TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA
CATALUNYA
SALA SOCIAL

NIG : 08019 - 44 - 4 - 2007 - 0006758
RM

[redacted]

ILMO. SR. GREGORIO RUIZ RUIZ
ILMO. SR. IGNACIO Mª PALOS PEÑARROYA
ILMO. SR. FRANCISCO JAVIER SANZ MARCOS
ILMO. SR. SEBASTIÁN MORALO GALLEGO
ILMO. SR. FELIPE SOLER FERRER
ILMA. SRA. SARA MARIA POSE VIDAL
ILMO. SR. ADOLFO MATÍAS COLINO REY
ILMA. SRA. Mª DEL MAR GAN BUSTO
ILMA. SRA. ASCENSIÓN SOLÉ PUIG
ILMO. SR. FRANCISCO BOSCH SALAS
ILMO. SR. MIGUEL ANGEL SÁNCHEZ BURRIEL
ILMA. SRA. MATILDE ARAGÓ GASSIOT
ILMO. SR. JACOBO QUINTANS GARCÍA
ILMO. SR. LUÍS JOSÉ ESCUDERO ALONSO
ILMO SR. DANIEL BARTOMEUS PLANA
ILMO. SR. AMADOR GARCÍA ROS
ILMO. SR. MIGUEL ANGEL FALGUERA BARÓ
ILMA. SRA. LIDIA CASTELL VALLDOSERA
ILMA. SRA. Mª MACARENA MARTÍNEZ MIRANDA
ILMA SRA. MARIA PILAR MARTIN ABELLA
ILMO. SR. CARLOS HUGO PRECIADO DOMENECH
ILMO. SR. LUIS REVILLA PÉREZ
ILMO. SR. ENRIQUE JIMENEZ-ASENJO GOMEZ

En Barcelona a 10 de abril de 2013

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, compuesta por los/as Ilmos/as. Sres/as. citados al margen,

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A núm. 2561/2013

En el recurso de suplicación interpuesto por [redacted] frente a la Sentencia del Juzgado Social 29 Barcelona de fecha 26 de septiembre de 2011 dictada en el procedimiento Demandas nº 161/2007 y siendo recurridos [redacted]

ES COPIA
EL SECRETARIO

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA
CATALUNYA
SALA SOCIAL

SECRETARIA JUDICIAL DE SALA DÑA. MERCEDES INIESTA GARCIA

Recurso de suplicación: 865/2012
Recurrente: [redacted]
Recurrido: [redacted]
Reclamación: Reclamación cantidad
JUZGADO SOCIAL 29 BARCELONA

DILIGENCIA.- En Barcelona, a 25 de marzo de dos mil trece.

La extiendo yo, la Secretario para hacer constar el estado que mantiene el presente procedimiento. Pasó a dar cuenta a la Sala. Doy fe.

PROVIDENCIA.-

ILMO. SR. JOSÉ DE QUINTANA PELLICER
ILMO. SR. JOSÉ QUETCUTI MIGUEL
ILMO. SR. GREGORIO RUIZ RUIZ

En Barcelona, a veinticinco de marzo de dos mil trece.

Dada cuenta; se señala para deliberación, votación y fallo en el presente procedimiento el próximo día 26 de marzo de 2013.

Así lo acordó la Sala y firma el/la Ilmo/a. Presidente. Doy fe.

DILIGENCIA.- Barcelona a la misma fecha.
Seguidamente se cumple lo acordado. Doy fe.

Administració de justícia a Catalunya • Administración de justicia en Cataluña

[redacted] y otros. Ha actuado como Ponente la Ilma. Sra. Sara Maria Pose Vidal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 2 de marzo de 2007 tuvo entrada en el citado Juzgado de lo Social demanda sobre Reclamación cantidad, en la que el actor alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó procedentes, terminaba suplicando se dictara sentencia en los términos de la misma. Admitida la demanda a trámite y celebrado el juicio se dictó sentencia con fecha 26 de septiembre de 2011 que contenía el siguiente Fallo:

"Que estimando la demanda presentada por [redacted] contra [redacted] asistida de Letrado, sobre reconocimiento de derecho y cantidad, declaro que las horas de trabajo realizadas en concepto de jornada complementaria de atención continuada que excedan de 1826 horas 27 minutos deben ser retribuidas conforme al valor de la hora ordinaria, condenando a la empresa [redacted] a satisfacer a los actores las siguientes cantidades, sin derecho al incremento de mora por la razonable litigiosidad (se expresan las cantidades por años desde 2005 y sucesivamente hasta 2010, y el total, en euros en todos los casos).

