

CASACION núm.: 89/2018

Ponente: Excm. Sra. D.^a María Milagros Calvo Ibarlucea

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

TRIBUNAL SUPREMO Sala de lo Social

Sentencia núm. 535/2019

Excmo. Sr. y Excmas. Sras.

D.^a María Milagros Calvo Ibarlucea

D.^a María Luisa Segoviano Astaburuaga

D. José Manuel López García de la Serrana

D.^a Rosa María Virolés Piñol

D.^a María Lourdes Arastey Sahún

En Madrid, a 4 de julio de 2019.

Esta Sala ha visto los recursos de casación interpuestos por el letrado D. Albert Moreno Sole en nombre y representación de Consorci Associació Patronal Sanitaria i Social (CAPSS), y por el letrado D

en nombre y representación de UGT Catalunya, el letrado D.

en nombre y representación de Unió Catalana D'Hospitals la letrada Dña. B en nombre y representación

de C.S. Comissió Obrera Nacional de Catalunya (CC.OO) la letrada Dña.

en nombre y representación del Sindicato Metges de Gatalunya, el letrado L en nombre y representación

del Sindicato de Enfermería SATSE, contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de fecha 02/02/2017 en autos nº 42/16 seguidos a instancias de la Confederació sindical de la Comissió Obrera Nacional de Catalunya (CC.OO), Unió General de Treballadors de Catalunya y Sindicato de Enfermería (SATSE) contra

Sindicato Metges de Catalunya, Unió Catalana D'Hospitals, Consorci Associació Patronal Sanitaria i Social (CAPSS) y Associació Catalana D'Entitats de la Salut (ACES) sobre conflicto colectivo.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a María Milagros Calvo Ibarlucea.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 7 de octubre de 2016 tuvo entrada en la Secretaría de esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña demanda conflicto colectivo en la que interviene como parte demandante CONFEDERACIÓ SINDICAL DE LA COMISSIÓ OBRERA NACIONAL DE CATALUNYA (Sindicato CCOO), UNIÓ GENERAL DE TREBALLADORS DE CATALUNYA y SINDICATO DE ENFERMERÍA (SATSE) y como parte demandada SINDICATO METGÉS DE CATALUNYA, UNIÓ CATALANA D'HOSPITALS, CONSORCI ASSOCIACIÓ PATRONAL SANITARIA I SOCIAL (CAPSS) y ASSOCIACIÓ CATALANA D' ENTITATS DE LA SALUT (AGES), en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaron de aplicación, terminaban suplicando que se declare el derecho de todos los trabajadores afectados por el ámbito de este conflicto a que su retribución de vacaciones incluya el promedio anual de todas sus retribuciones debiendo incluir los siguientes conceptos:

- Salario base mensual (art. 25)
- Plus convenio mensual (art. 26)
- Retribución complementaria específica de los grupos 1 y 2 de los centros de primaria farf. 27) que se remite a los artículos 78 a 80 del convenio, así como, al anexo 16.
- Nivel de SIPDP (art. 75), así como, anexos 13, 14 y 15 del Convenio.
- Gratificaciones extraordinarias de junio y diciembre (artículo 28).
- Plus vinculación o antigüedad (artículo 29).
- Plus nocturnidad (artículo 30).
- Plus de responsabilidad, supervisión o mando (artículo 31).
- Plus sábado, plus domingo, plus festivo y plus festivo especial (artículo 32).
- Retribución anual complementaria del grupo 1 y 2 (artículo 33): complemento de atención programada, de adscripción al SIPDP y de atención continuada
- Horas extras (artículo 34).

- Guardias sean localizables o de presencia (jornada complementaria de atención continuada, artículo 35).
- Retribución variable por objetivos (artículo 36).»

SEGUNDO.- Con fecha 2 de febrero de 2017 la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: FALLO:

«Que debemos estimar y estimamos en parte la demanda de conflicto colectivo planteada por el Sindicato de Enfermería (STSE), Unió General de Treballadors de Catalunya, Confederado Sindical de la Comissió Obrera Nacional, de Catalunya (Sindicato CC.OO) a la que se adhirió el Sindicato de Metges de Catalunya contra Unió Catalana d'Hospitals, Consorci Associació Patronal Sanitaria i Social (CAPSS) y Associació Catalana d'Entitats de la Salut (AGES) declaramos que deben integrar la retribución de las vacaciones anuales de los trabajadores a los que afecta el Convenio Colectivo de Trabajo de los Hospitales de Agudos, Centros de Atención Primaria, Centros Socio Sanitarios y de Salud Mental concertados con el Servei CATALA de la Salut, además de los conceptos retributivos que ya se tienen en cuenta en la actualidad, el COMPLEMENTO de ATENCIÓN CONTINUADA, las GUARDIAS o RETRIBUCIÓN de la JORNADA COMPLEMENTARIA de ATENCIÓN CONTINUADA y los PLUSES de SÁBADO, DOMINGO, FESTIVO, estos últimos única y exclusivamente los recogidos en los artículos 32-1, 32-2 y 32-3 del aludido Convenio Colectivo, condenando a los demandados a estar y pasar por esta declaración y absolviendo a los mismos de las demás pretensiones de la demanda . Todo ello sin expresa condena en costas a ninguna de las partes. »

