



TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA
CATALUNYA
SALA SOCIAL

Passeig Lluís Companys s/n
Barcelona
934866175

FRANCISCO J. COMABELLA OLTRA
C. Aribau 198 1º
Barcelona 08036 Barcelona

LETRADA DE LA ADM. DE JUSTICIA DE SALA D/DÑA. ROSA EGEA GRAS.
(mn0100) agup

CÉDULA DE NOTIFICACIÓN DE SENTENCIA

En DEMANDAS **37/2016**, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, ha dictado con fecha 16/11/2016, la sentencia que por copias autorizadas se acompañan a la presente.

Y para que sirva de notificación en forma a la persona/Centro Oficial que se indica, libro la presente que firmo en Barcelona a veintiuno de noviembre de dos mil dieciséis

LA LETRADA DE LA ADM. DE JUSTICIA





TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA
CATALUNYA
SALA SOCIAL

EBO

ILMO. SR. GREGORIO RUIZ RUIZ
ILMO. SR. ADOLFO MATIAS COLINO REY
ILMA. SRA. NATIVIDAD BRACERAS PEÑA

ES COPIA

En Barcelona a 16 de noviembre de 2016

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

SENTENCIA Nº 31/2016

En los autos nº 37/2016 iniciados en virtud de demanda de conflicto colectivo, planteada por COMISSIÓ OBRERA NACIONAL DE CATALUNYA (CONC-CCOO), a los que se acumuló la planteada por el SINDICAT METGES DE CATALUNYA y que dio lugar a los autos nº 39/2016, ambas contra la CORPORACIÓ DE SALUT DEL MARESME I LA SELVA, en los que ha actuado como Ponente la Ilma. Sra. MARÍA NATIVIDAD BRACERAS PEÑA.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. En fecha 23 de agosto de 2016 tuvo entrada en esta Sala de lo Social, la demanda de conflicto colectivo presentada por MONTSERRAT ESCODA MILÀ, en nombre y representación de COMISSIÓ OBRERA NACIONAL DE CATALUNYA (CONC-CCOO).

SEGUNDO. Tras la designación de Magistrado ponente mediante diligencia de ordenación de 1 de septiembre de 2016, el mismo día se dictó decreto con el que se admitía a trámite tal demanda, se admitía la prueba interesada anticipadamente y se señalaba día para la celebración de juicio oral.

TERCERO: El 2 de septiembre de 2016 MIREIA MONTESINOS I SANCHÍS, en





nombre y representación de SINDICAT METGES DE CATALUNYA, presentó ante esta Sala demanda de conflicto colectivo contra aquella empresa.

CUARTO: Mediante sendos escritos presentados el 26 de septiembre por COCN-CCOO y la empresa se solicitó la acumulación de las dos demandas, lo cual reiteraron en su comparecencia del siguiente día 27; y mediante auto de 28 de septiembre se acordó acumular las actuaciones nº 39/2016 a las nº 37/2016. En la misma resolución se señalaba para la celebración del acto de juicio el día 8 de noviembre.

QUINTO: Llegada tal fecha, se celebró dicho acto, en el que las demandantes se ratificaron en sus respectivas demandadas, solicitando, en último lugar, que se declarase nula la modificación sustancial de condiciones de trabajo llevada a cabo por la demandada o, subsidiariamente, injustificada. La empresa se opuso a tales peticiones. Aquellas aportaron varios documentos como pruebas y la empresa demandada, además de aportar documentación, propuso y se practicó prueba pericial. Una vez cada parte expuso sus conclusiones, los autos quedaron vistos para sentencia.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO: La entidad demandada gestiona siete centros de atención primaria, dos hospitales de agudos, tres centros sociosanitarios y dos centros de rehabilitación repartidos entre las provincias de Barcelona y Gerona (no controvertido).

SEGUNDO: Las relaciones laborales entre la empresa demandada y sus trabajadores se rigen por el Convenio Colectivo de Trabajo de los Hospitales de Agudos, Centros de Atención Primaria, Centros sociosanitarios y Centros de Salud Mental concertados con el Servicio Català de la Salut (convenio SISCAT) y por el VI Convenio Marco Estatal de Servicios de Atención a las Personas Dependientes y Desarrollo de la Promoción de la Autonomía Personal en el Centro de Trabajo del Hospital Asil de Sant Jaume de Blanes (no controvertido).

TERCERO: El Consejo Rector de la corporación, en sesión celebrada el 13.4.2016, acordó aprobar la modificación de sus estatutos para responder a las exigencias previstas en la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local, y en la Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de Racionalización del Sector Público y otras Medidas de Reforma Administrativa; quedando pendiente de ser ratificado por las entidades consorciadas.

Conforme a estos nuevos estatutos, CSMS queda adscrita a la Administración de la Generalitat de Catalunya mediante el Servei Català de la Salut (SCS), que tiene capacidad decisoria en los órganos de gobierno por ostentar mayoría (memoria entregada a la representación legal de los trabajadores durante el procedimiento para la modificación de condiciones).