SEGUNDO.- En dicha sentencia, como hechos probados, se declaran los siguientes:

"PRIMERO.- Los actores prestan sus servicios por cuenta de la empresa demandada con las circunstancias de antigüedad, categoría y salario que expresa la demanda -aclarada-, por reproducida.

SEGUNDO.- Por sentencia dictada por el Tribunal Supremo de fecha 22.2.2006, en Sala General, se estimó el recurso de casación interpuesto por la parte actora sobre el valor hora guardia médica a partir de las 1826,27 horas anuales. Por sentencia dictada por el Tribunal Supremo de fecha 28.2.2011, se desestimó el recurso interpuesto por las patronales del sector XHUP, estableciendo que la suma de la jornada ordinaria más la complementaria de atención continuada exigible es de 2.187 horas anuales y no 2.290 horas año. Se dictó sentencia por el TSJC, de fecha 16.7.2007, en relación con la demanda interpuesta por las patronales del sector sanitario de la X.H.U.P., reclamando que se ratificara que se ajustaba a derecho la fórmula empleada para el pago del valor de la hora guardia conforme al art. 28 del convenio colectivo de aplicación. Por sentencia dictada por el Tribunal Supremo de fecha 3.3.2009, se anuló la Sentencia y se ordenó que se devolvieran los autos para que se resolviera el asunto. Por sentencia dictada por el TSJC de fecha 19.10.2009 se desestimó la demanda interpuesta por las patronales en materia de Conflicto colectivo. Por sentencia dictada por el Tribunal Supremo de fecha 17.3.2011 se desestima el recurso interpuesto por las patronales y se confirma la sentencia de fecha 19.10.09, dictada por el TSJC. Las patronales pretendieron reclamar ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo que es de aplicación lo establecido en el Estatuto Marco.

TERCERO.- [redacted]
está concertado con el ICS, integrado en la Red Hospitalaria de Utilización Pública.

CUARTO.- Por acuerdo entre la empresa y el comité, aplicado desde 2004, se establece el valor de la guardia, mejorado respecto al convenio y regula que hay 4 horas de jornada de planta por cada módulo de guardia en día laborable que se abonan pero no se realizan. Por sentencia del TSJC de 14.2.2011 se confirmó la de instancia que declaró la validez del pacto.

QUINTO.- Es de aplicación el convenio colectivo en vigor para las empresas de la X.H.U.P. 2000-2004 y el convenio colectivo en vigor 2005-2008 que se halla en situación de prórroga. Se tienen por reproducidas las tablas salariales de 2005, 2006 (reales y previstas para 2007), 2007 (reales y previstas para 2008), 2008 (previstas; no hubo revisión salarial) y 2009.

SEXTO.- Los actores han realizado las horas de guardia médica de presencia física (atención continuada), en laborables, sábados y festivos que constan en los listados que como documentos 17 a 26 aporta la demandada, por reproducidos. Se tienen también por reproducidos los siguientes documentos: nº 1 de la actora que contiene la cuantificación económica referida a los años 2005; 2006; 2007; 2008; 2009 y

2010, coincidente con el 27 de la demandada; documentos 28 a 34 de la demandada en los que se contienen las cantidades reconocidas por la empresa correspondientes a cada uno de los ejercicios comprendidos entre 2005 a 2010 descontando los conceptos con valor superior, el complemento de atención continuada y compensación "day-off". Los conceptos salariales son los indicados en el hecho cuarto de la demanda y en la aclaración.

SEPTIMO.- Se interpuso la preceptiva reclamación previa, agotándose la vía correspondiente."

TERCERO.- Contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la parte demandada, [redacted] que formalizó dentro de plazo, y que las partes contrarias, a las que se dió traslado impugnaron, elevando los autos a este Tribunal dando lugar al presente rollo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Con carácter previo al examen del recurso de suplicación formulado por la entidad demandada, [redacted], motivos de lógica y sistemática procesal imponen resolver la objeción a la admisibilidad del mismo planteada por la parte actora, que denuncia el incumplimiento de los requisitos de los artículos 227 y 228 de la LPL (actualmente 229 y 230 de la LRJS), al no haber procedido a efectuar ni el depósito preceptivo, ni la consignación del importe de la condena, cuestiones ambas que ya planteó en la instancia, siendo desestimadas por Auto de 17 de noviembre de 2011.