CUARTO.- En la anterior sentencia se declararon probados los siguientes hechos, que se transcriben según constan en la recurrida, si bien pueda contener algunas erratas menores de fácil subsanación e irrelevantes a los fines de la resolución de los presentes recursos de casación:

«Primero.- El I Convenio Colectivo de Trabajo de los Hospitales de Agudos, Centros de Atención Primaria, Centros Socio Sanitarios y de Salud Mental concertados con el Servei CATALA de la Salut fue firmado por la parte empresarial compuesta por Unió Catalana d'Hospitals, Consorci Associació Patronal Sanitaria i Social (CAPSS) y Associació Catalana d'Entitats de la Salut (AGES) y por la parte social por el Sindicato de Enfermería (STSE), Unió General de Teballadors de Catalunya, Confederació Sindical de la Comissió Obrera Nacional de Catalunya (Sindicato CC:OO.), el día 28 de Abril de 2015.

Segundo.- El artículo 22 del convenio mencionado regula el descanso periódico anual (vacaciones) de los grupos 4, 5, 6 y 7 . respecto a la normativa aplicable a los grupos 1, 2 y 3 el artículo 20 remite al Estatuto Marco del Personal Estatutario.

El artículo 22-3 del aludido convenio dispone que las vacaciones se retribuirán incluyendo salario base y todos los complementos salariales que corresponden a la jornada ordinaria y

que según tablas se establezcan como mínimo en 12 pagas. Las condiciones retributivas del personal vienen reguladas principalmente en el capítulo 4 del convenio colectivo, principalmente de los artículos 25 a 36 ambos incluidos y cuyo contenido damos aquí por reproducido.

Tercero.- Los conceptos retributivos que integran la paga de vacaciones que se vienen satisfaciendo a los trabajadores de las empresas pertenecientes a las asociaciones patronales codemandadas son los siguientes:

Salario base plus convenio

Plus vinculación Plus nocturnidad Plus responsabilidad

Retribución anual complementaria grupo 1 y 2 (artículo 33): complemento para la atención programada y complemento de adscripción al SIPDP.

Nivel de SIPDP. (artículo 75), así como, anexos 13, 14 y 15 del convenio.

Retribución complementaria específica de los grupos 1 y 2 de los centros de primaria artículo 27) que se remite a los artículos 78 a 80 del convenio así como al anexo 16.

Por el contrario no se incluyen en este momento en la retribución de las vacaciones anuales los complementos salariales siguientes:

Pluses de sábado, domingo, festivo y plus festivo especial (artículo 32)

El complemento de atención continuada (artículo 33)

Las horas extraordinarias (artículo 34)

Las guardias o retribución de la jornada complementaria de atención continuada (artículo 36)

Cuarto.- El objeto de la controversia que plantea la demanda de conflicto colectivo presentada por el Sindicato de Enfermería (SISE), Unió General de Treballadors de Catalunya, Confederació Sindical de la Comissió Obrera Nacional de Catalunya (Sindicato CC:OO) contra las Asociaciones Patronales antes señaladas y a la que se adhirió el Sindicato de Metges de Catalunya es la interpretación del artículo 22 del Convenio Colectivo mencionado en relación con el artículo 7 del Convenio nº 132 de la OIT ratificado por España y de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de noviembre de 2003 relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo- de trabajo, que concretamente en su artículo 7 establece la regulación de las vacaciones anuales, y también en relación con la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre esta cuestión y con la jurisprudencia de la Sala IV del Tribunal Supremo, para determinar si los conceptos retributivos que en el anterior hemos mencionado como no integrantes en la actualidad de la paga de vacaciones de los trabajadores, deben incluirse también en la misma.

Quinto.- El conflicto afecta a todos los trabajadores y trabajadoras que presten sus servicios en los centros o instituciones a las cuales les sea de aplicación que son a los que se refiere el artículo 1.2 de la norma convencional al regular su ámbito funcional.

Sexto.- El 25 de julio de 2016 se celebró intento de conciliación ante el Tribunal Laboral de Catalunya con el resultado de sin avenencia.»

QUINTO.- Por parte de el letrado D. [redacted] en nombre y representación de Consorci Associació Patronal Sanitaria i Social (CAPSS), y por el letrado L. [redacted] en nombre y representación de UGT Catalunya, el letrado D. [redacted] en nombre y representación de Unió Catalana D'Hospitals la letrada Dña. [redacted] en nombre y representación de C.S. Comissió Obrera Nacional de Catalunya (CC.OO) la letrada Dña. [redacted] en nombre y representación del Sindicato Metges de Gatalunya, el letrado D. J. [redacted] en nombre y representación del Sindicato de Enfermería SATSE, se interpusieron sendos recursos de Casación, ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, amparados en lo dispuesto en el artículo 207 d) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social por error en la apreciación de la prueba, e) por infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia.