CUARTO: El día 4 de julio de 2016 comunicó la empresa demandada al comité de empresa de los diferentes centros de trabajo el inicio de un procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo al amparo del art. 41 del ET por razones económicas (folios 142 y 143).

El día 15 de julio se inició el periodo de consultas y en tal fecha tuvo lugar la primera reunión, en la que la empresa entregó una memoria explicativa de las causas que justificaban su decisión (folios 144-158).

A la citada reunión inicial le siguieron otras celebradas los días 15, 19, 22 y 27, para acabar con la del día 29 sin ningún acuerdo entre las partes (folios 159-184, 215-243 y 422-474).

QUINTO: Mediante escrito fechado el 4 de agosto de 2016 la empresa comunicó a la representación legal de los trabajadores su decisión de adoptar, con efectos del siguiente 1 de septiembre las siguientes medidas:

- a) Eliminación de la subvención del costo del servicio de comedor salvo en las situaciones de guardia de presencia física donde, según el convenio colectivo, las comidas son íntegramente a cargo de la empresa, de tal modo que dejaba sin efecto los acuerdos de 2011 sobre subvenciones del servicio de comedor así como cualquier derecho adquirido que pudiera haber en cualquier centro de trabajo de la corporación. Con ello preveía un ahorro directo de 100.000 euros anuales.
- b) Reducción en un 50% del valor actual del plus de "cap de guardia", dejando sin efecto, por tanto, los acuerdos de 26.9.2006 del Hospital de Sant Jaume de Calella y del Hospital Comarcal de Blanes, así como cualquier derecho adquirido que pudiera haber en cualquier centro de trabajo de la corporación. Con esta medida la empresa estimaba que se ahorraría 76.000 euros anuales.
- c) Supresión de la condonación de las 3,70 horas que, en virtud de los pactos de 13.4.2011 del Hospital Comarcal de Blanes y de 28.4.2011 del Hospital de Sant Jaume de Calella, venía haciendo la empresa con respecto al "day off". Durante el año 2015, por tal concepto llamado de "day off", la empresa condonó "unas 3.685 horas" de trabajo de los médicos, que equivalían a 121.605 euros (manifestaciones de la empresa durante el proceso de negociación no cuestionadas por los actores).

SÉPTIMO: Hasta septiembre de 2016, los trabajadores de la demandada de Calella, Blanes y Lloret, abonaban 3,15 euros por comer o cenar.

Tras dicha medida propuesta por la empresa se suprime totalmente la subvención que entraña pagar ese bajo precio. En concreto, desde el 1.9.2016 la empresa está aplicando el art. 38 del convenio SISCAT conforme al cual "todas las empresas afectadas por el presente convenio, sea cual sea el número de sus empleados y trabajadores, deben tener un lugar para comer adecuadamente en el lugar de trabajo. En este local se ofrecerán almuerzos o cenas al personal que necesite para hacerlos en el lugar de trabajo debido a su horario de servicio. Además de este personal, también disfrutarán de este servicio los/las trabajadores/as, la hora de





inicio y final de la jornada de los cuales coincida en media hora con el horario establecido por los centros para el almuerzo o cena, siempre que esto sea posible porque el local esté abierto. El personal pagará como contraprestación por este servicio la cantidad máxima de 6,00 € por almuerzo o cena, excepto para el personal con jornada partida, que será de 4,00 €. El personal de guardia de presencia física no abonará ninguna cantidad" (no controvertido).

OCTAVO: En virtud de los acuerdos alcanzados el 26.9.2006 entre las partes, en el Hospital Sant Jaume de Calella y el Hospital Comarcal de Blanes, el jefe de guardia percibía una retribución adicional al complemento por la guardia de 10,12 euros de lunes a viernes y de 11,44 euros si la guardia se realizaba los sábados, domingos o festivos.

A partir de 1.9.2016 la empresa tan solo está abonando el 50% de aquellas cantidades (no controvertido).

NOVENO: Conforme a los pactos de 13.4.2011 del Hospital Comarcal de Blanes y de 28.4.2011 del Hospital de Sant Jaume de Calella los facultativos tenían libre la jornada (7,70 horas) siguiente a la guardia, para lo cual iniciaban la guardia 4 horas antes y la empresa condonaba 3,70 horas retribuyéndolas sin exigir el trabajo correspondiente. Es decir que la guardia se extendía de las 16 horas hasta las 8 horas del día siguiente, y tras haber realizado el descanso de 12 horas exigido por la Directiva 2003/88/CE, quedaban liberados de la obligación de trabajar durante la siguiente jornada

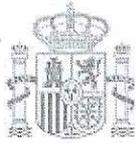
A raíz de la medida ahora discutida, la empresa ha eliminado la condonación de las 3,70 horas. Por tanto, una guardia de 16 horas seguida de la jornada liberada de 7,70 horas, se retribuye con 8,30 horas (antes recibirían 12 horas: 8,30+3,70); y una guardia de 24 horas (fines de semana y festivos), seguido de jornada liberada de 7,70 horas, se retribuye con 16,30 horas (antes con 20:16,30+3,70) (no controvertido).

