



Roj: **STS 2695/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:2695**

Id Cendoj: **28079140012017100496**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **20/06/2017**

Nº de Recurso: **170/2016**

Nº de Resolución: **534/2017**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **LUIS FERNANDO DE CASTRO FERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

En Madrid, a 20 de junio de 2017

Esta sala ha visto los presentes autos pendientes ante esta Sala, en virtud de recurso de casación interpuesto por el Letrado D. Antonio Manuel Rodríguez, en nombre y representación de AGENCIA PUBLICA EMPRESARIAL SANITARIA HOSPITAL DE PONIENTE, frente a la sentencia de la **Sala de lo Social** del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Granada, de 21 de abril de 2016, en actuaciones seguidas en virtud de demanda formulada por Sindicato de Enfermería SATSE ALMERÍA contra AGENCIA PÚBLICA EMPRESARIAL SANITARIA HOSPITAL DE PONIENTE, UGT, CC.OO, USAE, FATE, CSI-F, LIMP-SMA y SAT, sobre CONFLICTO COLECTIVO.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Luis Fernando de Castro Fernandez

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Por D. Leonardo, en su condición de Secretario Provincial del Sindicato de Enfermería SATSE ALMERÍA, se presentó demanda de CONFLICTO COLECTIVO, de la que conoció la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Granada, tras exponer los hechos y motivos que estimaron de aplicación, se terminó por suplicar se dicte sentencia: «sentencia por la que, estimando la presente demanda, se condene a la demandada al RECONOCIMIENTO DEL TIEMPO INVERTIDO EN LA CONTINUIDAD ASISTENCIAL DE LOS ENFERMEROS, SE COMPUTE COMO TIEMPO EFECTIVO DE TRABAJO; y que por ende, debe computarse dentro de la jornada ordinaria».

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la demanda se celebró el acto del juicio, con la intervención de las partes y el resultado que se refleja en el acta que obra unida a las actuaciones. Recibido el pleito a prueba se practicaron las propuestas por las partes y declaradas pertinentes.

**TERCERO.-** Con fecha 21 de abril de 2016 se dictó sentencia por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Granada, en la que consta el siguiente fallo: «Que desestimando la excepción de falta de jurisdicción del orden social y la de inadecuación de procedimiento y **estimando la demanda** interpuesta por **D. Leonardo (SATSE ALMERÍA)** contra AGENCIA PÚBLICA EMPRESARIAL SANITARIA HOSPITAL DE PONIENTE, UGT, CC.OO, USAE, FATE, CSI-F, LIMP-SMA y SAT, sobre **CONFLICTO COLECTIVO**, debemos declarar y declaramos que el tiempo invertido por los enfermeros en la continuidad asistencial de los enfermos ha de considerarse tiempo efectivo de-trabajo y computarse dentro de su jornada ordinaria, condenando a la Agencia demandada a estar y pasar por esta declaración.- Sin costas».

**CUARTO.-** En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: «PRIMERO.- El personal laboral que presta servicios de enfermería para la Agencia Pública Empresarial Sanitaria Hospital de Poniente dedica aproximadamente entre 15 y 20 minutos a transmitirse información sobre los pacientes para garantizar la continuidad asistencial de los mismos entre un turno y otro, sin que este tiempo sea objeto de cómputo en la jornada realizada.- SEGUNDO.- Dicha Agencia comprende cuatro centros de trabajo: Hospital de Poniente (Almería), Hospital de Alta Resolución de El Toyo (Almería), Hospital de Alta Resolución de Guadix (Granada) y Hospital de Alta Resolución de Loja (Granada).- TERCERO.- El número total de trabajadores afectados



sería aproximadamente de 1.700 enfermeros.- **CUARTO.**- En fecha 21-12-2015, se inicia procedimiento de conciliación- mediación ante el SERCLA de Almería».