La oposición de la parte actora a la admisión del recurso en las condiciones descritas se funda en la consideración de no ser aplicables a la entidad recurrente las previsiones del artículo 227.4 de la LPL (art. 229 LRJS vigente), interpretación que no puede ser compartida por la Sala, como ya hemos dejado expuesto en nuestras previas sentencias de 8.10.2012 (RS 1017/2012) y de 29 de enero de 2013 (RS 3127/2012), habida cuenta que la entidad recurrente es un organismo autónomo creado por Decreto 341/1986, de 13 de octubre, del Consell Executiu de la Generalitat (DOGC n º 780, de 19 de diciembre de 1986), regulándose la figura del "consorcio" por el artículo 55 de la Ley de Organización, procedimiento y régimen jurídico de la Administración de la Generalitat de Catalunya, como instrumento de actuación administrativa autonómica; el artículo 3 de los Estatutos del Consorcio define al mismo como una entidad jurídica pública, de naturaleza institucional y de base asociativa, datos todos ellos que examinados a la luz del artículo 12 de la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, dejan fuera de toda duda que el Consorcio recurrente está exento de los deberes de consignación y depósito, hallándose incardinado en las previsiones del artículo 227.4 de la LPL, plenamente aplicable al mismo, sin que la circunstancia de que las relaciones laborales con su personal se regulen por la legislación laboral tenga incidencia alguna sobre la aplicabilidad al mismo de las normas indicadas.

SEGUNDO.- El recurso de suplicación formulado por la representación de [redacted] se dirige, en primer lugar, a la revisión de la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, invocando la previsión en tal sentido del apartado b.) del artículo 193 de la vigente LRJS, si bien la propia recurrente reconoce que las modificaciones interesadas en relación con los hechos probados segundo y tercero de la sentencia impugnada son rectificaciones de errores materiales, y si ello es así hubiera resultado mucho más correcto que acudiera la parte al ordinario recurso de aclaración ante el órgano que dictó la sentencia, en lugar de poner en marcha el excepcional mecanismo previsto por el artículo 193 b.) LRJS, destinado a la corrección de errores de hecho evidentes en la valoración de prueba, con trascendencia y repercusión sobre una eventual modificación del sentido del Fallo.

En relación con el ordinal fáctico segundo se interesa que se corrija la afirmación de que la Sentencia de esta Sala de 19 de octubre de 2009 desestimó la demanda planteada por las patronales, y se indique que fue estimada parcialmente dicha demanda, afirmación ésta que ya consta en los fundamentos jurídicos segundo y tercero de la sentencia de instancia, tal como reconoce la propia recurrente, por lo que es evidente que nos hallamos ante un mero error de transcripción, sin trascendencia, ni relevancia alguna a los efectos de la modificación de la parte dispositiva de la sentencia, sin perjuicio de acceder a la rectificación.

Idéntico razonamiento podría efectuarse en relación con el contenido del hecho probado tercero, respecto del cual se interesa que se modifique la indicación de que el [redacted], está concertado con el ICS, siendo lo correcto referir dicho concierto al Servei Català de la Salut- CatSalut, dato éste cuya rectificación pudo y debió interesarse por el cauce de aclaración de sentencia, al resultar evidente que es un error material, sin perjuicio de acceder a la modificación interesada, en aras a la mayor claridad de los datos fácticos a tomar en consideración para la resolución del recurso.

TERCERO.- En sede de censura jurídica, con correcto amparo procesal en el apartado c.) del artículo 193 de la LRJS, denuncia la entidad recurrente la infracción por la sentencia de instancia de las previsiones del artículo 35 del Estatuto de los Trabajadores, por indebida aplicación del mismo, e infracción, por falta de aplicación del artículo 37.13 del Convenio Colectivo de la XHUP, en relación con los restantes apartados de esa misma norma convencional.

La cuestión litigiosa planteada en el presente caso se ciñe a la determinación de cuál deba ser la retribución aplicable a las guardias de presencia física, postulándose en la demanda que se abone conforme al valor de hora ordinaria, y planteándose en el recurso, como cuestión previa , cuál deba ser la interpretación de la doctrina derivada de la Sentencia de la Sala IV del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2011, dictada en casación ordinaria formulada frente a la de esta Sala de 19 de octubre de 2009, defendiendo la entidad recurrente que el contenido de la misma aún permite defender la aplicabilidad del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud (Ley 55/2003) como norma supletoria, negando fuerza de cosa juzgada, en los términos en que lo ha hecho la sentencia de instancia, a la referida STS de 23 de marzo de 2011.

