



Roj: **STS 2398/2020** - ECLI: **ES:TS:2020:2398**

Id Cendoj: **28079130042020100205**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **21/07/2020**

Nº de Recurso: **800/2018**

Nº de Resolución: **1063/2020**

Procedimiento: **Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)**

Ponente: **RAFAEL TOLEDANO CANTERO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ PV 3343/2017,**
ATS 3833/2018,
STS 2398/2020

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Cuarta

Sentencia núm. 1.063/2020

Fecha de sentencia: 21/07/2020

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 800/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 14/04/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Toledano Cantero

Procedencia: T.S.J.PAIS VASCO CON/AD SEC.1

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Maria Pilar Molina Lopez

Transcrito por:

Nota:

R. CASACION núm.: 800/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Toledano Cantero

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Maria Pilar Molina Lopez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Cuarta

Sentencia núm. 1063/2020

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, presidente

D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva



D^a. Celsa Pico Lorenzo

D^a. María del Pilar Teso Gamella

D. Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo

D. Rafael Toledano Cantero

En Madrid, a 21 de julio de 2020.

Esta Sala ha visto el recurso de casación núm. 800/2018, promovido por Osakidetza-Servicio Vasco de Salud, representado por el procurador de los Tribunales José Luis Martín Jaureguibeitia, bajo la dirección letrada de D.^a Nerea Arenas Vázquez, contra la sentencia núm. 642/2017, de 7 de noviembre, dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, recaída en el recurso de apelación 206/2017.

Comparece como parte recurrida D.^a Ruth , representada por D.^a Maria de la Paloma Ortiz-Cañavate Levenfeld, con la asistencia letrada de don Carlos Zarate Ortiz de Urbina.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Rafael Toledano Cantero.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El presente recurso de casación se interpuso por el Ente público Osakidetza-Servicio Vasco de Salud, contra la sentencia núm. 642/2017, de 7 de noviembre, dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, estimatoria del recurso de apelación 206/2017 formulado por D.^a Ruth frente a la sentencia núm. 400/2016, dictada el 17 de diciembre por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 6 de los de Bilbao, desestimatoria del recurso núm. 2163/2015 instado contra la resolución 1922/2015, de 19 de octubre, del director General Osakidetza, que desestima recurso de alzada, de fecha 6 de julio de 2015, presentado contra la resolución nº 230/15, de 10 de junio, del Director Gerente de la Organización Sanitaria integrada en la Osi Urlbe.

SEGUNDO.- La Sala de instancia estimó el recurso contencioso-administrativo con sustento en el siguiente razonamiento:

"**TERCERO.-** La solución al debate, esencialmente de naturaleza jurídica, se alcanza a juicio de la Sala a través de los razonamientos siguientes:

3.1 En primer lugar es incuestionado que la jornada de trabajo de la recurrente se desarrolla durante cuatro días a la semana por la tarde y por la mañana el quinto día.

A través de los arts. 1, 3 y 5 del Real Decreto 137/1984 del contenido de la Orden autonómica de 30 de marzo de 2001 (publicada en el Boletín Oficial del País Vasco de 18 de mayo) argumenta la apelante que el servicio se presta, pues así lo impone la norma, de forma continuada, sin interrupción, durante todos los días y que por ello se cumpliría el contenido de los preceptos que se utilizan en la Sentencia ya que se trabaja en equipo, el servicio está siempre atendido y por lo tanto se produciría la sucesión de unos empleados por otros en la actividad.

La argumentación del recurso es en este punto irrelevante, de un lado, porque lo que exige aquella norma es que la sucesión de empleados lo sea en el puesto de trabajo concreto y esto es algo sobre lo que la apelante nada ha demostrado. No se prueba que su puesto funcional una vez agotada la jornada de la apelante continúe siendo servido por sucesivos empleados. Y, de otro, porque, como tendremos ocasión de explicar después, no va a ser necesario que el puesto sea atendido sucesivamente por otros empleados una vez cumplida su jornada por los anteriores.

3.2 En segundo lugar, el debate que ahora se nos plantea es similar al que resolvimos en la Sentencia nº 11-2015 dictada el 17 de noviembre en la Apelación nº 177-2014. Es por ello que el presente, ante la ausencia de elementos que justifiquen un cambio de criterio, ha de resolverse en términos pariguales.