**QUINTO** .- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de casación por el Letrado D. Antonio Manuel Rodríguez, en nombre y representación de AGENCIA PUBLICA EMPRESARIAL SANITARIA HOSPITAL DE PONIENTE, amparándose en los siguientes motivos: Primero.- Al amparo del apartado "a" del artículo 207 de la LRJS , por infracción de los artículos 1 a 3 de la LRJS en relación con el artículo 9 de la LOPJ . - Segundo y tercero. Con igual amparo procesal anterior en su apartado d), por error en la apreciación de la prueba.- Cuarto.- Con igual amparo procesal, se solicita la adición de un texto.- Quinto.- Al amparo del mismo artículo y cuerpo legal, en su apartado e), por infracción de los apartados 3 , 4 y 5 del artículo 36 del RDL 1/95, de 24 de marzo y artículos 33 , 35 y 86 del Convenio Colectivo de la Agencia Pública Empresarial Sanitaria Hospital de Poniente de Almería .

**SEXTO.**- Evacuado el trámite de impugnación, se emitió el preceptivo informe del Ministerio Fiscal, en el sentido de considerar improcedente el recurso, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 20 de junio de 2017, en cuya fecha tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.**- 1.- Como ya se ha indicado en los antecedentes, la STSJ Andalucía/Granada 21/Abril/2016 [autos 19/15] acogió la demanda de Conflicto Colectivo que había sido interpuesta por «SATSE», tras declarar probado que el personal afectado por el Conflicto Colectivo -Enfermeros- «dedica aproximadamente entre 15 y 20 minutos a transmitirse información sobre los pacientes para garantizar la continuidad asistencial de los mismos entre un turno y otro», y resolvió que «el tiempo invertido por los Enfermeros en la continuidad asistencial de los enfermos ha de considerarse tiempo efectivo de trabajo y computarse dentro de su jornada ordinaria».

2.- Pronunciamiento que se recurre por la empresa «Agencia Pública Empresarial Sanitaria Hospital de Poniente» [en adelante, APESH], con cinco motivos:

a).- Con el primero de ellos se denuncia -al amparo del art. 207.a LJS- la infracción de los arts. 1 a 3 LJS y 9 LOPJ , por haberse incurrido -se insiste en el alegato de instancia- en exceso de jurisdicción, «puesto que el conflicto que en su día fuera planteado por la actora únicamente admite una solución extrajudicial, quedando su conocimiento y solución extraídos de la jurisdicción social».

b).- El motivo segundo -por el cauce del art. 207.d) LSJ- solicita la supresión del primero de los HDP, por considerar que carece de prueba documental que la avale y que el actual soporte audiovisual de la prueba testifical «posibilita» al Tribunal *ad quem* el control sobre la misma.

c).- El motivo tercero -bajo la misma cobertura procesal- combate la afirmación judicial de que el número de Enfermeros afectados por el Conflicto es 1.700, sosteniendo que esta cifra es la que corresponde a la totalidad de la plantilla; y al efecto se cita de apoyo el folio 1 de las actuaciones.

d).- El cuarto de los motivos -por igual cauce- solicita la incorporación de un nuevo HDP, expresivo de que «En fecha 9 de marzo de 2016 por parte del sindicato actuante SATSE, se solicitó a la Dirección Gerencia de la Asistencia Sanitaria convocatoria de la Comisión de Seguimiento del Convenio Colectivo de aplicación, para que, con carácter urgente, se incluyera en el orden día de la convocatoria el reconocimiento del tiempo invertido en la continuidad asistencial de los Enfermeros como tiempo efectivo de trabajo. La citada reunión se llevó a cabo el día 31 de marzo de 2016, sin que pudiera abordarse tal asunto ante la imposibilidad de finalización [de] la misma».

e).- Finalmente, el quinto de los motivos se dirige -con invocación del art. 207.e) LJS- a denunciar la infracción del art. 36 [apartados 3 , 4 y 5] Estatuto de los Trabajadores , en relación con los arts. 33 , 35 y 86 del Convenio Colectivo de la APESH [BOJA 17/02/09 ], por hacerse una «interpretación errónea de la normativa de aplicación respecto al reconocimiento del tiempo invertido en la continuidad asistencial de los Enfermeros, haciendo una aplicación extensiva de la jornada de trabajo y su cómputo como ordinaria».

