.718,87
Gabriela 4.672,98 5.182,07 9.855,05
Valentina 4.460,27 5.455,17 9.915,44
Felix 4.672,98 5.236,69 9.909,67
Mauricio 7.037,10 9.529,57 16.566,67
Luis Andrés 1.189,85 1.194,81 2.384,66
Benedicto 3.363,48 3.379,61 6.743,09
Héctor 950,55 950,55
Serafin 491,89 1.194,81 1.686,70
Jesús Ángel 1.216,44 1.030,95 2.247,39
Braulio 1.960,92 2.669,55 4.630,47
Íñigo 1.316,14 2.341,83 3.657,97
Silvio 5.198,00 3.447,42 8.645,42
Juan Pablo 2.771,88 1.358,67 4.130,55
Silvia 910,67 910,67
Clara 1.110,08 1.110,08
Gaspar 950'55 47,79 998,34
Regina 737,84 484,75 1.222'59
Rogelio 152'89 1.304,05 1.456,94
Juan María 791,02 976,33 1.767,35
Clemente 1.003,73 276,27 1.270,00
Lázaro 737,84 11,65 949,49
Jose Miguel 1.655,15 1.194,81 2.849,96
Adolfo 3.449,89 553,48 4.003,37
Francisco 1.429,15 2.287,21 3.716,36
Romeo 1.482,32 2.068,73 3.551,05
Juan Carlos 1.003,64 1.033,64
Domingo 2.975,62 312,63 3.288,25
Mariano 3.609,43 4.745,11 8.354,54
Luis María 4.832,51 5.072,83 9.905,34
Benito 2.600,53 2.384,24 4.984,77
Lucio 1.049,27 4.171,60 5.220,87
Jesus Miguel 3.429,95 2.451,07 5.881,02
Ernesto 5.284,52 4.581,25 9.865,77
Salvador 3.662,60 3.079,20 6.741,80"

En la anterior sentencia se declararon probados los siguientes hechos: "1°.- Los actores son facultativos, con la categoría de médicos, grupo I. Existe convenio propio de empresa, que figura en autos.- 2°.- Los actores han realizado durante el año 2000 y el año 2001 la jornada que consta en el documento cuadro resumen 1 y 2 aportado en su ramo de prueba, que se corresponde con el cuadro resumen que como documento 8 aporta la demandada, siendo la retribución horaria por hora ordinaria y de guardia la allí consignada, y la petición principal y subsidiaria la también reflejada, para cada uno de ellos. Conviene la demandada en que para el caso de estimación de la demanda esas cifras, tanto referidas a horas como a retribución son las aportadas en el cuadro resumen de la actora, estando también de acuerdo ambas partes en que la jornada máxima anual es



de 2175 horas, equivalente a 48 horas semanales, siendo 1750 las horas ordinarias según convenio y las que exceden de 1750 hasta la máxima 2175 son horas de guardia de presencia.- 3º.- Se celebró sin avenencia la conciliación".

SEGUNDO.- Posteriormente, con fecha 9 de julio de 2.004, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que, desestimando el recurso de suplicación interpuesto por el sindicato AGRUPACIO DE METGES I INFERMERES DE CATALUNYA, en representación de D^a Guadalupe y otros, y estimando el de HOSPITAL DE SANT JOAN S.A.M. contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de los de Reus (Tarragona), dictada el 21 de febrero de 2003 en los autos nº 328/02, debemos revocar y revocamos la misma y, desestimando íntegramente la demanda inicial, debemos absolver y absolvemos a la empresa de los pedimentos que en la misma se contenían".

TERCERO.- Contra la sentencia dictada en suplicación, se formalizó, por la representación procesal de D^a Guadalupe y otros el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal Supremo, el día 14 de octubre de 2.004, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y las dictadas por las Salas de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Baleares de fecha 21 de marzo de 2.003, del País Vasco de 29 de mayo de 2.001 y del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 2.003.

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de 13 de septiembre de 2.005, se admitió a trámite el presente recurso, dándose traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de diez días.