Así, recordando lo allí dicho:

"Que el segundo motivo de la apelación se basa en que la apelante sostiene que, en cualquier caso, le corresponde percibir el complemento de turnicidad al prestar sus servicios en turnos de mañana y tarde.

Ciertamente, la sentencia es errónea cuando parte de considerar que el régimen horario es de mañana y de tarde, partido, como se ha significado en el anterior fundamento jurídico, cuando, en realidad, la apelante presta sus servicios en régimen de jornada continua, unos días de la semana de 8:00-15:00 h y, otros, de 13:00-20.00 h.

Osakidetza sostiene que tal forma de prestación de servicios no es un régimen de trabajo a turnos.



Ha de partirse, para resolver este tema, del art. 106 del Decreto 235/2007, de 18 de diciembre (Acuerdo Regulador de las condiciones de trabajo en Osakidetza). Dicho precepto establece que: "El personal que preste sus servicios en régimen rotatorio percibirá el complemento de turnicidad fijado en el Anexo III. 3 del Anexo de Retribuciones. Este complemento retribuye la realización de distintos turnos de trabajo con carácter habitual".

El art. 46.2 h) de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, por su parte, define el trabajo por turnos como: "toda forma de organización del trabajo en equipo por la que el personal ocupe sucesivamente las mismas plazas con arreglo a un ritmo determinado, incluido el ritmo rotatorio, que podrá ser de tipo continuo o discontinuo, implicando para el personal la necesidad de realizar su trabajo en distintas horas a lo largo de un periodo dado de días o semanas".

Pues bien, partiendo de que la apelante presta sus servicios los lunes, miércoles y viernes de 13.00-20:00 h. y los martes y jueves de 8:00-15:00 h. desde julio de 2012, la Sala entiende que, desde esa fecha, tiene derecho a cobrar el complemento de turnicidad previsto en el Acuerdo Regulador. Ello ha de ser así entendido por cuanto que, en un periodo de días (alternos en este caso) ha de realizar su trabajo en distinto régimen horario (turno) de mañana o de tarde lo que tiene pleno encaje en los dos preceptos arriba citados."

3.3 A lo anterior le añadiremos en este caso cuanto sigue.

En primer lugar, la organización del trabajo a turnos, después veremos el porqué, no es una faceta del ámbito de organización y dirección que le haya pasado inadvertida al legislador sino que antes al contrario, y sin perjuicio de su integración a través de convenios y acuerdos reguladores de las condiciones de trabajo, se ha preocupado en definirlo descriptivamente y tratarlo en estos términos:

En el art. 36 del RDL 2-2015 por el que se aprueba el Estatuto de los Trabajadores (no olvidemos que estamos ante personal estatutario y por lo tanto en el que confluyen aspectos propios del derecho laboral junto con los propiamente administrativos) se establece que:

"3. Se considera trabajo a turnos toda forma de organización del trabajo en equipo según la cual los trabajadores ocupan sucesivamente los mismos puestos de trabajo, según un cierto ritmo, continuo o discontinuo, implicando para el trabajador la necesidad de prestar sus servicios en horas diferentes en un periodo determinado de días o de semanas.

En las empresas con procesos productivos continuos durante las veinticuatro horas del día, en la organización del trabajo de los turnos se tendrá en cuenta la rotación de los mismos y que ningún trabajador esté en el de noche más de dos semanas consecutivas, salvo adscripción voluntaria.

Las empresas que por la naturaleza de su actividad realicen el trabajo en régimen de turnos, incluidos los domingos y días festivos, podrán efectuarlo bien por equipos de trabajadores que desarrollen su actividad por semanas completas, o contratando personal para completar los equipos necesarios durante uno o más días a la semana.

4. Los trabajadores nocturnos y quienes trabajen a turnos deberán gozar en todo momento de un nivel de protección en materia de salud y seguridad adaptado a la naturaleza de su trabajo, y equivalente al de los restantes trabajadores de la empresa."

En principio, del precepto se infiere que el trabajo a turnos consiste en que un equipo, un grupo de trabajadores, va a desempeñar sucesivamente su actividad en el mismo puesto de trabajo de modo que una vez que el primer servidor del puesto agote su jornada diaria será el siguiente quien desempeñe el mismo puesto.