SEXTO.- Por providencia de esta Sala, se procedió a admitir a trámite el citado recurso, y evacuado el trámite de impugnación, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de considerar la improcedencia de los recursos en su totalidad. E instruida la Excma. Sra. Magistrada Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 13 de junio de 2019, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por C.S. Comissió Obrera Nacional de Catalunya (CC.OO), UGT Catalunya y el Sindicato de Enfermería SATSE se promovió demanda de conflicto colectivo frente a Unió Catalana D'Hospitals, Consorci Associació

Patronal Sanitaria i Social (CAPSS) y Associació Catalana D'Entitats de la Salut (ACES) en cuyo suplico se solicita que proceda la integración en la retribución de las vacaciones anuales de:

Plus de sábado, domingo, festivo

Plus festivo especial (art. 32)

El complemento de atención continuada (art. 33).

Las horas extraordinarias (art. 34).

Las guardias o retribución de la jornada complementaria de atención continuada (art. 35).

La retribución variable por objetivos (art. 36).

La sentencia del Tribunal superior de Justicia de Cataluña estimó en parte la demanda y declaró que la retribución de las vacaciones anuales debe incluir además de los conceptos actualmente reconocidos el complemento de atención continuada, las garantías de retribución de la jornada complementaria de atención continuada, los pluses de sábado, domingo y festivo estos últimos única y exclusivamente los recogidos en los artículos 32-1, 32-2 y 32-3 del Convenio Colectivo de Trabajo de los Hospitales de aquellos centros de Atención Primaria, centros socio-sanitarios y de Salud Mental concertados con el Servicio Catalán de Salud, absolviendo a los demandados de las pretensiones relativas a:

Plus festivo especial (art. 32).

Las horas extraordinarias (art. 34)

La retribución variable por objetivos (art. 36).

En su análisis pormenorizado de la jurisprudencia comunitaria y nacional realiza una muy extensa cita de resoluciones en las que se ha ido configurando la concreta aplicación del artículo 7 del Convenio 132 de la OIT como de la Directiva UE 2003/88.

En particular resume la cita de la STS de 8 de junio de 2016 (Rec. 207/2015) porque en ella se contiene una fórmula de simplificación útil para la ordenación de las retribuciones en función de su mayor o menor proximidad al núcleo de lo que cabe considerar como retribución normal o media que reproducimos a continuación:

«a).- Lo que se ha denominado "núcleo" -zona de certeza-, que parece debe integrarse, en su faceta "positiva" por los conceptos que integran la retribución "ordinaria" del trabajador individualizado, como por ejemplo, el salario base, los conceptos -complementos- debidos a "condiciones personales" del trabajador (antigüedad, titulación, idiomas...) y a circunstancias de la "actividad empresarial" (toxicidad; penosidad; peligrosidad...) que siempre son percibidos por los trabajadores individualmente considerados; y en su faceta "negativa", por términos generales, los conceptos retributivos extraordinarios (con carácter general y sin perjuicio de su excepción en singulares circunstancias, los bonus determinados incentivos, horas extraordinarias...).

b).- El llamado "halo" -zona de duda-, que bien pudiera estar integrado por complementos atribuibles a circunstancias relativas al concreto "trabajo realizado" (esporádica nocturnidad; aislada turnicidad; las mismas horas extraordinarias, pero dotadas de una cierta reiteración...), y cuya calificación -como retribución ordinaria o extraordinaria- dependerá de las circunstancias concurrentes (particularmente la habitualidad en su ejecución), y que es precisamente el punto en el que puede operar una cierta discrecionalidad de la negociación colectiva.

Planteamiento, que por fuerza impone a los Tribunales un examen casuístico que en cada supuesto lleve a una conclusión que sea respetuosa con las prescripciones legales, nacionales y de la UE, pero a la vez satisfaga -y éste ha de ser el norte de la interpretación judicial- la finalidad de efectivo descanso que persigue la figura de vacaciones retribuidas».

SEGUNDO.- Recurren en casación el Consorcio Asociación Patronal Sanitaria y Social (CAPSS), y la Unión Catalana de Hospitales . De otra parte también formulan recurso Unión General de Trabajadores, UGT, Comisiones Obreras (CCOO) y el Sindicato de Médicos (Sindicat de Metges) y el sindicato de Enfermería SATSE. La Unión Catalana D'Hospitales se adhirió a CAPSS.

TERCERO.- Iniciando el examen de los recursos interpuestos según el orden de fechas de su formalización el primero a considerar es el presentado por el Consorcio Asociación Patronal Sanitaria y Social, en adelante CAPSS, a través de dos motivos que son formulados al amparo, respectivamente de los apartados d) y e) del artículo 207 de la LJS.

En el primer motivo la recurrente considera que existe error en la apreciación de la prueba, razón por la que solicita la modificación del relato histórico con cuyo objeto propone la adición de un nuevo ordinal cuyo tenor literal sería el siguiente:

«Durante la entrada en vigor del VII convenio colectivo de los Hospitales de la XHUP y de los centros de atención primaria concertados para los años 2005 a 2008, con vigencia ultra activa hasta julio de 2013 -código de convenio 7900645-, y el convenio colectivo de los centros sociosanitarios y/o salud mental de Catalunya con actividad concertada con el Servei Català de la Salut para los años 2007 y 2008, con vigencia ultraactiva hasta julio de 2013 -código de convenio 7902625-, ambos ámbitos fusionados por el I Convenio colectivo de Trabajo de los Hospitales de Agudos, Centros de Atención Primaria, Centros Socio Sanitarios y de Salud Mental concertados con el Servei Català de la Salut, como se comprueba en los artículos 1,2 y 3 de este último, en sus artículos 37.13 y 32.13 respectivamente de ambos convenios se incorporó en el precio hora guardia, el promedio anual de lo percibido por las guardias médicas en la paga de vacaciones.»