DÉCIMO: En cuanto a los resultados económicos de 2014, el informe de auditoría aportado como prueba anticipada a solicitud de la parte demandante refleja un incremento neto de la cifra de negocios con respecto al ejercicio de 2013, al pasar de 87.041.149,67 euros a 88.814.961,96 euros; pero los gastos de personal experimentaron un mayor aumento al pasar de 56.867.371,90 euros a 60.110.946,17 euros; y, además, mientras que para el ejercicio 2013 se practicó una amortización de 872.140,02 euros, en la contabilidad del año 2014 no se anotó ninguna amortización.

Por lo que respecta a la cuenta de Pérdidas y Ganancias de los años 2013 y 2014, en ambos años arroja un resultado nulo (cero); y en el año 2015 su resultado es negativo en 3.965.375,35 euros.

En dicha cuenta del año 2013 se aplicó como amortización una suma (872.140,02 euros) con el fin de presentar un cierre del ejercicio equilibrado, aun cuando el déficit acumulado hasta entonces era de 9,13 millones de euros. Por la misma razón, en la cuenta de 2014 no se aplicó amortización alguna, cuando la que correspondía era de 3,20 millones de euros.





En el año 2015 se aplicó una amortización de 1.806.678,34 euros y la que correspondía era de 3.120.139,79 euros.

Se calcula que el déficit de amortizaciones acumulado es de 13.652.275, 33 euros. (Informe pericial, folios 300-320; memoria explicativa entregada a la empresa al comienzo de procedimiento negociador, el 15.7.2016; informes de las auditorías de cuentas de los años 2013, 2014 y 2015 presentados como prueba anticipada.)

UNDÉCIMO: La sentencia del TS de 22.12.2014, resolviendo el RCU 2468/2013, revocó en parte la sentencia de esta Sala de 14.5.2013 (recurso de suplicación 3067/2012) y falló que para la retribución de las horas de guardia no debe excluirse el complemento de atención continuada. Con respecto a las cantidades abonadas por "day off" en el ap. 2 de su fundamento jurídico tercero, la sentencia del TS señaló que "las discrepancias interpretativas con relación al llamado "day off" no se plantean en ningún motivo y solo se suscitan pidiendo la nulidad por una incongruencia que no existe, cual se dijo antes, aparte de que era obligatorio haber planteado esa cuestión con cita de la oportuna sentencia de contraste, cual requiere el art. 219 de la LJS, omisión que justifica la desestimación de esa pretensión por ser ajena al objeto del recurso que es la unificación de doctrina. Debe añadirse que la controversia relativa al llamado "day off" debió plantearse en motivo separado y con cita de una sentencia en la que se hubiese planteado igual supuesto fáctico y jurídico, lo que no hace el recurso que se limita a insinuar, incidentalmente, en la fundamentación jurídica, que el criterio aplicable al complemento de atención continuada lo sería también al "day off", lo que no es correcto, pues esa cuestión debió plantearse como motivo separado del recurso y con cita de una sentencia de contraste idónea, cual requiere el art. 224 de la LRJS, especialmente en sus números 2 y 3 y se dijo antes".

En ejecución de dicha sentencia el Juzgado de lo Social 22 de Barcelona dictó auto de 22 de abril de 2016 (aclarado por el de 9.6.2016) con el que se fijaban las cantidades que la corporación debía abonar a los allí demandantes.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: De acuerdo con el artículo 97.2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, el contenido de los hechos probados se ha deducido de la documentación aportada por ambas partes, que no ha sido cuestionada por la contraria, y por el dictamen pericial aportado por la empresa; y, más específicamente, con apoyo en la prueba que se cita en cada hecho probado.

SEGUNDO: Los actores demandan que se declare la nulidad de la decisión empresarial de modificación sustancial de condiciones de trabajo y, subsidiariamente, que se declare injustificada.

Se alega que la decisión ha sido adoptada en fraude de ley porque las medidas afectan a transacciones alcanzadas en conciliaciones judiciales en la fase de ejecución de sentencia (refiriéndose a la ejecución llevada a cabo por el Juzgado de





lo Social nº 22 de Barcelona con relación a la sentencia del TS de 22.12.2014, citada en el hecho probado undécimo). Entienden los actores que la empresa estaría buscando dejar sin efecto aquellos acuerdos conciliatorios por la vía de hacer recaer el precio de la condena sobre los beneficiarios de la sentencia.