**SEGUNDO.**- 1.- Con el primero de los motivo sostiene la recurrente APESH que estamos en presencia de un conflicto de intereses, porque el sindicato accionante «no pretende la aplicación o interpretación de una norma o precepto alguno, sino la modificación del orden normativo preestablecido o la implantación de condiciones de trabajo diferentes a las que rigen en un determinado ámbito, de manera que el promotor del este conflicto prescinde de la normativa vigente en un intento de implantar un orden de condiciones laborales nuevo». Planteamiento que se hace partiendo de tres afirmaciones: a) «la jornada de trabajo ya está regulada en norma convencional y en tanto no reconoce expresamente la continuidad de cuidados, la tutela ejercitada implica



una interpretación extensiva de la norma, que como mínimo, precisó de negociación preceptiva y previa»; b) indebidamente «se ha interpretado como una cuestión incontrovertida que el tiempo de transmisión de información entre todo el personal de Enfermería... se hace fuera del cómputo de la jornada establecida en el Convenio...»; y c) no ha «habido con carácter previo a la tutela judicial efectiva pretendida de contrario, la preceptiva negociación colectiva sobre aspectos que no han sido regulados en el Convenio Colectivo».

2.- Una denuncia de tal género impone -de por sí y con carácter general- que previamente esté definido el marco fáctico de la cuestión objeto de debate, lo que por pura lógica procesal ha de comportar que con carácter previo al examen de tal denuncia se resuelvan las modificaciones del relato de hechos que se proponen por APESH. Lo que en el concreto caso de autos se justifica haciendo la observación de que la denuncia de este primer motivo se subordina a un dato de hecho -anterior apartado «b)», relativo a la propia existencia de la «transmisión de información»- que aunque no se diga expresamente parte del presupuesto de que previamente haya alcanzado éxito el segundo motivo del recurso [supresión de ordinal primero de los HDP], a la par que contiene una afirmación [la del apartado «c)», de que no hubo negociación colectiva sobre el objeto de debate], que sorprendentemente contradice la pretensión revisoria del cuarto de los motivos [solicitud -frustrada- de negociación a la Gerencia de Asistencia Sanitaria]. Lo cual justifica que en primer término examinemos -rechacemos, a la postre- las concretas revisiones fácticas propuestas por la empresa recurrente.

3.- En efecto, las modificaciones que se proponen no pueden ser aceptadas. La primera de ellas [supresión del primero de los HDP] no es factible, porque se basa en dos consideraciones inhábiles [falta de prueba documental e indebida valoración de la prueba testifical], siendo así que: a) la jurisprudencia sostiene con unanimidad que no cabe la denuncia de error de hecho en casación exclusivamente amparada en la mera alegación de prueba negativa, es decir, sosteniendo que no se ha practicado en juicio prueba alguna que acredite la conclusión fáctica que recoge la sentencia y que en trámite de casación se cuestiona ( SSTS 23/11/93 -rco 1780/91 -; ... 04/10/16 -rco 232/15 -; SG 16/12/16 -rco 65/16 -; y 14/03/17 -rco 299/14 -); b) el error en la apreciación de la prueba únicamente puede fundamentarse en «documentos que obren en autos», careciendo de toda eficacia revisoria la prueba testifical, tal como evidencia la redacción literal del art. 207.e) LJS y declara reiteradamente la jurisprudencia, ya desde las antiguas sentencias de 29/12/60 y 01/02/61 , sin perjuicio de que esa prueba testifical pueda ofrecer un índice de comprensión sobre el propio contenido de los documentos en los que la parte pretenda proyectar las modificaciones fácticas» (por ejemplo, SSTS 18/06/13 -rco 108/12 -; ...; SG 20/10/15 -rco 172/14 -; 12/09/16 -rco 42/15 -; 13/09/16 -rco 212/15 -; y SG 16/12/16 -rco 65/16 -). Y aunque las consideraciones que el recurso hace en torno a las posibilidades que ofrecen los actuales medios de reproducción audiovisuales, en orden a la correcta valoración de la prueba testifical, pudieran resultar interesantes de «lege ferenda», lo cierto y verdad es que resultan ociosas en orden a interpretar -modificándolo- el criterio del legislador, que a la fecha actual innegablemente se opone a que la prueba testifical pueda ser hábil motivo revisorio.