Nuevamente se plantea ante esta Sala una cuestión litigiosa relacionada con las jornadas de guardias médicas de presencia, jornada que en el Convenio Colectivo de la XHUP cuenta con regulación específica, dado que tras fijarse la jornada anual ordinaria se regula la complementaria como ajena a aquélla y ajena también a las horas extraordinarias, estableciendo claramente la obligatoriedad de su realización y una retribución específica de inferior valor al de la hora ordinaria; tal configuración convencional, junto con la interpretación que el TJUE efectuó, en Sentencias de 3 de octubre de 2000 y 9 de septiembre de 2003, de la Directiva 93/1004/CE, en el sentido de considerar que a efectos del cómputo de la jornada de 48 horas semanales establecida en la Directiva, debían computarse, tanto las horas ordinarias, como las de guardia de presencia física, generó un auténtico rosario de litigios, abordados, entre otras, por las Sentencias de 8.10.2003, 22.2.2006, 28.3.2006, 29.5.2006. 8.6.2006, 27.11.2006 y 5.12.2006, en todas las cuales se asume por parte de la Sala IV del TS el criterio del TJCE, sobre la consideración de tiempo de trabajo efectivo de estas guardias médicas de presencia, señalando que pese a la especificidad de la actividad, no se trata de una jornada especial con amparo en el RD 1561/1995, añadiendo que el Convenio Colectivo carece de competencia para atribuir esa condición de jornada especial; ahora bien, el Tribunal Supremo no considera que estemos ante jornada extraordinaria sin más, sino ante una jornada complementaria, es decir, aquella que se produce entre la jornada máxima convencional y la legal, de modo que una parte de la jornada complementaria es jornada ordinaria y otra es jornada extraordinaria. En este sentido, la STS de 22 de febrero de 2006, indica que 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, criterio que se reitera en las posteriores de 28 de marzo, 29 de mayo, 8 de junio, 27 de noviembre y 5 de diciembre de 2006.

En consecuencia, conforme a la referida doctrina unificada, a los efectos de calificación del tiempo de trabajo, es jornada ordinaria la que abarca hasta las 1826 horas y 27 minutos, franja dentro de la cual se comprenden, por un lado, 1688 horas de tiempo de trabajo en planta, y el resto de guardias de presencia física, consideradas como ordinaria; a partir de ese tope y hasta las 2.187 horas anuales se aplica la consideración de jornada extraordinaria a las guardias médicas de presencia realizadas y, por tanto, ese exceso debe retribuirse, como horas extras, al menos, al mismo valor que el de hora ordinaria.

Lejos de lo que pudiera parecer, esta doctrina no supuso el establecimiento de una definitiva paz jurídica sobre la cuestión, sino que a raíz de la publicación y entrada en vigor de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud se abre un nuevo frente en el conflicto, dado que en el artículo 48.3 de la citada Ley se indica literalmente que *"La jornada complementaria no tendrá en ningún caso la condición ni el tratamiento establecido para las horas extraordinarias. En consecuencia, no estará afectada por las limitaciones que respecto a la realización de horas extraordinarias establecen o puedan establecer otras normas y disposiciones, y su compensación o retribución específica se determinará independientemente en las normas, pactos o acuerdos que, en cada caso, resulten de aplicación"*. Por otro lado, en la Disposición Adicional

Segunda de la Ley 55/2003, referida específicamente a la jornada y descansos de los centros del Sistema Nacional de Salud, tras establecer la aplicación a todo el personal sanitario con independencia de la naturaleza de su vínculo, que trabajen en los centros y servicios sanitarios gestionados directamente por los servicios de salud, añade *"Asimismo, dicho régimen será de aplicación, bien con carácter supletorio en ausencia de regulación sobre jornada y descansos en los convenios colectivos en cada caso aplicables, bien directamente si la regulación de esta Ley resulta más beneficiosa que las previsiones de dichos convenios, al personal de los centros vinculados o concertados con el Sistema Nacional de Salud, cuando tales centros estén formalmente incorporados a una red sanitaria de utilización pública."*, previsión interpretada por las organizaciones empresariales del sector sanitario concertado de Cataluña en el sentido de que la normativa convencional es ajustada a derecho al fijar un precio/hora para las guardias médicas de presencia específico, aunque sea inferior al de la hora ordinaria, por no ser horas extras, partiendo de que la Ley 55/2003 modificaba el contenido del artículo 35 del ET en el ámbito de los servicios sanitarios, promoviendo demanda de conflicto colectivo, inicialmente resuelta por Sentencia de esta Sala de 16 de julio de 2007, que dejó imprejuzgada la cuestión de fondo, siendo anulada en casación por el TS, y dictándose nueva Sentencia el 19 de octubre de 2009, parcialmente estimatoria de la demanda de la patronal, en la que se declara que el artículo 37.13 del Convenio Colectivo de la XHUP, en relación con el artículo 28 del mismo, se ajusta al artículo 35 del ET, pero única y exclusivamente en la medida en que se aplique a las horas de atención continuada que no superen la jornada máxima legal; asimismo, en nuestra sentencia indicábamos que no es de aplicación la Ley 55/2003 al personal de la XHUP, por estimar que el mismo no tiene encaje en el ámbito subjetivo de aplicación del Estatuto Marco, así como por considerar que esa inclusión no es posible a través de una remisión por parte del Convenio Colectivo de la XHUP.