Los actores también ven una conducta fraudulenta en el hecho de que la empresa hubiera llevado a cabo este procedimiento de modificación de condiciones en vísperas del mes de agosto, mes vacacional para una gran mayoría, de tal modo que entonces la parte trabajadora presentaba una menor capacidad de reacción.

Y, por último, consideran que ha de declararse la nulidad de la decisión empresarial por falta de voluntad negociadora manifestada en dos que en la comunicación inicial se propusieron seis medidas de las que se retiraron la mitad, con lo que, según los demandantes, la empresa estaría pretendiendo aparentar un esfuerzo negociador cuando realmente carecía de interés desde un principio con respecto a las tres suprimidas porque no respondían propiamente a una modificación sustancial de condiciones por causas económicas, tal y como la propia empresa lo reconoció en la reunión de 27 de julio (acta, folios de 261 y 462 de autos).

No pueden ser acogida con éxito ninguna de tales alegaciones.

El art. 41.1 del ET prescribe que “durante el periodo de consultas las partes deberán negociar de buena fe, con vistas a la consecución de un acuerdo”; y de las actuaciones practicadas no puede deducirse que la empresa en su actuación no hubiera observado tal criterio.

Con respecto a la primera de las alegaciones, se ha de decir que el objeto debatido en este proceso de conflicto colectivo sobre modificación sustancial de condiciones de trabajo se centra en valorar si tanto el procedimiento seguido como las medidas adoptadas para desde septiembre de 2016 son conformes al derecho, mientras que en las actuaciones inicialmente practicadas en el Juzgado de lo Social nº 22 de Barcelona en los autos 138/2007, determinados trabajadores de la demandada le reclamaban las diferencias salariales correspondientes a las guardias realizadas en los años 2005 a 2011. Por tanto, la decisión empresarial ahora controvertida no incide en lo discutido en este pleito de reclamación de cantidades ya vencidas y respecto a las que se alcanzaron posteriormente determinados acuerdos para la ejecución de la sentencia firme que resolvió tal litigio. Además, con respecto al “day off”, la sentencia del TS acabó manteniendo la decisión de este Tribunal de excluirlo del cómputo del valor de la guardia porque los trabajadores formularon de forma deficiente el recurso con respecto a este punto, lo que impidió que el tribunal pudiera abordarlo. Por tanto, la medida relativa al “day off” que la empresa ha adoptado difícilmente podía afectar al fallo que ya excluía tal concepto; además de que lo resuelto en aquella sentencia firme no limita a la empresa para el ejercicio que, dentro de los cauces legales, pretenda hacer de su “ius variandi” como empresario (art. 39 ET).

Por otro lado y con respecto al hecho de que la empresa hubiera propuesto seis medidas con el pretendido propósito de dejarlas finalmente en tres y así manifestar





una voluntad negociadora de la que en realidad carecía, ni se ha aportado prueba ni hay indicios que destruyan la presunción de buena fe de la que debemos partir conforme a los principios generales del derecho.

Y, por último, tampoco puede apreciarse mala fe en el mero hecho de haber decidido adoptar tales medidas e iniciar el procedimiento correspondiente, a finales de julio, máxime teniendo presente que no se discute el cumplimiento de los requisitos relativos a la constitución de la comisión negociadora y ni del resto de las exigencias procedimentales del art. 41 ET.

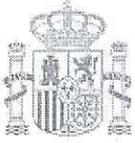
TERCERO: En cuanto a las causas en que la empresa funda su decisión, estas son exclusivamente de carácter económico, y los actores han cuestionado que las cifras con las que aquella se ha explicado permitan calificar la modificación como justificada. En concreto, los actores alegan, en síntesis, que algunas partidas contables reflejan que hay margen de maniobra para poder adoptar otras medidas que no atenten contra los derechos de los trabajadores, señalando, en concreto, que desde el año 2015 la empresa ha tenido más actividad y, además, también vio incrementadas las tarifas con que se retribuían sus servicios con respecto a los años anteriores. Asimismo, aducen que los resultados negativos que señala la empresa se deben especialmente a un mero cambio contable en la imputación de las amortizaciones; que en el año 2015 se produjo un incremento del 12,67 % en la partida salarial del personal de dirección; y, por último, que aún está pendiente de suscripción el concierto para el año 2016 con CATSALUT, para el que las previsiones son de un incremento de tarifas.

Conforme al art. 41 ET la empresa está autorizada para realizar las modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo “cuando existan probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción”, entendiéndose que quedan justificadas todas aquellas que guarden relación “con la competitividad, productividad u organización técnica de la empresa.