Como soporte probatorio la parte cita los folios 425, 426, 427, 430, 431 y 422, de los que reproduce en unos casos el texto de preceptos del VII Convenio Colectivo de la XHUP y del Convenio Colectivo de los Centros Sociosanitarios y/o Salud Mental de Cataluña con actividad concertada con el Servicio Catalán de Salud para los años 2007 y 2008 y en otros las tablas salariales de dichos convenios.

La reproducción en la declaración de hechos probados de textos que forman parte de convenios estatutarios objeto de publicación oficial carece de relevancia puesto que no exigen ser materia de prueba sino que al constituir norma jurídica de obligado conocimiento y aplicación la aportación de su noticia cuenta con lugar adecuado en la fundamentación como debate jurídico por lo que el motivo deberá ser rechazado.

Por otra parte si lo pretendido es que a la vista de los datos obrantes en los Anexos la Sala establezca mediante un proceso deductivo la realidad del aserto que incluye la recurrente en el texto a añadir nos hallaríamos ante una propuesta contraria a uno de los requisitos exigidos según reiterada doctrina, por todas SSTs de 31-3-1993 (Rec. 2178/1991) y de 18-5-2016 (Rec. 18/2015) consistente en que "se derive de forma clara, directa y patente el error sufrido, sin necesidad de argumentaciones, deducciones o integraciones valorativas".

Se intenta justificar la petición en la afirmación de que en 2006 hubo una huelga de médicos con el resultado de pactar un incremento del importe de las guardias señalando la recurrente que el precio se aumentó casi el doble de la retribución, se decidió incluir por los negociadores de ambos convenios en el precio hora guardia por este concepto. Por lo tanto quedaba abonado el pago en las vacaciones por el nuevo precio para guardia. Este fue el fundamento y por ello se introdujo dicha adición en el redactado de los convenios, incluir el precio hora guardia en el promedio anual de las guardias en la paga de vacaciones".

La pretensión revisora de la recurrente obligaría a la interpretación de una norma, algo que escapa al ámbito del artículo 207 d) de la LJS.

Pero inclusive y por agotar las posibilidades de lo pedido en aras de no causar indefensión a la recurrente, aún llevando a cabo una tarea impropia del precepto indicado, la conclusión a la que nos lleva su lectura es a la de que el precio de la guardia es el equivalente a la hora ordinaria, resultado de dividir la retribución final fija de cada grupo profesional entre su jornada ordinaria anual, excepto que en las tablas salariales se estipule un precio superior. Aquellos centros que retribuyen este concepto en las pagas extras y/o vacaciones podrán compensar y absorber esta mejora con el incremento de la hora pactada.

La norma obliga a interpretar si la mejora se refiere al precio superior pactado, a la retribución en vacaciones o al importe tal como aparece en las tablas, es decir la labor de valoración implica la doble tarea de interpretación de norma y comparación de cifras que exceden del que es contenido propio de la revisión fundada en el error en la apreciación de la prueba a cuya doctrina en sus líneas maestras se remite la STS de 18-5-2016 (Rec. 108/2015) en los siguientes términos:

«A) El artículo 207.d) LRJS admite la posibilidad de que se articule un recurso de casación fundado en el *"error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obren en autos que demuestren la equivocación del juzgador, sin resultar contradicho por otros elementos probatorios"*. Antes de examinar la revisión postulada hemos de recordar las limitaciones y funcionalidad que esa cuarta apertura del artículo posee.

El precepto no permite la revisión plena del material probatorio. Se limita, por el contrario, a posibilitar un reexamen excepcional de la declaración de hechos probados cuando a la luz de ciertas pruebas (de carácter documental), se acredite que algún extremo de la misma es, sin duda, equivocado. Las consecuencias de esta configuración legal son múltiples puesto que condiciona las posibilidades reales de que la revisión de hechos probados se produzca en casación.

B) En SSTs 13 julio 2010 (Rec. 17/2009), 21 octubre 2010 (Rec. 198/2009), 5 de junio de 2011 (Rec 158/2010), 23 septiembre 2014 (rec. 66/2014) y otras muchas, hemos advertido que "el proceso laboral está concebido como un proceso de instancia única (que no grado), lo que significa que la valoración de la prueba se atribuye en toda su amplitud (art. 97.2 LRJS) únicamente al juzgador de instancia (en este caso a la Sala "a quo") por ser quien ha tenido plena inmediación en su práctica y la revisión de sus conclusiones únicamente puede ser realizada cuando un posible error aparezca de manera evidente y sin lugar a dudas de documentos idóneos para ese fin que obren en autos, por lo que se rechaza que el Tribunal pueda realizar una nueva valoración de la prueba, como si el presente recurso no fuera el extraordinario de casación sino el ordinario de apelación. En concordancia, se rechaza la existencia de error si ello implica negar las facultades de valoración que corresponden primordialmente al Tribunal de Instancia, siempre que las mismas se hayan ejercido conforme a las reglas de la sana crítica, pues lo contrario comportaría la sustitución del criterio objetivo de aquél por el subjetivo de las partes".