Asimismo tampoco se aceptan las otras dos modificaciones propuestas, porque uno de los requisitos de toda pretensión revisoria es -aparte de otros de ociosa indicación en el presente caso- que la modificación o adición que se pretende sea trascendente a los efectos del fallo, por lo que ha de rechazarse de plano si resulta inocua al objeto de determinar un posible cambio de sentido en la parte dispositiva (entre las recientes, SSTS 08/03/16 -rco 82/15 -; 18/10/16 -rco 244/15 -; y 14/03/17 -rco 299/14 -). Y qué duda cabe de que ninguna influencia pueden tener en el sentido de nuestro fallo datos tan irrelevantes como el exacto número de Enfermeros que la demandada emplea y por el ello de los afectados por el fallo, como el de que el Sindicato actuante hubiese solicitado a la Dirección que el tema objeto de debate fuese estudiado por la Comisión de Seguimiento del Convenio; dato este último que únicamente reflejaría -y ello en todo caso reforzaría a los promoventes del Conflicto- la buena fe de SATSE al intentar la solución extrajudicial antes de proceder a reclamar judicialmente lo que entiende adecuado cumplimiento de la legalidad [volveremos sobre ello].

**TERCERO.-** 1.- Sentada la corrección del relato de hechos que la decisión recurrida efectúa, por fuerza hemos de rechazar -por injustificada- la afirmación de inadecuación de procedimiento. Recordemos que precisamente es la nota finalista la que marca la frontera entre el conflicto colectivo jurídico y el de reglamentación, económico o de intereses, y la distinción entre una y otra figura cobra especial interés porque implica la competencia del orden social para conocer solamente de los primeros. El conflicto colectivo presupone controversia que puede ser solventada aplicando una norma jurídica, pues lo que se cuestiona es la existencia, el alcance, el contenido o los sujetos de una relación jurídica disciplinada por la ley o por el convenio colectivo, o afectada por decisión o práctica de empresa, en tanto que el conflicto de intereses o económico tiene como finalidad la modificación, bien a través de la supresión la adición, la reducción o la sustitución por otro del orden jurídico preestablecido, es decir, cambiando de alguna manera las condiciones de trabajo y, como es lógico, estas controversias no pueden encontrar solución en Derecho, ni el Juez puede suplantar la actividad negociadora de las partes, único procedimiento para pacificar la situación ( SSTS 19/04/00 -rco 2980/99 -; ... 01/06/10 -rco 73/09 -; ... 13/05/14 -rco 109/13 -; 21/10/14 -rco 308/13 -; y 20/01/15 -rco 207/13 -).



2.- Pues bien, SATSE no pretende -en manera alguna- alterar el orden normativo que rige las relaciones de los Enfermeros con la demandada APESH, sino tan sólo que un determinado periodo de actividad interturnos, procesalmente acreditado y no expresamente regulado en el Convenio Colectivo, obtenga el tratamiento de tiempo efectivo de trabajo que impone la obligada aplicación de la Directiva 93/104/CE. Y esto no es alterar el orden jurídico establecido y cambiar las condiciones de trabajo, sino -antes al contrario- aspirar a que la empresa respete y haga efectivas las normas de obligado cumplimiento. Y ha de observarse también -con ello volvemos a la cuestión revisoria tratada en el precedente FJ, «in fine»- que esta Sala ya ha indicado en alguna ocasión que el hecho de que «las partes intenten solventar el objeto litigioso al margen del cauce judicial en absoluto supone que no haya posibilidad de residenciarlo ante los tribunales... No se trata de decidir cómo han de ser las cosas (conflicto de intereses) sino cómo son a la vista de las normas aplicables (conflicto jurídico)» (literalmente, STS 08/05/15 -rc 56/14 -).