Las cuentas que la empresa ha presentado, en especial, las de los dos últimos años, 2014 y 2015, las cuales ponen de manifiesto un deterioro notable en situación económica puesto que la cuenta de Pérdidas y Ganancias de 2014 no muestra ningún beneficio y la de 2015 refleja unas pérdidas de 3.965.464,59 euros, con las circunstancias agravantes de que en aquel año no se aplicó ninguna indemnización y en este otro, el de 2015, se ha aplicado como amortización la suma de 1.806.678,34 euros pero, según el informe pericial no cuestionado en este punto, debía haberse hecho por 3.120.139,79 euros; y que atendiendo a la falta de amortizaciones realizadas en los años anteriores el déficit acumulado alcanza a 13.652.275,33 euros a finales de 2015.

Por tanto, esta Sala considera que concurren en la empresa circunstancias que inciden en su competitividad y que justifican la adopción de determinadas medidas dirigidas a mejorar su posición en el mercado; habida cuenta de que tampoco pueden ser estimadas las concretas alegaciones con que los actores cuestionan tal valoración, por las razones que seguidamente exponemos.





En cuanto a la alegación de que la empresa tenía margen para haber adoptado otras medidas que no afectaran a los derechos de los trabajadores, además de que no concretan esas alternativas posibles, las decisiones al respecto entran dentro del ámbito de la gestión empresarial sin que la vía judicial deba realizar un juicio de oportunidad sino tan solo de adecuación entre la causa acreditada y la modificación llevaba a cabo por la empresa.

Por lo que respecta al concreto cuestionamiento de las cuentas del año 2015 en algunas de sus partidas, ciertamente que, como señalan los demandantes, en tal año se produjo un incremento de actividad con respecto al año anterior (de un volumen de 88.814.961,96 euros de 2014 se pasó a 94.939.024,76 euros en 2015) pero los aprovisionamientos y los gastos de personal sufrieron también incrementos muy destacables (aprovisionamientos: de 23.761.669,12 euros en 2014 a 27.837.455,07 euros en 2015; gastos de personal de 60.110.946,17 euros en 2014 a 64.651.285,33 en 2015) que la empresa atribuye a la vacunación de la hepatitis.

Por otro lado y en cuanto al incremento del 12,67% de los salarios del personal de dirección en el ejercicio de 2015 ha quedado acreditado que gran parte de ese porcentaje ha de atribuirse a una nueva contratación, el 18.5.2015, para cubrir una plaza de director asistencial que estaba vacante (certificado de la corporación obrante al folio 493 de los autos), por lo que no responde a un aumento del salario individual de cada directivo.

Por último, respecto a la alegación de unas previsiones de incremento de tarifas por CATSALUT para el año 2016, carece de sustento probatorio mientras que la ley de presupuestos correspondiente a este año aún no se ha dictado y que el Decreto 252/2015, de 15 de diciembre, estableció los criterios de aplicación de la prórroga de presupuestos de la Generalitat de Catalunya para el año 2015, y, en el mismo sentido, el Decreto-Ley 4/2015, de 29 de diciembre, de necesidades financieras del sector público y otras medidas en prórroga presupuestaria, sin que se prevean en tales normas el incremento de tarifas que se alega.

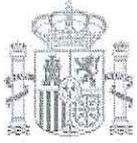
En conclusión, entendemos que la situación económica que la empresa presentaba al tiempo de adoptar las medidas impugnadas justificada suficientemente su decisión. Y a continuación pasaremos a valorar si las materias sobre las que han versado tales medidas eran susceptibles de tal afectación.

CUARTO: EN CUANTO A LA SUBVENCIÓN DEL COMEDOR.

Alega la parte trabajadora que esta modificación ya nacía con un vicio que impedía que pudiera ser negociada ya que al haberse transformado la empresa en un consorcio de la Generalitat adscrito al Servei Català de la Salut, le será de aplicación la previsión legal que impide a estas empresas proporcionar el servicio de comedor.

Ciertamente que la Ley de Presupuestos de la Generalitat para el año 2015 prevé en su artículo 32.2 que “en el ejercicio 2015 no se reconocen percepciones derivadas de los sistemas de ayudas para comida del personal”. Ahora bien, aunque el Consejo Rector de la empresa ha aprobado los nuevos estatutos para su conversión





en consorcio, no consta que estos hayan sido aprobados por la Generalitat, por lo que hasta tanto aquella previsión legal le sea aplicable, era materia disponible para la empresa por esta vía del art. 41 del ET puesto que tenía su origen en un convenio extraestatutario y era materia sobre la que las partes podían negociar, sin que esta limitación en cuanto a la duración del alcance de la medida impida que pudiera ser adoptada por la empresa.

Por último, hay que hacer notar que la empresa no ha llegado a suprimir totalmente la ayuda puesto que solo está repercutiendo el costo del proveedor sin alcanzar los seis euros que prevé el convenio SISCAT en su art. 38 (transcrito en el hecho probado séptimo).

QUINTO: REDUCCIÓN DEL 50% PLUS DE CAP DE GUARDIA.

Aducen los demandantes respecto a esta medida en concreto que, al ser aquel puesto –el de jefe (“cap”) de guardia– de carácter voluntario, tal tamaña reducción del plus llevará a que nadie quiera ocuparlo provocando problemas organizativos.