La STS de 23 de marzo de 2011, desestimó el recurso formulado por la Patronal frente a la referida sentencia, y, aunque por argumentos diferentes a los utilizados por esta Sala, también rechaza la aplicabilidad de la Ley 55/2003 al personal de la XHUP en materia de jornada y descansos, por cuanto no concurren las condiciones que fija la DA 2ª; a saber, ausencia de regulación específica en el convenio colectivo o que la regulación del Estatuto Marco sea más beneficiosa que la del convenio, concluyendo la Sala IV que la regulación en esta materia del Convenio de la XHUP es más favorable o más beneficiosa que la del Estatuto Marco, descartando la aplicabilidad de éste.

A partir de este pronunciamiento de la Sala IV propugna la entidad recurrente que interpretemos el mismo en el sentido de considerar que cuando el Convenio Colectivo, como es el caso del aplicable al personal de la XHUP, es más favorable que la Ley 55/2003, se aplica aquel, pero con sujeción a los límites de dicha Ley y no del artículo 35 del ET, propugnando la siguiente tesis interpretativa, cuando en el convenio nada se dice en materia de jornada y descansos se aplica el Estatuto Marco por virtud de la DA 2ª, y las horas de guardia de presencia física en ningún caso se consideran como horas extras por así disponerlo el artículo 48.3 del Estatuto Marco, pudiendo abonarse a un precio inferior al de la hora ordinaria, sin que pueda admitirse que cuando el convenio colectivo regula la materia incluso de forma más favorable que el Estatuto Marco deban aplicarse los límites del Estatuto

de los Trabajadores, por cuanto, a juicio de la recurrente, ello conduciría al absurdo y a una situación manifiestamente injusta.

A pesar del elaborado razonamiento de la entidad recurrente, haciendo hincapié en la supuesta contradicción entre el pronunciamiento de la Sala IV y la interpretación que del mismo deriva la parte actora, acogida por la sentencia de instancia, no podemos obviar que su pretensión última, y así lo reconoce en el escrito de formalización del recurso, es negar la fuerza de cosa juzgada a la Sentencia de la Sala IV del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2011, por estimar que no concurren los requisitos del artículo 222 de la LEC, debido a que no se descarta por la Sala IV la aplicabilidad del Estatuto Marco por los mismos argumentos que la previa Sentencia de esta Sala; en modo alguno podemos compartir el argumento de la recurrente, puesto que el mismo olvida que el conflicto colectivo del cual trae causa la STS de 23.3.2011, promovido por la patronal sanitaria, pretendía que se declarase que el artículo 37.13 en relación con el 28 del Convenio de la XHUP era ajustado al artículo 35 del ET, a partir de la entrada en vigor de la Ley 55/2003, cuestión ésta que afectaba a un buen número de demandas individuales y plurales de personal médico, en las que se reclamaba el abono de las horas de guardia, al menos, conforme al valor de la hora ordinaria, procedimientos todos ellos que quedaron paralizados a la espera de que se resolviera el conflicto colectivo, como así ocurrió con la demanda rectora de las presentes actuaciones, según se indica en el fundamento jurídico cuarto de la sentencia de instancia, admitiéndose pacíficamente que la sentencia que pusiera fin al conflicto, lógicamente, desplegaría efectos de cosa juzgada sobre la reclamación que ahora nos ocupa, no existiendo amparo legal alguno al "replanteamiento" del mismo debate, ya zanjado por la Sala IV, con motivo de este recurso de suplicación.