El peligro de que el acudimiento al Tribunal Supremo se convierta en una nueva instancia jurisdiccional, contra lo deseado por el legislador y la propia ontología del recurso explican estas limitaciones. La previsión legal permite solicitar la corrección de las eventuales contradicciones entre los hechos que se dan como probados y los que se deduzcan de las pruebas documentales practicadas.

C) Reiterada jurisprudencia como la reseñada en SSTs 28 mayo 2013 (rec. 5/20112), 3 julio 2013 (rec. 88/2012) o 25 marzo 2014 (rec. 161/2013) viene exigiendo, para que el motivo prospere:

1. Que se señale con claridad y precisión el hecho cuestionado (lo que ha de adicionarse, rectificarse o suprimirse).
2. Bajo esta delimitación conceptual fáctica no pueden incluirse normas de Derecho o su exégesis. La modificación o adición que se pretende no debe comportar valoraciones jurídicas. Las calificaciones jurídicas que sean determinantes del fallo tienen exclusiva -y adecuada- ubicación en la fundamentación jurídica.
3. Que la parte no se limite a manifestar su discrepancia con la sentencia recurrida o el conjunto de los hechos probados, sino que se delimite con exactitud en qué discrepa.
4. Que su errónea apreciación derive de forma clara, directa y patente de documentos obrantes en autos (indicándose cuál o cuáles de ellos así lo evidencian), sin necesidad de argumentaciones o conjeturas [no es suficiente una genérica remisión a la prueba documental practicada].

5. Que no se base la modificación fáctica en prueba testifical ni pericial. La variación del relato de hechos únicamente puede basarse en prueba documental obrante en autos y que demuestre la equivocación del juzgador. En algunos supuestos sí cabe que ese tipo de prueba se examine si ofrece un índice de comprensión sobre el propio contenido de los documentos en los que la parte» encuentra fundamento para las modificaciones propuestas.

6. Que se ofrezca el texto concreto conteniendo la narración fáctica en los términos que se consideren acertados, enmendando la que se tilda de equivocada, bien sustituyendo o suprimiendo alguno de sus puntos, bien complementándolos.

7. Que se trate de elementos fácticos trascendentes para modificar el fallo de instancia, aunque puede admitirse si refuerza argumentalmente el sentido del fallo.

8. Que quien invoque el motivo precise los términos en que deben quedar redactados los hechos probados y su influencia en la variación del signo del pronunciamiento.

9. Que no se limite el recurrente a instar la inclusión de datos convenientes a su postura procesal, pues lo que contempla es el presunto error cometido en instancia y que sea trascendente para el fallo. Cuando refuerza argumentalmente el sentido del fallo no puede decirse que sea irrelevante a los efectos resolutorios, y esta circunstancia proporciona justificación para incorporarla al relato de hechos, cumplido -eso sí- el requisito de tener indubitado soporte documental.

D) De acuerdo con todo ello, aun invocándose prueba documental o pericial, la revisión de hechos sólo puede ser acogida si el documento o dictamen de que se trate tiene *“una eficacia radicalmente excluyente, contundente e incuestionable, de tal forma que el error denunciado emane por sí mismo de los elementos probatorios invocados, de forma clara, directa y patente, y en todo caso sin necesidad de argumentos, deducciones, conjeturas o interpretaciones valorativas”* (STS de 16 de noviembre de 1998, recurso 1653/1998). Por tanto, no prosperará la revisión cuando el contenido del documento o del dictamen pericial entre en contradicción con el resultado de otras pruebas a las que el órgano judicial de instancia haya otorgado, razonadamente, mayor valor.

La declaración de hechos probados no puede ser combatida sobre la base de presunciones establecidas por el recurrente (SSTS de 17 de abril de 1991, rec. 1042/90, o 26 de mayo de 1992, rec. 1244/1991). ^[SEP]Ello implica, de entrada, que la prueba alegada debe demostrar *“de manera directa y evidente la equivocación del juzgador”* pero, a su vez, la misma no puede encontrarse contradicha *“por otros elementos probatorios unidos al proceso”*(por ejemplo, STS de 24 de octubre de 2002, rec. 19/2002)

No puede pretender el recurrente, de nuevo, la valoración total de las pruebas practicadas o una valoración distinta de una prueba que el juzgador “a quo” ya tuvo presente e interpretó de una determinada manera, evitando todo subjetivismo parcial e interesado en detrimento del criterio judicial, más objetivo, imparcial y desinteresado. Por ello, la jurisprudencia excluye que la revisión fáctica pueda fundarse *“salvo en supuestos de error palmario... en el mismo documento en que se ha basado la sentencia impugnada para sentar sus conclusiones, pues como la valoración de la prueba corresponde al Juzgador y no a las partes, no es posible sustituir el criterio objetivo de aquél por el subjetivo juicio de evaluación*

personal de la recurrente" (STS de 6 de junio de 2012, rec. 166/2011, con cita de otras muchas).»

La aplicación de la doctrina de mérito en relación a la exigencia de interpretación normativa impide apreciar la idoneidad de la propuesta formulada con la consecuente desestimación del motivo, de conformidad con el informe del Ministerio Fiscal.