QUINTO.- Evacuado el trámite de impugnación por la representación del Hospital Sant Joan, S.A.M., se dio traslado al Ministerio Fiscal para informe, dictaminado en el sentido de considerar que procede la desestimación del recurso, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el 5 de julio de 2.006, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Sindicato "Agrupacio de Metges i Infermeres de Catalunya", actuando en nombre y representación de los médicos adjuntos que figuran en la demanda, planteada en su día en la forma prevista en el artículo 20 de la Ley de Procedimiento Laboral, son personal laboral del Hospital de Sant Joan S.A.M. de Reus, cuya actividad se rige por el Convenio Colectivo de los Hospitales Concertados de la Red Hospitalaria de Utilización Pública. En el referido Convenio, el V vigente en los años 1.998, 1999 y 2000 y el VI para el periodo 2.001-2004, se establece para ellos una jornada ordinaria de 1.732 horas anuales. Además de esa jornada pactada llevaron a cabo las guardias de presencia física que les fueron asignadas durante los años 2000 y 2.001, tiempo que les fue retribuido según las tablas del Convenio. En la mayoría de los casos los demandantes 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 conforme que el valor de la hora de la denominada en el artículo 36 del VI Convenio "jornada complementaria de atención continuada (guardias de presencia)" es inferior al de la hora ordinaria. Lo mismo ocurre con el V Convenio Colectivo. Sobre ese dato, los actores entendían en su demanda que resultaba de aplicación la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 3 de octubre de 2.000 -asunto SIMAP- de la que debía desprenderse, en su opinión, que el valor de la hora de atención continuada o guardia de presencia había de ser equivalente al de la hora ordinaria, dado que al tiempo de guardias de presencia se le atribuye en esa sentencia la consideración de trabajo efectivo, decisión del Tribunal de Justicia en la que, como es sabido, se interpretó para resolver la controversia la Directiva 93/104/CE, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo.

Desde la perspectiva de esos hechos no discutidos, los facultativos demandantes plantearon una reclamación principal y otra subsidiaria. La primera consistía en que se les abonasen todas las horas correspondiente a guardias de presencia, realizadas, como se ha dicho, por encima de la jornada ordinaria pactada de 1.732 horas, con un valor-hora equivalente a la ordinaria, puesto que se trataba de horas extraordinarias retribuidas como tiempo real de trabajo con el valor de la hora ordinaria, tal y como establece el artículo 35.1 ET. Por otra parte, y como pretensión subsidiaria, postulaban que el exceso de horas de guardia de presencia realizado sobre la jornada "máxima comunitaria" de 48 horas semanales, o 2.187 horas anuales, se retribuyesen como horas extraordinarias, con el valor también de la hora ordinaria de trabajo. Todo ello con el detalle de las cantidades, que no han sido objeto de discusión en cuanto a su importe teórico.

El Juzgado de lo Social núm. 1 de Reus, en sentencia de 21 de febrero de 2.003, estimó parcialmente la demanda y acogió la pretensión subsidiaria postulada en la misma.



SEGUNDO.- Frente a la sentencia del Juzgado recurrió en suplicación el Hospital demandado y también los trabajadores demandantes, resolviéndose el recurso en la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de fecha 9 de julio de 2.004, que hoy se recurre en casación para la unificación de doctrina. En ella se acogió íntegramente el recurso del Hospital demandado y se rechazó el de los médicos demandantes, lo que determinaba la revocación de la decisión de instancia y la desestimación íntegra de la demanda.

La sentencia recurrida parte de la condición de tiempo de trabajo efectivo de las guardias de presencia, punto que nadie discute, pero a continuación afirma que de ello no se desprende la conclusión de que esas horas hayan de retribuirse con el mismo valor que corresponde al de la hora de la de jornada ordinaria. 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 establecer esa distinción. De todo ello concluye la sentencia recurrida afirmando la necesidad de estimar el recurso de la Corporación, como antes se dijo, lo que determinaba la revocación de la sentencia de instancia y finalmente la desestimación de la demanda.

TERCERO.- Frente a esa sentencia se ha interpuesto el presente recurso de casación para la unificación de doctrina por la representación de los facultativos demandantes, instrumentado formalmente en tres motivos, aunque únicamente se denuncia como infringido en todos ellos el artículo 35.1 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con el 34 del mismo texto legal, lo que pone de manifiesto un cierto desdoblamiento o descomposición artificial de la controversia. En coherencia con ese planteamiento, los recurrentes invocan tres sentencias de contradicción con la recurrida.