3.- Con ello procede ya examinar la segunda de las denuncias y única relativa a la cuestión de fondo, cual es que la sentencia recurrida ha hecho una interpretación extensiva del concepto «tiempo efectivo» de trabajo, y con ello ha vulnerado tanto el art. 36 ET, cuando los arts. 33, 35 y 86 del Convenio Colectivo de aplicación [BOJA 17/02/09]. Infracción que rechazamos con rotundidad, habida cuenta:

a).- Con carácter prioritario hemos de señalar que si bien el Convenio Colectivo de aplicación regula la jornada de trabajo en el los arts. 33 a 41 del Capítulo VI [«Jornada, descanso, guardias»], en todo caso no ofrece definición del tiempo «efectivo» de trabajo que integra la jornada ni hace mención alguna a la actividad -transmisión de información sobre los pacientes- que ha sido declarada probada como existente entre los turnos y que es objeto de la presente reclamación.

b).- De otra parte es decisivo referir que si bien el art. 35 ET dispone que «la duración de la jornada de trabajo será la pactada en los convenios colectivos o contratos de trabajo» [ap. 1], en todo caso preceptúa que «el tiempo de trabajo se computará de modo que tanto al comienzo como al final de la jornada diaria el trabajador se encuentre en su puesto de trabajo» [ap. 5]. Y no hay que olvidar que la escasa regulación que el Estatuto contiene tiene carácter de derecho necesario relativo, lo que significa que su previsiones son exclusivamente modificables en términos favorables para el trabajador.

4.- Pues bien, en su concepción jurídico-laboral estricta el concepto de «jornada de trabajo», que es el término utilizado por el art. 34.1 ET, equivale al tiempo de servicios efectivamente prestados por el trabajador como pago de su deuda de actividad; en plano jurisprudencial «la jornada efectiva de trabajo es el tiempo que, en cómputo diario, semanal o anual, dedica el trabajador a su cometido laboral propio» y, en términos del art. 34.5 ET, es el tiempo en que el trabajador «se encuentra en su puesto de trabajo» (así, SSTs 21/10/94 -rc 600/94 -; y 06/03 - 00 -rc 1217/99 -). Conforme a esta doctrina no cabe duda de que el tiempo a que se refiere el presente conflicto no admite otra calificación que la dada por la Sala de Andalucía en la sentencia recurrida, como tiempo efectivo de trabajo, en tanto que se trata de obvia actividad profesional [transmitir información médico/sanitaria de los pacientes], resulta de absoluta necesidad -que no ya mera conveniencia- para el adecuado tratamiento y seguridad de los enfermos ingresados, y se lleva a cabo en el respectivo puesto de trabajo, antes de iniciarse y concluirse el respectivo turno.

**CUARTO.-** 1.- Significa nuestra precedente consideración que la favorable acogida de la pretensión actora viene claramente determinada por el propio Derecho interno español. Pero en todo caso hemos de resaltar que la acción ejercitada goza también del más rotundo apoyo en la doctrina comunitaria que se invoca en la demanda y que -es más- ha constituido la exclusiva «ratio decidendi» de la decisión recurrida.