A mayor abundamiento, en la propia STS de 23.3.2011 a la que la recurrente niega efectos de cosa juzgada, se indica en el fundamento jurídico tercero literalmente *"En definitiva sigue siendo de plena aplicación el artículo 35 del ET y la doctrina de esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo a la que hemos dejado hecha referencia en el primer párrafo del 2º fundamento, pues- en contra de lo que los recurrentes sostienen- dicho precepto no ha podido ser afectado en ninguna medida por el Estatuto Marco del Personal Sanitario, dada la inaplicabilidad de éste último a la regulación que nos ocupa".* Además, en el mismo fundamento jurídico, y en relación con la aplicabilidad o no, con carácter supletorio, de las previsiones del Estatuto Marco, indica la Sala IV que *" ...otro dato revelador acerca de que los negociadores se inclinaron por la inaplicabilidad de la Ley 55/2003 lo constituye el art. 9 del Convenio litigioso, que en su párrafo segundo establece : "En aquello que no esté previsto , se estará a aquello que dispone el Estatuto de los Trabajadores y otras disposiciones de aplicación". Esto es , que el propio Convenio remite como norma de regulación supletoria al ET y no a la Ley 55/2003, pese a que ésta estaba ya vigente en el momento de conclusión de dicho Convenio, cuyo ámbito temporal está referido a los años 2005 al 2008"*, razonamientos que evidencian que la pretensión de la recurrente de ignorar el pronunciamiento de la Sala IV, con fuerza de cosa juzgada, sobre la cuestión referida a la aplicabilidad o no del Estatuto Marco, está condenada al fracaso, como así ya ha apreciado esta misma Sala , en relación con idéntica cuestión, en las Sentencias n º 6604/2012, de 8 de octubre (RS 1017/2012) y n º 680/2013, de 29 de enero (RS 3127/2012).

En consecuencia, hemos de coincidir con la sentencia de instancia, conforme con la doctrina unificada de la Sala IV, en que las horas de guardia de presencia física que exceden de las 1826 horas y 27 minutos, son horas extraordinarias y, en consecuencia, han de abonarse, como mínimo, al precio de hora ordinaria.

CUARTO.- Con idéntico amparo procesal en el apartado c.) del artículo 193 de la LRJS, denuncia la recurrente la infracción , por aplicación indebida, del artículo 34.1 del Convenio Colectivo de la XHUP en relación con el artículo 37 del mismo.

Sostiene la entidad recurrente que en la práctica existen dos tipos de horas ordinarias, las realizadas en planta, y las de guardia de presencia física que no superan las 1.826 horas con 27 minutos, dándose la circunstancia de que conforme al criterio de la STS de 21 de febrero de 2006, dictada en Sala General, admite que las horas de guardia de presencia física sean retribuidas conforme a la previsión convencional, aunque su valor sea inferior al de la hora ordinaria; efectivamente, en el fundamento jurídico octavo de la STS 21.2.2006, tras recordar que las horas de guardia son horas de trabajo y las que se realizan por encima de la jornada legal máxima deben calificarse forzosamente como horas extraordinarias, añade que *"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."*

Tal argumentación jurídica es la que lleva a la recurrente a afirmar la existencia de dos tipos de horas ordinarias, las horas de planta y las de guardia que no sobrepasan las 1826 horas y 27 minutos, cuyo importe es diferente, postulando que el precio de las horas de guardia que exceden de ese tiempo se abonen conforme a las de guardia "ordinarias", pretensión que tampoco puede tener acogida favorable por la Sala, habida cuenta que la premisa básica de la que hemos de partir, conforme a la doctrina unificada a la que reiteradamente nos venimos remitiendo, es la de que, en ningún caso cabe abonar las horas de guardia que exceden de la jornada máxima legal por un precio inferior al de la hora ordinaria; consideramos que la argumentación jurídica de la entidad recurrente es errónea al identificar dos conceptos diferentes, el de la naturaleza jurídica de determinadas franjas de prestación de servicios y el del precio o valor aplicable, es decir, la circunstancia de que las horas de guardia prestadas por debajo de las 1826 h y 27' no sean

consideradas extraordinarias y, por tanto, se permita su abono con el valor específico pactado en convenio, no permite afirmar que ese valor específico sea el de la hora ordinaria, especialmente cuando es un hecho pacífico que el precio atribuido a esas horas de guardia es "inferior al de la hora ordinaria", teniendo por tal el aplicable a las horas de trabajo en planta, ergo, a los efectos de la presente litis, todas las horas de guardia de presencia física que superan el límite tantas veces aludido de las 1826 h 27 ' deben abonarse, como mínimo, con el mismo valor que la hora ordinaria de planta; de prosperar la tesis de la entidad recurrente la consecuencia sería el abono de las horas extraordinarias a un importe inferior al de las horas ordinarias, consecuencia inasumible a la vista de la doctrina unificada de aplicación.