Esa sucesión puede ser continua o discontinua dice la norma y esto significa que entre la finalización de la jornada de un trabajador y el comienzo de la del que le sustituye puede haber o no solución de continuidad. Por lo tanto perfectamente puede hablarse de sistema de trabajo a turnos cuando a un turno de mañana, por ejemplo, se sucede uno de noche, sin turno de tarde en medio. Lógicamente puede haber más combinaciones entre uno y otros turnos.

Será el proceso productivo de la empresa o los servicios que por ella se presten los que condicionen, dentro del margen de libertad de autoorganización empresarial o a través de pactos con la representación social, cómo se estructurarán en el tiempo las distintas jornadas de trabajo, dicho de otro modo, si las jornadas de los distintos trabajadores del mismo puesto se sucederán una tras otra durante todo el día o bien que la sucesión se limite a determinadas franjas -por ejemplo de mañana y tarde o de mañana y noche o de tarde y noche o de mañana y noche-.

Lo expuesto se infiere no solo del texto de la norma sino que, además, es perfectamente ajustado a la definición que de los elementos analizados se contiene en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, veamos.



Por "turnos" se entiende el orden en el cual se suceden varias personas en el desempeño de una función. No exige la definición que la sucesión deba ser continuada en el sentido de que no pueda existir intervalo de tiempo alguno durante el cual el puesto quede vacante de servicio ni se exige tampoco que el puesto de trabajo esté continuamente durante todo el día servido.

En segundo lugar "suceder" significa pasar a desempeñar el puesto de alguien, por lo tanto, tampoco desde esta definición se impone condicionamiento alguno como los referidos en el párrafo anterior.

Por último, el verbo "rotar", usualmente utilizado en este ámbito, no significa otra cosa que seguir un turno, un orden.

Sobre todo lo anterior hemos de efectuar una precisión importante y es que el precepto recoge un dato fundamental -después volveremos sobre él- cual es que resulta imprescindible que en el período de días o semanas al que se extiende cada ciclo de turnos el trabajador debe prestar su jornada en horarios distintos. Es decisivo pues que la jornada no se cumpla siempre en las mismas horas sino que estas han de variar.

Si nos damos cuenta el texto completo del precepto -incluyendo lo no transcrito obedece a una finalidad clara como es la atención de la seguridad e higiene en el trabajo y dentro de este ámbito a intentar atenuar los problemas de toda índole que el trabajo a turnos ocasiona a quienes trabajan bajo el mismo, que son de general conocimiento singularmente en el derecho laboral, y que comienzan con las dificultades que los horarios en que se desempeña la jornada provocan en la vida personal y social de los trabajadores por ejemplo con las dificultades para la atención de las obligaciones personales y sociales derivadas de la sucesión de horarios de trabajo y que continúan con las repercusiones que de estas dificultades y de la propia distribución horaria derivan en la salud psíquica.

El que la Ley se ocupe de este sistema organizativo es precisamente por las consecuencias que del mismo pueden resultar, en suma, porque no es un sistema organizativo inocuo. Y es precisamente por esto que la nota que cualifica el sistema de trabajo a turnos es que las jornadas del trabajador se desarrollan en horas diferentes como mínimo durante cada ciclo de turnos (desde que da inicio la jornada de un trabajador en un determinado horario hasta que cumplidas todas las variables establecidas en el calendario le correspondería volver a trabajar al citado y en el mismo horario también referido).

Es cierto que la norma se refiere a la organización del trabajo en grupos pero esto responde a que tal va a ser lo usual en este sistema pero no necesariamente lo único y es que puede ser que individualmente el puesto de trabajo se cubra por una única persona y que se vea obligada a desarrollar sus jornadas de trabajo en horarios distintos. Por ejemplo porque sea desde otros puestos y no desde aquel que se atiendan sucesivamente las necesidades de la empresa; no sería un puesto el que se cubre sucesivamente por distintos trabajadores sino que varios puestos se complementan entre si haciendo necesario sin embargo que en primero de los puestos se cubra a través de jornadas desarrolladas en períodos horarios distintos.

La situación se presenta así básicamente similar a la que encontramos en el trabajo en equipo a turnos porque ya dijimos que la nota fundamental, la razón de ser de que merezca la atención del legislador, son los problemas que se van a generar al trabajador por el hecho de tener que desarrollar sus jornadas en franjas temporales distintas; el que las jornadas se presten en momentos temporales distintos es el aspecto esencial de la turnicidad en definitiva.