CUARTO.- El segundo motivo, ceñido a la censura jurídica refiere como objeto de la misma la interpretación errónea del artículo 7 del convenio 132 de la Organización Internacional del Trabajo, artículo 7 de la Directiva 2003/88 así como las sentencias del Tribunal Superior de Justicia que las interpretan, añadiendo la referencia a las SSTJUE de 22 de mayo de 2014 y de 12-6-2014 sin cita de asunto si bien se supone que corresponde, respectivamente al C-539/12 y C-118/13, deteniéndose en el examen del concepto general remuneración normal o media y en el de los particulares que dan nombre a los complementos reclamados.

La argumentación de la recurrente gira en torno a la exclusión de todo cuanto suponga una retribución extraordinaria no habitual. Y es acertada su posición al respecto pero lo que se halla ausente es el sustrato necesario para asentar tales calificativos a propósito de los complementos que la sentencia recurrida incluye en la atribución normal media y por lo tanto acreedores a su cómputo en el cálculo de la paga de vacaciones.

La norma de inclusión viene efectivamente dada por el artículo 7 del convenio 132 de la OIT "1. Toda persona que toma vacaciones de conformidad con las disposiciones del presente Convenio percibirá, por el período entero de sus vacaciones, por lo menos su remuneración normal o media...".

Corresponde a la legislación y negociación colectiva llevar a cabo el llenado de ese concepto aun sin emplear sus términos simplemente revelando mediante sus disposiciones que concepto se percibe en forma aislada, excepcional, extraordinaria, no habitual.

La sentencia de instancia ha llevado a cabo el examen causístico necesario tal como resulta de modo imprescindible a partir de la lectura tanto de la norma internacional invocada como de la jurisprudencia nacional y comunitaria.

De esta forma nos da cuenta del complemento de guardias o retribuciones de la jornada complementaria de atención continuada referido el artículo 35 del Convenio Colectivo, como "guardias presenciales y guardias localizables", ofreciéndonos con innegable valor de hecho probado una descripción de la operatividad de dichas "guardias". De esta forma la sentencia alude así a la cuestión:

«Examinaremos en primer lugar el de GUARDIAS O RETRIBUCIÓN de la JORNADA COMPLEMENTARIA de ATENCIÓN CONTINUADA. En el artículo 35 del convenio colectivo este se refiere a las " *guardias presenciales y guardias localizables*". Hemos aludido ya anteriormente a las especiales características de la actividad que llevan a cabo los profesionales del ámbito médico sanitario. En el mismo la realización de guardias presenciales y de localización y festividad se aprecia como una actuación normal y ordinaria toda vez que el llevarlas a cabo es algo que se encuentra previamente programado y constituye una obligación para todos los profesionales hasta el punto de que sólo están exonerados, como medida de prevención, de efectuarlas, las trabajadoras en situación de riesgo de embarazo y el personal al que su realización sea contraindicada por razones de salud, exigiéndose incluso, en este último caso, un dictamen médico favorable, permitiéndose también la voluntaria exoneración los trabajadores mayores de 50 años pero con un necesario preaviso de tres meses (artículo 66 del convenio colectivo). Todo ello significa que la actividad de guardias de presencia y disponibilidad se fija y establece con antelación y lo programado ha de cumplirse por los trabajadores afectados por la distribución de la misma por el centro en el que prestan sus Servicios con sólo las excepciones antes indicadas y sólo por razones de prevención.»

Cuanto define a las guardias presenciales y de localización es el resultado de la valoración de las pruebas por la sentencia, a lo que hemos de dar prevalencia al no haber sido contrastada por la actividad de la recurrente y sobre semejante base forzosamente hemos de llegar a idéntica conclusión aceptando que el complemento se integre en su condición de "retribución media o normal" forma parte de la vacacional.

QUINTO.- Respecto al complemento de atención continuada, señala la sentencia que los argumentos son análogos a los que defienden la inclusión de las "guardias médicas" pero no idénticos.

Nos remite al artículo 33 del Convenio Colectivo el cual define la retribución complementaria de atención continuada.

El artículo 33 del Convenio colectivo la define como el que percibe proporcionalmente el personal facultativo que además de su jornada ordinaria realiza una jornada complementaria de atención continuada (guardias de presencia física) superior al 75% de la máxima jornada de atención complementaria exigible.

También en este caso la sentencia evalúa la "continuidad" del percibo a partir de una práctica en la organización del servicio general que es resultado de una apreciación histórica con valor de hecho probado que tampoco ha sido contrastada y que con arreglo a reiterada doctrina deberá constituir la base fáctica sobre la que asentar el criterio de resolución, base fáctica que la sentencia refiere en los siguientes términos:

«También como en el caso de las guardias la actuación que da lugar a percibir el complemento de atención continuada es percibido como una parte de la retribución normal o media de los trabajadores por la actividad que hace posible su cobro, también está previamente planificada por los centros hospitalarios en los que prestan servicio y es obligatoria para estos por lo que al tratarse de un complemento de los que acompañan al salario base por una actividad que en la práctica deviene continuada ha de incluirse también en la zona de certeza que menciona la doctrina jurisprudencial.»