QUINTO.- Esta conclusión no pone fin a la censura jurídica formulada, dado que para el caso de que se considere, como es el caso, que el valor ha de ser el de la hora de planta, postula la entidad recurrente la exclusión del concepto salarial denominado "complemento de atención continuada" regulado por el artículo 34.1 del Convenio Colectivo de la XHUP, y que es percibido proporcionalmente por aquellos facultativos que realizan una jornada complementaria de atención continuada (guardias de presencia física) igual o superior al 75% de la máxima jornada complementaria de atención continuada exigible.

El tenor literal del precepto convencional es el siguiente:

*"**Complemento para la atención continuada:** Lo perciben proporcionalmente aquellos facultativos/vas que -además de su jornada ordinaria- realizan una jornada complementaria de atención continuada (guardias de presencia física) igual o superior al 75% de la máxima jornada complementaria de atención continuada exigible.*

El importe completo de este plus, que se percibe una sola vez al año dentro del primer trimestre natural, lo perciben aquellos facultativos/vas que -en el año natural anterior- han llevado a cabo la máxima jornada complementaria de atención continuada exigible."

El número máximo de horas de guardia de presencia exigible es de 499 horas anuales (2.107-1688) y el 75% sobre ese máximo es de 374,25 horas, por lo que el citado complemento se percibe exclusivamente por el personal médico que iguale o supere ese 75% y proporcionalmente al número de horas de exceso realizado.

A la vista de tal configuración, y contrariamente a lo que afirman las previas sentencias de nuestra Sala, sobre esta misma cuestión, nº 6604/2012, de 8 de octubre (RS 1017/2012) y n º 680/2013, de 29 de enero (RS 3127/2012), consideramos que este complemento no es un plus salarial que compensa la "disponibilidad" a realizar horas de guardia, sino que es un complemento específico por la efectiva realización de guardias de presencia física, pero no en cualquier número, sino igualando o superando ese 75% del máximo exigible, por lo que no podemos compartir la tesis que contienen las dos resoluciones previas, en el sentido de que este es un complemento objetivo vinculado a la disponibilidad a la realización de las horas de guardia, al derivarse, tanto del tenor literal del propio precepto, como

de la aplicación práctica del mismo, que únicamente se abona a quiénes efectúan esas guardias médicas en un determinado número y proporcionalmente al número realizado.

Los facultativos que han cubierto ese 75% o más de horas de guardia de presencia física, por tanto, han percibido esas horas de guardia en un importe superior al que figura en nómina con esa denominación, habida cuenta que el complemento para la atención continuada supone incrementar indirectamente el precio de la hora de guardia en los casos señalados, motivo por el cual se interesa por la entidad recurrente que se tome en consideración el importe percibido por tal complemento por cada uno de los demandantes, a los efectos del cálculo de las diferencias retributivas existentes.

Es un hecho incontrovertido que para establecer las diferencias económicas que corresponderían a los facultativos demandantes, de prosperar íntegramente la demanda, se ha procedido a fijar el importe que hubiera correspondido de haberse realizado todas las horas en planta, y se ha descontado del mismo el importe abonado en concepto de guardia de presencia física, sin que en ese descuento se haya tomado en consideración lo percibido por los facultativos como "complemento de atención continuada" del artículo 34.1 del Convenio; no existe discrepancia entre las partes respecto del importe aplicable al precio de "hora ordinaria" en caso de prosperar la demanda, al contrario, tal como se indica en la sentencia de instancia, las partes consiguieron fijar de mutuo acuerdo el valor hora ordinaria aplicable a las horas de guardia reclamadas, coincidiendo ambas en que no cabía incluir en ese valor o precio el complemento de atención continuada, dado que es aplicable específica y exclusivamente al trabajo en guardias, la discrepancia entre las partes radica, si acudimos a términos matemáticos, no en el minuendo, sino en el sustraendo, a fin de que sea tomado en consideración el importe íntegro y efectivamente percibido en concepto de horas de guardia de presencia , y que no ha sido exclusivamente a razón del precio hora fijado con carácter general en el convenio, puesto que, además, los facultativos que han realizado más de 374,25 horas de guardia han percibido el complemento de atención continuada proporcionalmente, y lo han percibido en las cuantías que figuran a los documentos 28 a 34 de la parte actora, a los que nos remite el hecho probado sexto de la sentencia de instancia.