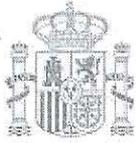
Pero este argumento carece de valor para calificar la medida de injustificada puesto que se funda en futuribles y porque, según alega la empresa, no es un cargo preceptivo o esencial de tal modo que en caso de que no estuviera cubierto, los facultativos que hicieran la guardia pueden acudir al directivo de guardia que está localizable telefónicamente.

SEXTO: “DAY OFF”.

1.-El primero de los argumentos por los que se opone la parte demandante a la aplicación de la medida relativa al “day off” es porque entienden que viene a contrariar lo resuelto en la sentencia del TS de 22.12.2014 y los acuerdos alcanzados en su ejecución ante el Juzgado de lo Social nº 22 de Barcelona; alegación que ya hemos tratado y respecto a la que ahora solo queremos insistir en lo expuesto más arriba indicando que es una medida empresarial aplicable desde septiembre de 2016, que no afecta a la forma en que hayan de computarse las horas y remuneraciones devengadas con anterioridad a tal fecha, máxime cuando los términos en que deben liquidarse está fijados en la resolución judicial; y que, además, la medida adoptada repercute no en la distribución del tiempo de trabajo puesto que los facultativos que realicen la guardia pueden seguir disfrutando del “day off”, es decir, de la libranza de la jornada siguiente al preceptivo descanso de 12 horas posteriores a la guardia, sino en la retribución correspondiente puesto que con el cambio que se introduce, la empresa no exige las horas de trabajo libradas, pero tampoco la empresa pagará ninguna de ellas (antes pagaba 3,70 horas).

El origen de este beneficio de que gozaban los médicos que prestaban servicios en una guardia de presencia no estaba en su convenio colectivo sino en determinados pactos (hecho probado sexto, apartado c) que las partes alcanzaron en el año 2011 y, por tanto, se trataba de una condición de trabajo susceptible de verse afectada por la vía del art. 41.4 del ET.





2.-Como segunda causa de oposición a la adopción de esta medida, los demandantes aducen las numerosas sentencias del TS en torno a la forma de cálculo de la remuneración de las horas de guardia. Sin embargo, tal jurisprudencia tampoco es obstáculo para declarar justificada esta decisión empresarial.

Efectivamente, la jurisprudencia, al abordar la retribución de las horas de guardia de presencia en los hospitales de la red sanitaria pública de Cataluña ha resuelto que no procedía detracer del importe de la hora ordinaria con que eran retribuidas ni el complemento de atención continuada ni el valor de las cuatro horas que -de las ocho siguientes al descanso preceptivo de otras doce horas- abonaba la empresa aun cuando no se trabajaban. Algunas de las sentencias del TS trataron en sus argumentos tan solo el punto relativo al complemento de atención continuada (así las de 12.5.2015, RCU 1057/2014 –relativa a la empresa ahora demandada-, y de 10.2.2015, RCU 108/2014) mientras que otras, además de dicho punto, abordaron el del llamado “day off”, que es el único que de ellos dos nos interesa ahora (así en sus sentencias de 21.10.2014, RCU 1636/2013; y con términos tomados de esta, la de 29.6.2016, RCU 3113/2014, y la de 17.11.2014, RCU 711/2014).

De estas últimas hemos de recordar las siguientes líneas:

“A la vista de tales antecedentes, forzoso es concluir que nos encontramos ante un pacto que regula las condiciones de trabajo, jornada y retribución, disponiendo la forma de disfrute de los descansos y la fijación de la jornada. En el pacto la empresa concede unos determinados beneficios -retribuye 4 horas de las 8 que no se trabajan, tras el descanso ininterrumpido de 12 horas subsiguiente a la guardia teórica de 21 a 8 horas- y a cambio los trabajadores realizan una guardia de presencia real de 17 horas a 8 horas, de las que la empresa solo retribuye el periodo de 21 a 8 horas.

Esta regulación, que obviamente mejora las condiciones de trabajo, no regula el importe de la hora ordinaria de trabajo, ni tampoco de la hora extra, sino que, como anteriormente ha quedado consignado, regula un conjunto de condiciones de trabajo, estableciendo un cuidadoso ensamblaje, con vista a la ordenación de la jornada de trabajo, entre la jornada ordinaria, los descansos y la realización de horas extras, con recíprocas concesiones de una y otra parte, a fin de dar cumplimiento a la normativa europea, Directiva 93/104, así como la STJUE de 3-octubre-2000 y sentencias de esta Sala, entre otras, sentencia de 12-noviembre- 2002 (recurso 1293/2001).