Como característica añadida a través de consolidada jurisprudencia debemos recordar, entre otras las SSTS de 7-10-2014 (Rcud 2283/2013) y de 9-2-2015 (Rcud. 100/2014) al fundamentar su cobro en que "desde el punto de vista de la finalidad del complemento y su naturaleza, es manifiesto que el mismo se devenga o no en función de las circunstancias de cada persona, pero sin que ello pueda comportar que la cantidad así devengada pueda deducirse de las correspondientes a la prestación de guardias de presencia, porque realmente se trata de una manera de compensar o premiar la especialización, incomodidad, disponibilidad y esfuerzo, que implica el hacer más horas de guardia, a partir del número de ellas que establece el propio Convenio".

SEXTO.- Como último concepto a combatir por la recurrente resta entrar a conocer de los pluses de domingo, sábado y festivo.

En este caso la sentencia se hace eco de lo resuelto en las STS de 26 de julio de 2010 en la que se hace mención de una STS de 21-10-1994 (Rcud. 3149/1992) en la que afirma que "para que un concepto salarial sea excluido de la retribución de las vacaciones no basta con que ese concepto sea debido a una circunstancia no habitual en el trabajo realizado sino que es preciso que el trabajo mismo que se remunera sea también extraordinario".

El artículo 32 del Convenio colectivo establece la configuración para el plus domingo, plus sábado y plus festivo es la siguiente:

«Plus domingo, plus sábado y plus festivo.

32.1 Plus domingo

Por cada hora de domingo que se trabaje, además del salario ordinario, se percibirán las cantidades previstas en el anexo 10.

Las cantidades que se perciban por este concepto se recogerán al recibo de salarios bajo el concepto de "plus domingo", esta retribución será incompatible con las guardias y con las horas extraordinarias.

32.2 Plus sábado

Por cada hora de sábado que se trabaje, además del salario ordinario, se recibirá la cantidad prevista en el «nexo 10. las cantidades que se perciban por este concepto se recogerán en el recibo de salarios bajo el concepto de "plus sábado", cuando un festivo trabajado coincida en sábado el plus festivo absorberá el plus sobado, el plus sábado es incompatible con las guardias y las horas extraordinarias.

32.3 Plus festivo

Por cada hora de festivo intersemanal oficial en que, por tener descanso compensatorio, no se perciban las horas trabajadas con el recargo establecido en el párrafo siguiente, se percibirá, además del salario ordinario, las cantidades previstas en el anexo 10. el festivo considerado como recuperable también debe remunerarse con el plus festivo.

Las cantidades que se perciban por este concepto se recogerán en el recibo de salarios bajo el concepto de "plus festivo", esta retribución será incompatible con las guardias y con las horas extraordinarias.

32.4 Atendidas las características de los centros o instituciones sanitarias, donde se prestan servicios todos los días del año, las horas trabajadas en día festivo intersemanal oficial que no tenga descanso compensatorio, se abonarán con un incremento del 75% sobre el valor

retributivo resultando *de* dividir la retribución anual fija (salario base y plus convenio) entre la jornada del trabajador.»

Nos hallamos en presencia de un calendario preestablecido que permite fijar en condiciones de generalidad la organización anual de los días de trabajo, laborables y de teórico descanso. Existe en la actividad así desempeñada un cánón de regularidad apto para incardinar su retribución en el concepto de jornada normal o media.

Por lo expuesto y de conformidad con el informe del Ministerio Fiscal procede la desestimación de la totalidad del motivo y en consecuencia de la totalidad del recurso.

En igual sentido debemos pronunciarnos acerca del recurso interpuesto por la Unión Catalana de Hospitales que en su escrito de formalización afirma adherirse al interpuesto por CAPSS en todos sus términos.

SÉPTIMO.- De los distintos actores intervinientes figura como el primero de los recursos interpuestos el de Unión General de Trabajadores, UGT y a continuación, por este orden, los de Comisiones Obreras CCOO, Médicos de Cataluña y Sindicato de Enfermería SATSE.

El recurso de UGT, así como los tres restantes, se dirige a combatir la decisión de la sentencia recurrida de no estimar la demanda respecto al plus festivo especial y la retribución variable por objetivos ambos del convenio colectivo del SISCAT.

A propósito del plus festivo especial señala la recurrente que la cuestión a discutir no requiere ninguna base probatoria sino que lo único necesario consiste en llevar a cabo una labor interpretativa de las normas reguladoras, artículo 32.5 del Convenio que designa como infringido en relación con los artículos 7 del convenio 132 de la OIT y 7 de la Directiva 2003/88.

El artículo 32.5 del Convenio posee la siguiente dicción literal:

«32.5 Plus festivos especial

Por su especial significación, se consideran festivos especiales, navidad y fin de año. al personal que le toque trabajar desde el inicio del turno de noche del día 24 al 25 hasta la finalización del turno de tarde del día 25 y desde el inicio del turno de noche del día 31 al 1 hasta la finalización del turno de tarde del día 1, tendrá un incremento del 100% del plus festivo por las horas trabajadas en estos periodos.

En atención a las características de los festivos especiales, Navidad y fin de año, el personal que preste servicios en jornada ordinaria en estas fechas recibirá una cantidad a tanto alzado bruto sucia prevista en el anexo 10, adicional al plus regulado en el párrafo anterior, por día trabajado, igual para todos los grupos profesionales, esta cantidad se percibirá también cuando este festivo sea considerado como "recuperable".