En el primer motivo se afirma que la sentencia recurrida es contradictoria con la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Baleares, de fecha 21 de marzo de 2.003, y la infracción se proyecta sobre la consideración de las horas que exceden la jornada máxima comunitaria de 2.290 horas anuales, o 48 en cómputo semanal, sobre las que la sentencia de contraste afirma que las que se lleven a cabo sobre ese límite y sólo esas, deberán retribuirse como extraordinarias, decisión que viene a coincidir con la pretensión subsidiaria de la demanda.

El segundo motivo se refiere a si la autonomía de los negociadores de un Convenio Colectivo alcanza o permite fijar el valor de la hora extraordinaria en cuantía distinta al de la hora ordinaria, para lo que invocan como sentencia contradictoria la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de fecha 29 de mayo de 2.001, en la que se afirma que el artículo 35.1 del Estatuto de los Trabajadores impide establecer valores de las horas extraordinarias inferiores al de la hora ordinaria.

Y el tercer punto de contradicción se concreta por los recurrentes en determinar si las horas realizadas en régimen de guardia médica de presencia por encima de la jornada ordinaria han de considerarse extraordinarias o no, para lo que señalan como sentencia contradictoria la dictada por esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 2.003 (recurso 48/2003).

Comenzando por el análisis de éste último motivo, debe decirse que aún cuando en la sentencia invocada en él como contradictoria se aborda una cuestión próxima a la que hoy es objeto del presente recurso, sin embargo, como va a verse, en ella se viene a resolver sobre hechos, fundamentos y pretensiones diferentes, de manera que no concurren para este motivo los requisitos de admisibilidad que exige el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral.

En la sentencia de esta Sala se resuelve el recurso de casación interpuesto frente a la sentencia de instancia, de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en la que se desestimó la demanda del Sindicato de Médicos de Galicia en la que se pedía, por el cauce procesal de impugnación de convenio, la declaración de ilegalidad del art. 24.1.1 del Convenio Colectivo para el personal laboral del sector sanitario de Galicia gestionado por fundaciones públicas sanitarias o empresas públicas, en cuanto -decía la demanda- no 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 jornada anual de 1655 h. en el 2.002, deben considerarse horas extraordinarias. Al propio tiempo se pedía un pronunciamiento sobre la forma de retribuir ese tiempo de trabajo, que había de ser, en opinión del demandante, a razón del mismo precio o valor de la hora ordinaria todo lo que superase la jornada común.

La sentencia de contraste que ahora se analiza razonó sobre el alcance del precepto tachado de ilegal, el artículo 24.1.1 del referido Convenio, en el que se establecía que "las horas extraordinarias (sic) que superen en cómputo anual la jornada máxima efectiva establecida, con exclusión de las correspondientes a las guardias, tendrán la consideración de extraordinarias", y añade que "para su determinación se tomará como periodo de referencia el trimestre natural". La pretensión sobre la que se resuelve se estima en parte y en el fallo de la sentencia se declara la nulidad del precepto impugnado, pero únicamente en cuanto excluye de la consideración de horas extraordinarias las de guardia, de trabajo efectivo o de presencia que, sumadas a la



jornada ordinaria, excedan de la jornada máxima legal de 40 horas semanales. Es decir: el pronunciamiento se proyecta exclusivamente sobre la duración de la jornada ordinaria, la jornada legal máxima y la naturaleza del tiempo de trabajo realizado en las guardias de presencia, pero elude de manera expresa llevar a cabo ningún pronunciamiento sobre la manera de retribuir el tiempo de trabajo realizado en la forma de guardias de presencia por encima de la jornada legal máxima, pues entiende que esas pretensiones son inadmisibles porque no se corresponden con la modalidad procesal de impugnación de convenio colectivo, que es la que se ha seguido en estas actuaciones.

Como puede verse, las diferencias entre ésta sentencia y la recurrida son trascendentales a efectos de la inadmisión del motivo, porque, aunque en ambos casos se parte de que el tiempo de guardias de presencia lo es de trabajo, se trata de Convenios Colectivos distintos, con regulaciones diferentes en uno y otro caso, con controversias que siguieron cauces procesales absolutamente distintos, pero, sobre todo, en la sentencia recurrida se resuelve sobre el único punto o debate planteado, que es la manera en la que han de retribuirse las guardias de presencia en cuanto excedan de la jornada ordinaria, extremo sobre el que expresamente rechaza pronunciarse la sentencia de contraste, de forma que no es posible que se produzca la contradicción postulada sobre un punto en que una de las sentencias, la de contraste, elude pronunciarse.