No procede, en consecuencia, detracer la cantidad correspondiente a estas horas que abona la empresa del importe de la hora ordinaria de trabajo, del mismo modo que, como se ha razonado con anterioridad, no cabe deducir el importe del complemento de atención continuada. A mayor abundamiento hay que señalar que, de entenderse que procede dicha deducción se estaría dejando vacío de contenido una parte del Pacto válidamente suscrito por la representación de la empresa y de los trabajadores, pues esta última no tendría que cumplir las obligaciones que asumió en virtud del mismo, en tanto estas serían exigibles a los trabajadores.”





Sin embargo, no es aplicable dicha doctrina jurisprudencial al presente caso puesto que, hemos de recordar nuevamente, tales razonamientos se vertían en un asunto relativo a la valoración de las guardias –ya fuera por vía de reclamación de cantidad o previa demanda de conflicto colectivo- a fin de hacer efectiva la regulación que entonces regía las relaciones laborales en la empresa, que impedía que la empresa, unilateralmente y seguir el procedimiento legal previsto, dejara de aplicar una de las condiciones de trabajo de aquel “cuidadoso ensamblaje”. Ahora bien, en el presente caso estamos ante la impugnación de una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, modificación realizada respetando las exigencias procedimentales del art. 41 del ET y para la que la empresa ha alegado la concurrencia de causas económicas que más arriba hemos considerado suficientes para justificar una decisión unilateral de la empresa dentro de los límites de aquel precepto.

Una vez admitida la posibilidad de que esa condición de trabajo sea modificada en atención al procedimiento seguido, hemos de pasar a continuación a valorar si es igualmente susceptible de serlo por razón de esta materia afectada, relativa al “day off”.

No se han aportado por ninguna de las partes los pactos de 13.4.2011 del Hospital Comarcal de Blanes y de 28.4.2011 del Hospital de Sant Jaume de Calella, que constituyen para esta empresa la fuente de esa práctica relativa a la realización y abono de las guardias, y, por ende, carecemos no solo de su literalidad sino también de las circunstancias concretas en que se celebraron, para poder valorar exactamente su naturaleza jurídica y alcance.

Ahora bien, partiendo de los datos que obran tanto en estos autos como los reseñados en las sentencias que han tratado por una u otra vía procesal la regulación del conocido como “day off”, podemos concluir que estamos ante un pacto extraestatutario, que, por tanto, no precisa acudir ni al proceso previsto en el art. 82 del ET ni al del descuelgue.

Que su naturaleza es la de pacto extraestatutario encuentra especialmente apoyo en la sentencia de esta Sala de 14.2.2011 (recurso de suplicación 5990/2010) en la que la regulación del “day off” correspondiente a la Corporació Parc Taulí es tratada como un acuerdo extraestatutario.

Y la decisión de que por ser un pacto extraestatutario puede ser modificado unilateralmente por la empresa por la vía del art. 41 del ET se funda en la jurisprudencia reiterada (entre otras, sentencias del TS de 23.20.2012, RCU 594/2012; de 22.7.2013, casación 106/2012; de 17.12.2014, casación 24/2014; y de 23.6.2015, casación 315/2013). Concretamente, esta última, tomando unas líneas de la anterior (la de 2014), reitera que “el empresario habrá de acudir al procedimiento previsto en el ET art. 41 cuando pretenda modificar condiciones de trabajo reconocidas a los trabajadores en el contrato de trabajo, en acuerdos o pactos colectivos o disfrutadas por estos en virtud de una decisión unilateral del empresario de efectos colectivos. Por el contrario, la modificación de las condiciones de trabajo





establecidas en los convenios colectivos deberá realizarse conforme a lo establecido en el artículo 82.3ET (art. 41.6 ET). La decisión de modificación de condiciones de trabajo, sea de carácter individual o colectivo, compete al empresario, quien puede imponerla aunque no haya acuerdo con la representación legal de los trabajadores”.

SÉPTIMO: Abordamos a continuación el último de los motivos que alega la parte actora contra la decisión empresarial de la modificación sustancial de condiciones. Se aduce la falta de proporcionalidad entre las medidas adoptadas y la situación económica que presenta la empresa. En concreto, señala que las medidas pueden suponer tan solo una disminución de los costes que no llega a 300.000 euros anuales (100.000 euros anuales –la relativa al comedor- más 76.000 euros anuales –la relativa al “cap” de guardia- más 121.605 euros anuales –por la del “day off”: total de 297.605 euros anuales) cuando el resultado del ejercicio de 2015 fue de 3.965.375,35 euros y además se arrastra un déficit en las amortizaciones de 13.652.275,33 euros.

Uno de los actores señaló la sentencia del TS de 7 de julio de 2016 (casación 188/2015) para apoyar esta alegación. En esta sentencia se recuerda que la reforma laboral de 2012 ha potenciado la libertad de empresa y el “ius variandi” empresarial hasta el punto de dejar sin efecto la restringidísima doctrina jurisprudencial sobre la aplicación de la cláusula “rebus sic stantibus” en materia de obligaciones colectivas pero no conlleva una limitación del control judicial más allá de tal legalidad, por lo que compete a los órganos judiciales, además de tal juicio sobre la legalidad y ajuste a las previsiones legales, una valoración sobre la adecuación entre las causas acreditadas y la modificación pretendida, un juicio que ha de atender a los criterios de razonabilidad y proporcionalidad.