El personal que deba trabajar en día festivo especial y que no disfrute de día compensatorio, de acuerdo con lo que establece este artículo del Convenio colectivo de aplicación, deberá recibir la retribución siguiente:

- a) Valor retributivo resultando de dividir la retribución anual fija (salario base y plus convenio) entre la jornada del trabajador, más
- b) 75% del valor retributivo anterior, más
- c) el doble del plus festivo que le corresponda, de acuerdo con lo que establece el artículo 32.3.»

La sentencia presta especial atención a que en el caso de dicho plus su propio nombre indica la falta de habitualidad y que responde a supuestos especiales.

El reducido número de días a los que afecta y la aleatoriedad de los trabajadores que pueden verse comprometidos en su desempeño no permiten atribuir al complemento reclamado la característica de retribución "normal o habitual" que facultaría su conexión con el mandato del artículo 7 del Convenio 132 de la OIT.

Por lo expuesto el motivo deberá ser desestimado de conformidad con el informe del Ministerio Fiscal.

OCTAVO.- El concepto de retribución variable en función de objetivos DPO es también rechazado por la sentencia con base en la descripción que formula el artículo 36.1 del convenio colectivo y la reiterada jurisprudencia que excluye los incentivos de la retribución de las vacaciones.

El artículo 36.1 define de este modo la retribución variable:

la que tenía derecho a cobrar en aplicación del VII Convenio colectivo de la xhup y/o I convenio sociosanitario y salud mental, una vez deducido el 5%, con el objetivo de dar cumplimiento al mandato de la norma básica.

A estos efectos, v en aplicación de la facultad establecida al artículo 26 bis.4 de la lev 25/2009, de presupuestos de la Generalitat de Catalunya para el 2010, en la redacción dada por el artículo 1 del decreto-lev 3/2010 y artículo l.dos.b.4, párrafo 3º del RDL 8/2010, que establecen que la distribución de la reducción prevista del 5% entre los diferentes conceptos retributivos podrá ser alterada por la negociación colectiva, la deducción del 5% sólo se podrá aplicar contra la retribución variable por objetivos, hasta el límite equivalente al 5% de la retribución anual global del trabajador/a afectado/ada, excepto aquellos trabajadores/se que no meriten retribución variables por objetivos, en este último caso se negociará entre empresa y representantes de los trabajadores a nivel de cada institución qué condiciones laborales deberán quedar afectadas, sin que en ningún caso se pueda afectar a las tablas salariales, la negociación de los criterios a aplicar deberá estar terminada en un plazo no superior a los 2 meses a partir de la firma del convenio. (...).»

"DA1ª.4. Durante la vigencia del presente convenio y con carácter transitorio, la situación de incapacitado temporal, ya sea por contingencias comunes o por contingencias profesionales, enfermedad profesional y accidente de trabajo, no penalizará a efectos del sistema de retribución variable establecido al artículo 36".

Ni de la descripción que del incentivo aporta el Convenio, por condicionamiento y fijación del momento de su percibo, ni de otras actuaciones de la empresa que permitieran flexibilizar la rigidez de la norma convencional cabe extender la naturaleza del incentivo hacia un campo de habitualidad o normalidad que facilite su inclusión como un elemento mas de los que configuran la retribución de las vacaciones.

Los anteriores razonamientos sirven como fundamento para la desestimación del motivo de conformidad con el informe del Ministerio Fiscal.

NOVENO.- El último concepto a discutir y que figura en los recursos de CCOO, Sindicato de Médicos y SATSE es el relativo a la inclusión de las horas extraordinarias.

La sentencia recurrida rechaza su cómputo al considerar que ni retribuyen un trabajo excepcional ni se ha acreditado que se encuentren establecidas de modo corriente y obligatorio en la ultraactividad de las empresas del sector el que se refiere al ámbito del convenio, recordando que la STS de 8 de junio de

2016 (Rec. 112/2015) las incluye en su zona de certeza precisamente con carácter negativo, mencionando en el "halo" o "zona de duda" las dotadas de cierta reiteración pero, concluye la sentencia, ni del modo en que son descritas por la norma convencional en el precepto que antes hemos transcrito ni de la prueba practicada en el acto del juicio se deduce esta reiteración o continuidad que pudiera permitir su inclusión en la retribución de la paga de vacaciones".

Debemos coincidir con el fundamento de la desestimación del pedimento ya que pese a lo manifestado en favor de la reiteración su obligación de llevar a cabo horas extraordinarias, por ejemplo en el recurso de SATSE ello constituye tan solo una alegación carente de cualquier otro refrendo.

De conformidad con el informe del Ministerio Fiscal procede la desestimación del motivo.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido : Desestimar los recursos del Consorci Associació Patronal Sanitaria i Social (CAPSS) y de Unió Catalana D'Hospitals de UGT Catalunya , Sindicato Metges de Gatalunya y de Sindicato de Enfermería SATSE debiendo cada parte asumir las costas causadas a su instancia, ordenando la pérdida del depósito constituido para recurrir por el Consorci Associació Patronal Sanitaria i Social (CAPSS) y Unió Catalana D'Hospitals.

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

Así se acuerda y firma.



CASACION/89/2018