3.4 El art. 46.1 de la Ley 55-2003 del Estatuto Marco del Personal de los Servicios de Salud dispone bajo el epígrafe "Objeto y Definiciones" que:

"Las normas contenidas en esta sección tienen por objeto el establecimiento de las disposiciones mínimas para la protección de la seguridad y salud del personal estatutario en materia de ordenación del tiempo de trabajo.

Conforme a ello, las definiciones contenidas en el apartado siguiente relativas a período nocturno, trabajo a turnos y personal nocturno y por turnos se establecen a los efectos exclusivos de la aplicación de las normas de esta sección en materia de tiempo de trabajo y régimen de descansos, sin que tengan influencia en materia de compensaciones económicas u horarias, materia en la que se estará a lo dispuesto específicamente en las normas, pactos o acuerdos que, en cada caso, resulten aplicables".

Como antes señalamos con relación al Derecho Laboral -Jurisdicción en la que este Ponente estuvo destinado durante varios años y le resulta bastante conocida- el Legislador regula esta modalidad de organización del trabajo en virtud a las graves consecuencias que sobre la salud y sobre la vida personal, familiar y social del empleado puede generar y esta finalidad se repite y confirma en el apartado nº 1 del precepto que estamos examinando.



Y es fundamental el párrafo segundo y es que de su lectura se desprende nítidamente que la descripción de los sistemas de organización del trabajo tiene por finalidad exclusiva la referida tutela de la seguridad e higiene y singularmente el régimen de descansos pero que al margen quedan los aspectos retributivos que puedan derivar de estas modalidades de trabajo de modo que habrá de acudirse a las normas sobre retribuciones o a los pactos sobre condiciones de trabajo, según proceda, para verificar si la definición resulta ser la misma o no en ese ámbito y cuáles sean los derechos económicos que pueden derivarse de trabajar en tales condiciones.

Por lo tanto ya vemos que la definición es importante, desde luego, pero ni mucho menos decisiva por si sola para establecer si se devenga o no el complemento de turnicidad, y además, resulta perfectamente factible que la definición se vea ampliada a supuestos como el que hemos referido con anterioridad, esto es, cual ocurre en autos, que sea una empleada individual quien se vea sometida al desempeño de sus jornadas en franjas temporales distintas a lo largo del ciclo.

Continuando con el análisis del precepto, en su apartado 2.h) describe qué se va a entender por trabajo y personal por turnos en estos términos:

"2. A los efectos de lo establecido en esta sección, se entenderá por:

h) Trabajo por turnos: toda forma de organización del trabajo en equipo por la que el personal ocupe sucesivamente las mismas plazas con arreglo a un ritmo determinado, incluido el ritmo rotatorio, que podrá ser de tipo continuo o discontinuo, implicando para el personal la necesidad de realizar su trabajo en distintas horas a lo largo de un período dado de días o de semanas.

i) Personal por turnos: el personal cuyo horario de trabajo se ajuste a un régimen de trabajo por turnos."

La similitud del texto nos permite remitimos a lo ya expuesto al análisis del artículo del Estatuto de los Trabajadores que antes hemos realizado toda vez que los ligeros matices que este art. 46 presenta ya fueron también tratados allí.

El Decreto 235-2007 por el que se aprueba el Acuerdo Regulador de las Condiciones de Trabajo en Osakidetza regula en su art. 106 el devengo del Complemento de Turnicidad, norma, como terminamos de ver, especial tanto para la especificación del concepto como para la determinación de los destinatarios del complemento y de su cuantía. El tenor de la norma es el siguiente:

"Artículo 106 Complemento de Turnicidad

El personal que preste sus servicios en régimen de turno rotatorio percibirá el Complemento de Turnicidad fijado en el Anexo III.3.

Este complemento retribuye la realización de distintos turnos de trabajo con carácter habitual."

El inciso primero asigna el complemento a todo el personal que preste sus servicios en régimen de turno rotatorio, por lo tanto, basta en principio con remitimos a cuanto antes hemos expuesto con relación a este concepto y concluir con que se obtendrá el complemento por aquellos que desempeñan su jornada en distintos turnos de modo que van pasando por todos los que haya, van rotando, desempeñando sucesivamente cada uno de los turnos que se hayan establecido.