2.- Señalemos -en esta línea- que el art. 2 de la Directiva 93/104 dispone que a efectos de la misma «se entenderá por: 1) tiempo de trabajo: todo período durante el cual el trabajador permanezca en el trabajo, a disposición del empresario y en ejercicio de su actividad o de sus funciones, de conformidad con las legislaciones y/o prácticas nacionales; 2) período de descanso: todo período que no sea tiempo de trabajo». Y que -como reiteradamente ha recordado esta Sala- la jurisprudencia comunitaria ha indicado en interpretación de tal norma: a) que el concepto «tiempo de trabajo» ha de ser entendido como todo período durante el cual el trabajador permanece 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, y que este concepto se concibe en contraposición al de período de descanso, al excluirse mutuamente ambos conceptos [SSTJCE 03/Octubre/00, asunto Simap, apartado 47; 09/Septiembre/03, Asunto Jaeger, apartado 48; y 01/Diciembre/05, asunto Dellas, apartado 42]; y b) que la Directiva 93/104 no contempla una categoría intermedia entre los períodos de trabajo y los de descanso, y entre los elementos peculiares del concepto «tiempo de trabajo» no figura la intensidad del trabajo desempeñado por el trabajador por cuenta ajena ni el rendimiento de éste, por lo que el hecho de que los servicios - en el caso eran de guardia- comporten ciertos períodos de inactividad carece de relevancia [asunto Dellas, apartados 42 y 47] ( SSTs SG 21/02/06 -rec. 2831/04 -; 08/06/06 -rcud 1693/05 -; 04/07/06 -rcud 858/05 -; y 05/12/06 -rec. 2233/05 -).



3.- En último término, y como refuerzo de la cita que acabamos de hacer sobre la jurisprudencia comunitaria, nos parece conveniente recordar que la misma tiene «directa eficacia» en el presente caso, por tratarse -la demandada- de una Agencia pública y ser las Directivas invocables -a consecuencia de su efecto directo- también contra «los organismos, cualquiera que sea su forma jurídica, a los que un acto de la autoridad pública ha encomendado la prestación de un servicio de interés público bajo el control de esta última y que disponen, a tal efecto, de facultades exorbitantes en comparación con las normas aplicables en las relaciones entre particulares [SSTJCE Foster y otros, ap. 20; Collino y Chiappero, ap. 23; Rieser Internationale Transporte, ap. 24; Farrell, , ap. 40; Domínguez, ap. 39; y Portgás, ap. 24]. Y en último término, aunque se tratase de una persona privada - que no lo es- también resultaría de oportuna cita aquella doctrina, pues si bien las Directivas carecen de eficacia en plano «horizontal», pues «una Directiva no puede, por sí sola, crear obligaciones a cargo de un particular y no puede, por consiguiente, ser invocado en su calidad de tal en su contra», en todo caso tanto la Directiva como su interpretación comunitaria han de tenerse en cuenta en el recto entendimiento de la normativa nacional, puesto que «el órgano jurisdiccional que debe interpretarla está obligado a hacer todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la directiva, para, al efectuar dicha interpretación, alcanzar el resultado a que se refiere la Directiva y de esta forma atenerse al párrafo tercero del art. 189 del Tratado» -actual art. 249- [recientes, SSTJUE de 11/09/07, Hendrix; 24/06/08, A. Commune Mesquer; y de 25/07/08, Janecek] (vid. SSTs 24/06/09 -rcud 1542/08 -; SG 08/06/16 -rco 207/15 -; y SG 17/10/16 -rco 36/16 -).

**QUINTO.-** Las precedentes consideraciones nos llevan, tal como interesa el Ministerio Fiscal en su estudiado informe, a rechazar el recurso interpuesto y a confirmar la sentencia recurrida. Sin imposición de costas [ art. 235.1 LRJS ].

## FALLO

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

1º.- Desestimar el recurso de casación interpuesto por la representación de «Agencia Pública Empresarial Sanitaria Hospital de Poniente». 2º.- Confirma íntegramente la sentencia que en 21/Abril/2016 dictó la Sala de lo Social del TSJ Andalucía/Granada [autos 19/15 ]. 3º.- Lo que se acuerda sin imposición de costas.

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

Así se acuerda y firma.

**PUBLICACIÓN.-** En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Luis Fernando de Castro Fernandez hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.