CUARTO.- El segundo motivo del recurso se pretende sostener, como antes se anticipó, en relación con la posibilidad teórica de que la autonomía de los negociadores de un Convenio Colectivo alcanza permita fijar el valor de la hora extraordinaria en cuantía distinta al de la hora ordinaria, para lo que invocan como sentencia contradictoria la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de fecha 29 de mayo de 2.001.

Al margen de que no es propio del recurso de casación para la unificación de doctrina pronunciarse sobre el alcance teórico de determinados preceptos, en este punto tampoco existe la contradicción que se pretende entre esa sentencia referencial y la que hoy se recurre en casación para la unificación de doctrina. En aquélla, la Sala del País Vasco analiza el referido problema en relación con el Convenio Colectivo de la empresa Finanzauto, SA, en vigor desde el 1 de enero de 1998 al 31 de diciembre del 2000, en el que se disponía de unas tablas de retribución de horas extraordinarias con valores-hora inferiores a las que se corresponden dispone con las horas ordinarias de trabajo. Y sobre éste punto, la Sala de suplicación afirma que Ley 11/1994, de 19 de mayo, al modificar el artículo 35.1 ET, vino a establecer un nuevo marco normativo en el que se prevé que las horas extraordinarias se abonen o en dinero o por compensación horaria, trasladándose al convenio colectivo o, en su defecto, al contrato individual la opción entre estas dos posibilidades. Pero si se opta por la retribución en metálico, en ningún caso se puede abonar en cuantía inferior a la hora ordinaria.

Como puede verse, la sentencia de contraste resuelve sobre una situación completamente distinta a la que sirvió de base al pronunciamiento recurrido, y no solo porque las regulaciones, los convenios son distintos, sino porque las horas extraordinarias a que se refiere el convenio de Finanzauto tiene una naturaleza diferente a las de la sentencia recurrida. En la de contraste se trata de remunerar la misma actividad laboral o profesional de los trabajadores que prolongan su jornada en el correspondiente puesto de trabajo un número de horas determinado. Por el contrario, en la sentencia recurrida se trata de horas de guardia, de atención continuada, realizadas para el mantenimiento de la atención sanitaria permanente y en un régimen de actividad calificado de jornada complementaria, que para la sentencia recurrida es completamente distinto al que se corresponde con la actividad ordinaria del facultativo.

QUINTO.- Queda por analizar a efectos de la contradicción el primero de los motivos del recurso, en el que se invoca como contradictoria la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Baleares de fecha 21 de marzo de 2.003. En ella se resolvió sobre la pretensión de un grupo de médicos adjuntos de un centro hospitalario de Palma de Mallorca, para el que prestaban servicios como personal laboral, regidos por un Convenio de eficacia limitada en el que, al igual que en el caso resuelto en la sentencia recurrida, se contemplaba una retribución específica para las guardias con valor-hora inferior a la que correspondía a la de trabajo ordinario. Tanto la demanda como la sentencia de contraste analizan la doctrina contenida en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 3 de octubre de 2.000, asunto SIMAP, de la que extraen los demandantes la conclusión de que el tiempo dedicado a la atención continuada prestado por los 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 el sentido de la Directiva 93/104. Por todo los demandantes se afirmaba su derecho a percibir las horas de guardia de presencia física en el centro sanitario al mismo precio que las ordinarias, sin que conste la jornada pactada en el Convenio extraestatutario. La Sala de Baleares resuelve el problema partiendo de la doctrina de la sentencia comunitaria, con cita de las sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 4 de octubre de 2.001 (recurso 644/2001)) y 12 de noviembre de 2.002 (recurso 1293/2001). De esa doctrina extrae la sentencia de contraste una primera conclusión, que es la de que la jornada máxima a realizar, incluidas las guardias de presencia,



es la de 48 horas semanales en un periodo de referencia de un año. Por ello, "al pretender los actores en su pedimento 1.º que se declare que las horas de exceso sobre la jornada ordinaria de trabajo prestada por los mismos en servicio de asistencia continuada, tienen la consideración de horas extraordinarias, sólo cabría efectuarla en relación a las que superen las 48 horas semanales en cómputo anual conforme la doctrina antes reseñada". En consecuencia, la parte dispositiva estima parcialmente el recurso de suplicación, estimando también en parte la demanda, declarándose que las horas de exceso sobre la jornada de 48 horas semanales, en cómputo de doce meses prestada por los actores a la demandada en servicio de asistencia continuada, tendrán la consideración de extraordinarias y deberán abonarse al mismo precio que la hora ordinaria de trabajo, lo que se traduce en el pago de la diferencia entre el valor de la hora de asistencia continuada abonada y el de la ordinaria en ese tramo, pero no en el anterior.