Ahora bien, el inciso segundo permite entender, en tanto en cuanto que especifica qué es lo que se está remunerando con este complemento, que el concepto de turnicidad que retribuye es el que antes hemos mantenido pues si se retribuye, como dice la norma, la realización de distintos turnos de forma habitual en esta expresión desde luego que tiene cabida el supuesto en el que el empleado cumple su jornada a lo largo de un determinado ciclo en horas distintas, como ocurre en autos. El apartado segundo, en suma, al decir que lo que retribuye es el sometimiento a jornadas sucesivas en diferentes franjas horarias está reconociendo que para el abono bastará con que se preste así el servicio sin necesidad de que haya varios empleados que atiendan sucesivamente el mismo puesto.

Por lo demás esta dicción del art. 106 es la más coherente con la finalidad legal al tutelar estas situaciones pues como hemos dicho si bien por regla general suelen darse en regímenes de trabajo en equipo también es perfectamente factible el encontrarlas en puestos de trabajo en los que no se da la rotación de varias personas pero sí la sucesión de jornadas en horas distintas por parte del mismo y único titular del puesto.

El recurso debe ser estimado".

El Ente Público Osakidetza preparó recurso de casación contra la meritada sentencia, mediante escrito presentado el 29 de diciembre de 2017, identificando como normas legales que se consideran infringidas el artículo 46 apartado segundo, letra h) de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud y la jurisprudencia relativa a la interpretación de "turno rotatorio".



La Sala de instancia tuvo por preparado el recurso de casación por auto de 16 de enero de 2018.

TERCERO.- Preparado el recurso en la instancia y emplazadas las partes para comparecer ante esta Sala, por auto de 16 de abril de 2018, la Sección de Admisión de esta Sala acuerda:

"Segundo. Precisar que las cuestiones en las que se entiende que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia son las siguientes:

Cuál debe ser la interpretación del artículo 46.2 h) "trabajo por turnos" de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud, a los efectos de percibir un complemento de turnicidad, en el caso de prestarse servicios de mañana y tarde; y, si esa interpretación del régimen de trabajo permite que, para percibir ese complemento, solo sea necesario que en un período de días alternos se realice el trabajo en distinto régimen horario o, por el contrario, exige también la organización del trabajo en grupos, esto es, varios empleados que atiendan sucesivamente el mismo puesto.

Tercero. Identificar como norma jurídica que, en principio, será objeto de interpretación el citado artículo 46.2 h) de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud, y demás concordantes que resulten de aplicación".

CUARTO.- Notificada la anterior resolución a las partes personadas y dentro del plazo fijado en el art. 92.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa ["LJCA"], la representación de Osakidetza-Servicio Vasco de Salud, mediante escrito registrado el 12 de junio de 2018, interpuso el recurso de casación en el que aduce que "[...] la propia Sentencia viene a reconocer que se aparta de la definición legal de trabajo a turnos" contenida en el art. 46 de la Ley 55/2003, y también en la Directiva 2003/88/CE (pág. 5 del escrito de interposición), e "infringe el art 46, ya citado, cuando se refiere al turno rotatorio", incurriendo "[...] en infracción la doctrina jurisprudencial que, de forma consolidada, ha interpretado que el turno rotatorio únicamente se da cuando concurren jornadas de trabajo diurno con jornadas de trabajo nocturno, pero no cuando se alterna la mañana con la tarde" (pág. 9).

Finalmente solicita el dictado de sentencia "[...] estimatoria del recurso de casación presentado por es[a] parte, revocando la Sentencia recurrida y dictando otra por la que se desestimen las pretensiones de la contraparte al no constituir su forma de trabajo un supuesto de trabajo a turnos, ni, en su caso, un supuesto de turno rotatorio".

QUINTO.- Conferido traslado de la interposición del recurso a la parte recurrida, la representación procesal de la Sra. Ruth presenta, el día 5 de septiembre de 2018, escrito de oposición en el que niega que la sentencia recurrida infrinja la definición que de trabajo a turnos establece el art. 46.2.h) de la Ley 55/2003, ni el concepto de turno rotatorio y propone que "[...] la interpretación correcta en el caso enjuiciado no puede ser otra que dado que lo que se pide es el reconocimiento a efecto de pago del complemento de turnicidad y que en Osakidetza no tiene mayor implicación en la jornada, procede, basado en dichas Sentencias alegadas y en la interpretación de los acuerdos por quienes los suscriben, el reconocimiento del derecho al abono de la turnicidad a la demandante".