Así, en la citada sentencia del TS se consideró que no existía tal razonable adecuación porque la empresa necesita cubrir un déficit o desequilibrio de 2.946.000 euros y las medidas que se proponía adoptar suponían una reducción de los costes de 4.312.511 euros.

En el presente caso, sin embargo, las cantidades que hemos de comparar no presentan la misma desproporción o, al menos, no en el mismo sentido. En aquel asunto resuelto por el TS, las medidas adoptadas tenían una repercusión económica excesiva (de más de cuatro millones de euros) para las necesidades de la empresa (que no llegaban a tres millones), de modo que suponía un impacto desproporcionado en los intereses de los trabajadores. Pero en el caso de la empresa demandada sus pérdidas casi alcanzaron los cuatro millones de euros, y junto al déficit de amortizaciones se situarían en 17.617.650,68 euros. Y frente a esta situación, las medidas concernientes a los trabajadores que ha adoptado la empresa para aplicar a partir de septiembre de 2016 tan solo suponen una disminución anual de sus costes de 297.605 euros; de modo que no hace recaer total ni principalmente sobre sus empleados las reformas o reestructuración a que debería proceder para poder afrontar esa situación económica marcadamente negativa.

En conclusión, tampoco esta causa de impugnación puede encontrar éxito y, por





todo ello, considera esta Sala que la modificación sustancial realizada por la empresa sobre las condiciones laborales analizadas estaba justificada y, en definitiva, que las demandas deben desestimarse.

OCTAVO: Sin costas (art. 235.2 de la LRJS).

Vistos los preceptos legales citados y los demás de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

Que desestimamos la demanda presentada por COMISSIÓ OBRERA NACIONAL DE CATALUNYA (CONC-CCOO) y la presentada por el SINDICAT DE METGES DE CATALUNYA contra la CORPORACIÓ DE SALUT DEL MARESME I LA SELVA y declaramos justificada la modificación de condiciones de trabajo de carácter colectivo adoptada por dicha empresa y comunicada mediante escrito de 4 de agosto de 2016. Sin costas

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 ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, el cual deberá prepararse mediante escrito con la firma de Abogado, Graduado Social colegiado o representante y dirigido a ésta Sala en donde habrá de presentarse dentro de los cinco días siguientes a la notificación, con los requisitos establecidos en el Art. 208 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 artículo 229.4 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, depositará al preparar el Recurso de Casación, la cantidad de 600 euros en la cuenta de consignaciones que tiene abierta esta Sala, en BANCO SANTANDER, Oficina núm. 6763, sita en Ronda de Sant Pere, nº 47, cuenta Nº 0937 0000 66, añadiendo a continuación seis dígitos. De ellos los cuatro primeros serán los correspondientes al número de rollo de esta Sala y dos restantes los dos últimos del año de dicho rollo, por lo que la cuenta en la que debe ingresarse se compone de 16 dígitos.

La consignación del importe de la condena, cuando así proceda, se realizará de conformidad con lo dispuesto en el artículo 230 la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, con las exclusiones indicadas en el párrafo anterior, y se efectuará en la cuenta que esta Sala tiene abierta en BANCO SANTANDER (oficina indicada en el párrafo anterior), cuenta Nº 0937 0000 80, añadiendo a continuación seis dígitos. De ellos los cuatro primeros serán los correspondientes al número de rollo de esta Sala y dos restantes los dos últimos del año de dicho rollo, por lo que la cuenta en la que





debe ingresarse se compone de 16 dígitos. La parte recurrente deberá acreditar que lo ha efectuado al tiempo de preparar el recurso en esta Secretaría.

Podrá sustituirse la consignación en metálico por el aseguramiento de la condena por aval solidario emitido por una entidad de crédito dicho aval deberá ser de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento.

Para el caso que el depósito o la consignación no se realicen de forma presencial, sino mediante transferencia bancaria o por procedimientos telemáticos, en dichas operaciones deberán constar los siguientes datos:

La cuenta bancaria a la que se remitirá la suma es IBAN ES 55 0049 3569 920005001274. En el campo del "ordenante" se indicará el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y el NIF o CIF de la misma. Como "beneficiario" deberá constar la Sala Social del TSJ DE CATALUÑA. Finalmente, en el campo "observaciones o concepto de la transferencia" se introducirán los 16 dígitos indicados en los párrafos anteriores referidos al depósito y la consignación efectuados de forma presencial.

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

Publicación.- La anterior sentencia ha sido leída y publicada en el día de su fecha por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente, de lo que doy fe.