En consecuencia, 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.

Ante esas posiciones contrapuestas procede, en consecuencia, que esta Sala entre a conocer del fondo del asunto, y unifique la doctrina señalando aquella que resulte ajustada a derecho, tal y como exige el artículo 226 de la Ley de Procedimiento Laboral.

SEXTO.- Denuncian los recurrentes como infringidos los artículos 34 y 35.1 del Estatuto de los Trabajadores, si bien de manera dispersa y sin construir, como hubiera sido deseable, un motivo en el escrito de interposición del recurso dedicado de manera específica a la denuncia de la infracción o infracciones de la norma vulnerada y a su justificación. No obstante, en el escrito aparecen suficientes elementos formales sobre este punto que permiten conocer a las partes y al propio Tribunal las denuncias que se formulan en relación con el derecho aplicado en la sentencia recurrida.

Antes de seguir adelante con el análisis jurídico de las cuestiones planteadas, debe decirse que esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha resuelto en Sala General recientemente asuntos idénticos al presente, en sentencias de 21 de febrero de 2.006 (Recursos 2831, 2921 y 3338/2004) y de 22 de febrero de 2.006 (Recurso 3665/2004), seguidas de otras muchas posteriores como las de 6 y 24 de marzo de 2006 (recursos 2843/04 y 2714/04) a cuya doctrina, por evidentes razones de seguridad jurídica, ahora debemos atenernos.

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 .

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, con lo que resultaría ser, de hecho, un tiempo de trabajo "mas barato" para la empresa.

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 período 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. Incluso existen camas para que el facultativo descansa, cuando sea posible. 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 2.003 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. Alejandro , 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. Alejandro 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 Sr. Alejandro 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.

SEPTIMO.- 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 2.000, 2001 y 2002, 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.

OCTAVO.- 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.

NOVENO.- 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.

DECIMO.- 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 negociada 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 negociada, 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'".

UNDÉCIMO.- 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 desestimando el de tal clase interpuesto en su día por el Hospital de Sant Joan S.A.M. frente a la sentencia de instancia, estimando el de los demandantes, lo que supone la revocación de la sentencia de instancia y la estimación de la demanda, 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 representación de D^a Guadalupe , D^a Susana , D. Carlos Antonio , D. Abelardo , D^a Gabriela , D^a Valentina , D. Felix , D. Mauricio , D. Luis Andrés , D. Benedicto , D. Héctor , D. Serafín D. Jesús Ángel , D. Braulio , D. Íñigo , D. Silvio , D. Juan Pablo , D^a Silvia , D^a Clara , D. Gaspar , D^a Regina , D. Rogelio , D. Juan María , D. Clemente , D. Lázaro , D. Jose Miguel , D. Adolfo , D. Francisco , D. Romeo , D. Juan Carlos , D. Domingo , D. Mariano , D. Luis María , D. Benito , D. Lucio , D. Jesus Miguel , D. Ernesto y D. Salvador contra la sentencia de dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de fecha 9 de julio de 2.004 en el recurso de suplicación núm. 7612/03, interpuesto frente a la sentencia de 21 de febrero de 2.003 dictada en autos 328/02 por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Reus seguidos a instancia de los actores frente al Hospital de Sant Joan S.A.M. de Reus, sobre reclamación de derecho y cantidad. Casamos y anulamos la sentencia recurrida y resolvemos el debate planteado en suplicación desestimando el recurso de tal clase interpuesto en su día frente a la sentencia de instancia por el Hospital demandado y estimando el de los médicos recurrentes, declaramos 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. En consecuencia, condenamos al Hospital demandado al abono de las cantidades reclamadas por tales conceptos. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones al Organismo Jurisdiccional correspondiente ,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. Jesús Gullón Rodríguez hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