Por último, suplica a la Sala "[...] dicte Sentencia desestimatoria del Recurso de casación presentado por Osakidetza declarando la conformidad a derecho de la Sentencia recurrida y condenando a las costas de este proceso a Osakidetza".

SEXTO.- Evacuados los trámites y de conformidad con lo previsto en el art. 92.6 de la LJCA, al considerar innecesaria la celebración de vista pública, se declararon concluidas las actuaciones, señalándose para votación y fallo del recurso el día 14 de abril de 2020, fecha en que tuvo lugar dicho acto. En la tramitación del recurso se han observado las prescripciones legales, excepto el plazo de redacción de la sentencia, por razón de la carga de trabajo que pende sobre la Sala, como consecuencia de la incidencia de la medida de suspensión de plazos procesales establecida en la Disposición adicional segunda del Real Decreto 436/2020, de 14 de marzo, de estado de alarma, para la gestión de la crisis sanitaria ocasionada por la "COVID-19".

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto del recurso.

Se impugna en el presente recurso de casación la sentencia 642/2017, de 7 de noviembre, dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, que estimó el recurso de apelación 206/2017 interpuesto por D.^a Ruth contra la sentencia núm. 400/2016, de 17 de diciembre, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 6 de los de Bilbao, desestimatoria del recurso 2163/2015, instado frente a la negativa administrativa a reconocer a la recurrente el complemento retributivo de turnicidad y se funda para ello en la interpretación de los arts. 46.2.h) de la Ley 55/2003, reguladora del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud y 106 del Decreto



Autonómico 235/2007, por el que se aprueba el Acuerdo Regulador de las Condiciones de Trabajo en el Servicio Vasco de Salud-Osakidetza.

SEGUNDO.- *Antecedentes del recurso.*

La actora -hoy recurrida-, doña Ruth, desempeñaba el puesto de trabajo de Facultativa Médica de Atención Primaria para el Servicio Vasco de Salud, en el Centro de Salud de Algorta, con horario de 13 a 20 horas de lunes a jueves y de 8 a 15 horas los viernes. El día 15 de marzo de 2015 solicitó del Servicio Vasco de Salud el reconocimiento y abono del complemento retributivo por turnicidad, previsto en el artículo 106 del Decreto 235/2007, del Consejo de gobierno. Se trata de un complemento salarial que retribuye la realización de distintos turnos de trabajo con carácter habitual. La Administración denegó el reconocimiento, decisión que fue ratificada en primera instancia por sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 6 de Bilbao, por estimar que no concurría el presupuesto de hecho de desarrollar el trabajo en régimen de turnicidad, dado que no se trata de un puesto de trabajo que desempeñen sucesivamente un equipo de personas, ni se produzca rotación de distintos trabajadores. En la sentencia de instancia se afirma que la actora, que como se ha dicho desarrollaba el puesto de trabajo horario de 13 a 20 horas de lunes a jueves y de 8 a 15 horas los viernes, ocupaba un puesto de trabajo respecto al que "[...] no existe equipo de personas que ocupen sucesivamente el mismo puesto de trabajo" (fundamento segundo), y en la sentencia de apelación, este extremo también se ratifica, señalando que "[...] [l]a argumentación del recurso es en este punto irrelevante, de un lado, porque lo que exige aquella norma es que la sucesión de empleados lo sea en el puesto de trabajo concreto y esto es algo sobre lo que la apelante nada ha demostrado. No se prueba que su puesto funcional una vez agotada la jornada de la apelante continúe siendo servido por sucesivos empleados. [...]" (Fundamento tercero).