Así planteada la cuestión, y a diferencia de lo que se discute en los procedimientos de determinación del precio de la hora extraordinaria en el ámbito de las empresas de seguridad, a los que analógicamente acuden nuestras dos sentencias previas sobre la materia, no estamos aquí debatiendo sobre el importe al que deben ser abonadas las horas de guardia, puesto que a estas alturas del recurso la entidad recurrente ya está dando por buena la aplicación del precio hora ordinaria, entendida como hora de planta, el único punto de discrepancia está en el análisis de lo percibido efectivamente por los facultativos en concepto de guardia de presencia, y establecido que el complemento litigioso es específico de las guardias de presencia, debe efectuarse el cálculo partiendo de que en el minuendo tenemos el precio hora ordinaria de planta, no debatido, y en el sustraendo debemos incluir, tanto el importe que en nómina figura como "hora de guardia de presencia física", más lo percibido por complemento por atención continuada.

SEXTO.- Finalmente, también denuncia la entidad recurrente la infracción por la sentencia de instancia de de los artículos 28 y 37 del Convenio Colectivo de la XHUP, en relación con la Sentencia de esta Sala de 14 de febrero de 2011.

En el ordinal fáctico cuarto de la sentencia de instancia, se alude a la existencia de un pacto extraestatutario del año 2004, analizado en su día por esta misma Sala en Sentencia n º 1149/2011, de 14 de febrero, dictada en recurso de suplicación 5990/2010, pacto por virtud del cual se acuerda la no exigencia de la recuperación física del denominado "day off", constando en el antecedente segundo de dicha sentencia, la reproducción de los hechos probados quinto y sexto de la sentencia de instancia, del siguiente tenor:

"**5º.-** Los días laborables (de lunes a jueves) cuando les toca guardia médica de presencia física, la misma comienza a las 17.00 horas y se extiende hasta las 8 horas del día siguiente (15 horas).

6º.- Cuando salen de la guardia, a las 8 horas del día siguiente, realizan el obligatorio descanso ininterrumpido de 12 horas. No recuperan las horas de jornada ordinaria que dejan de realizar del denominado "day off"."

En consecuencia, por virtud del referido pacto, los facultativos realizan el descanso ininterrumpido de las 12 horas siguientes a la finalización de la guardia, y una vez concluido éste no efectúan las 8 horas de planta, ninguna de ellas, dado que no se les exige la recuperación del day-off, habiendo pactado las partes que, a pesar de la no realización, percibirán los trabajadores el importe de 4 horas de las 8 no realizadas, y, a cambio, no perciben las primeras cuatro horas de la siguiente guardia, que se finge iniciada a las 21:00h, aunque lo cierto es que comienza a las 17:00h, en el bien entendido de que, con tal compensación, siguen percibiendo la retribución por horas no trabajadas, 4 horas, lo que supone, de facto, una mejora o encarecimiento indirecto del precio de hora de guardia, establecido en el Convenio de la XHUP, debiendo procederse a su detracción del mismo modo que el complemento por atención continuada, con estimación parcial del recurso formulado, conforme a las cuantías especificadas a los folios 483 a 496 de las actuaciones.

VISTOS los preceptos citados y por las razones expuestas

FALLAMOS

Estimamos en parte el recurso de suplicación formulado por [redacted] y, en consecuencia, debemos revocar y revocamos parcialmente la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n º 29 de los de Barcelona, de 26 de septiembre de 2011, en el procedimiento nº 161/2007, sustituyendo el pronunciamiento de su parte dispositiva por el siguiente:

Estimando parcialmente la demanda rectora de las presentes actuaciones, debemos declarar y declaramos el derecho de los demandantes a percibir las horas de trabajo

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, y expídase testimonio que quedará unido al rollo de su razón, incorporándose el original al correspondiente libro de sentencias.

La presente resolución no es firme y contra la misma puede interponerse Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, para ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, el cual deberá prepararse mediante escrito con la firma de Abogado y dirigido a ésta Sala en donde habrá de presentarse dentro de los diez días siguientes a la notificación, con los requisitos establecidos en el Art. 221 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

Así mismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 229 del Texto Procesal Laboral, todo el que sin tener la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social o no goce del beneficio de justicia gratuita o no se encuentre excluido por el art. 229.4 de la Ley de Procedimiento Laboral, consignará como depósito, al preparar el Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, la cantidad de 600 euros en la cuenta de consignaciones que tiene abierta esta Sala, en [redacted] añadiendo a continuación los números indicativos del recurso en este Tribunal.

La consignación del importe de la condena, cuando así proceda, se realizará de conformidad con lo dispuesto en el art. 230 la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social y se efectuará en la cuenta que esta Sala tiene abierta en [redacted] (oficina indicada en el párrafo anterior), Nº 0965 0000 80, añadiendo a continuación los números indicativos del Recurso en este Tribunal, y debiendo acreditar el haberlo efectuado, al tiempo de preparar el recurso en esta Secretaría.

Así por nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.