TERCERO.- *La argumentación de la sentencia recurrida.*

La sentencia recurrida, tras afirmar la inexistencia de un equipo de personas que ocupen sucesivamente el mismo puesto de trabajo que desempeña la actora, concluye que este extremo es irrelevante para devengar el derecho al complemento de turnicidad, y considera que el inciso segundo del art. 106 del Decreto 235/2007 permite entender "[...]" que el concepto de turnicidad que retribuye es el que antes hemos mantenido [desempeño de sus jornadas en franjas temporales distintas a lo largo del ciclo] pues si se retribuye, como dice la norma, la realización de distintos turnos de forma habitual en esta expresión desde luego que tiene cabida el supuesto en el que el empleado cumple su jornada a lo largo de un determinado ciclo en horas distintas, como ocurre en autos. El apartado segundo, en suma, al decir que lo que retribuye es el sometimiento a jornadas sucesivas en diferentes franjas horarias está reconociendo que para el abono bastará con que se preste así el servicio sin necesidad de que haya varios empleados que atiendan sucesivamente el mismo puesto".

Por su parte, la Administración recurrente aduce que "[...] la propia Sentencia viene a reconocer que se aparta de la definición legal de trabajo a turnos" contenida en el art. 46 de la Ley 55/2003, y también en la Directiva 2003/88/CE (pág. 5 del escrito de interposición), e "infringe el art 46, ya citado, cuando se refiere al turno rotatorio", incurriendo "[...] en infracción la doctrina jurisprudencial que, de forma consolidada, ha interpretado que el turno rotatorio únicamente se da cuando concurren jornadas de trabajo diurno con jornadas de trabajo nocturno, pero no cuando se alterna la mañana con la tarde" (pág. 9).

Por la representación procesal de la Sra. Ruth se formula oposición al recurso de casación, negando que la sentencia recurrida infrinja el concepto de turno rotatorio, e insiste en que lo única que se requiere para devengar el complemento de turnicidad no es la sucesión de trabajadores en la atención del puesto, que puede ser continua o discontinua, sino que, en definitiva, la persona que cubra el puesto de trabajo, aunque sea individualmente y no en equipos sucesivos, se vea obligado a desarrollar su trabajo en jornadas sometidas a horarios distintos, aunque tales horarios distintos constituyan el horario semanal ordinario del puesto de trabajo.

CUARTO .- *La normativa de aplicación.*

El art. 43 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud, regula las retribuciones complementarias del personal estatutario, como es el caso de la actora. Estas retribuciones complementarias, en las que se encontraría, en su caso, el complemento de turnicidad reclamado son las siguientes:

"1. Las retribuciones complementarias son fijas o variables, y van dirigidas a retribuir la función desempeñada, la categoría, la dedicación, la actividad, la productividad y cumplimiento de objetivos y la evaluación del rendimiento y de los resultados, determinándose sus conceptos, cuantías y los criterios para su atribución en el ámbito de cada servicio de salud.

2. Las retribuciones complementarias podrán ser:



- a) Complemento de destino correspondiente al nivel del puesto que se desempeña. El importe anual del complemento de destino se abonará en 14 pagas.
- b) Complemento específico, destinado a retribuir las condiciones particulares de algunos puestos en atención a su especial dificultad técnica, dedicación, responsabilidad, incompatibilidad, peligrosidad o penosidad. En ningún caso podrá asignarse más de un complemento específico a cada puesto por una misma circunstancia.
- c) Complemento de productividad, destinado a retribuir el especial rendimiento, el interés o la iniciativa del titular del puesto, así como su participación en programas o actuaciones concretas y la contribución del personal a la consecución de los objetivos programados, previa evaluación de los resultados conseguidos.
- d) Complemento de atención continuada, destinado a remunerar al personal para atender a los usuarios de los servicios sanitarios de manera permanente y continuada.
- e) Complemento de carrera, destinado a retribuir el grado alcanzado en la carrera profesional cuando tal sistema de desarrollo profesional se haya implantado en la correspondiente categoría".

El concepto de turnicidad no está regulado a efectos retributivos, sino en el capítulo X, que lleva por título "Jornada de trabajo, permisos y licencias. Sección 1.ª Tiempo de trabajo y régimen de descansos". Así, el art. 46 de la citada Ley 55/2003 establece:

"Artículo 46. Objeto y definiciones.

1. Las normas contenidas en esta sección tienen por objeto el establecimiento de las disposiciones mínimas para la protección de la seguridad y salud del personal estatutario en materia de ordenación del tiempo de trabajo [...] y precisa que " Conforme a ello, las definiciones contenidas en el apartado siguiente relativas a período nocturno, trabajo a turnos y personal nocturno y por turnos se establecen a los efectos exclusivos de la aplicación de las normas de esta sección en materia de tiempo de trabajo y régimen de descansos, sin que tengan influencia en materia de compensaciones económicas u horarias, materia en la que se estará a lo dispuesto específicamente en las normas, pactos o acuerdos que, en cada caso, resulten aplicables ".

2. A los efectos de lo establecido en esta sección, se entenderá por: [...]

h) Trabajo por turnos: toda forma de organización del trabajo en equipo por la que el personal ocupe sucesivamente las mismas plazas con arreglo a un ritmo determinado, incluido el ritmo rotatorio, que podrá ser de tipo continuo o discontinuo, implicando para el personal la necesidad de realizar su trabajo en distintas horas a lo largo de un período dado de días o de semanas".

Pues bien, las definiciones del Estatuto Marco son prácticamente idénticas a las que se contienen en la Directiva 2003/88/CE, de 4 de noviembre por la que se regulan determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, que en su artículo 2 establece las siguientes definiciones:

"[...] 5) trabajo por turnos: toda forma de organización del trabajo en equipo por la que los trabajadores ocupen sucesivamente los mismos puestos de trabajo con arreglo a un ritmo determinado, incluido el ritmo rotatorio, y que podrá ser de tipo continuo o discontinuo, implicando para los trabajadores la necesidad de realizar un trabajo en distintas horas a lo largo de un período dado de días o semanas;

6) trabajador por turnos: todo trabajador cuyo horario de trabajo se ajuste a un régimen de trabajo por turnos".

En el ámbito laboral, el art. 36.3 del Estatuto de los Trabajadores define el trabajo a turnos en estos términos "[...] 3. Se considera trabajo a turnos toda forma de organización del trabajo en equipo según la cual los trabajadores ocupan sucesivamente los mismos puestos de trabajo, según un cierto ritmo, continuo o discontinuo, implicando para el trabajador la necesidad de prestar sus servicios en horas diferentes en un periodo determinado de días o de semanas [...]".

Finalmente, desde el punto de vista de normativa autonómica, en el ámbito del Servicio Vasco de Salud, es de aplicación el art. 106 el Decreto Autonómico 235/2007, por el que se aprueba el Acuerdo Regulador de las Condiciones de Trabajo en el Servicio Vasco de Salud-Osakidetza, que dispone:

"[...] Artículo 106.- Complemento de Turnicidad.

El personal que preste sus servicios en régimen de turno rotatorio percibirá el Complemento de Turnicidad fijado en el Anexo III.3.

Este complemento retribuye la realización de distintos turnos de trabajo con carácter habitual".

QUINTO .- *La cuestión de interés casacional.*

El auto de 16 de abril de 2018, de la Sección de Admisión de esta Sala, acuerda admitir el recurso de casación y fija la cuestión de interés casacional en los siguientes términos:



"Segundo. Precisar que las cuestiones en las que se entiende que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia son las siguientes:

Cuál debe ser la interpretación del artículo 46.2 h) "trabajo por turnos" de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud, a los efectos de percibir un complemento de turnicidad, en el caso de prestarse servicios de mañana y tarde; y, si esa interpretación del régimen de trabajo permite que, para percibir ese complemento, solo sea necesario que en un período de días alternos se realice el trabajo en distinto régimen horario o, por el contrario, exige también la organización del trabajo en grupos, esto es, varios empleados que atiendan sucesivamente el mismo puesto.

Tercero. Identificar como norma jurídica que, en principio, será objeto de interpretación el citado artículo 46.2 h) de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud, y demás concordantes que resulten de aplicación".

SEXTO.- *El juicio de la Sala.*

El caso que se plantea se refiere al abono del complemento de turnicidad a personal estatutario que desempeña plaza de facultativa médico, en lo relativo al desarrollo de su jornada ordinaria de trabajo, que cumple de 13 a 20 horas de lunes a jueves y de 8 a 15 horas los viernes, y se trata de un puesto de trabajo respecto al que "[...] no existe equipo de personas que ocupen sucesivamente el mismo puesto de trabajo [...]", como hace ver el fundamento segundo de la sentencia de instancia y en el mismo sentido la de apelación.

Se trata, por tanto, de un supuesto distinto al que examinó la STJUE de 3 de octubre de 2000, en el caso C-303/98, que en relación a la anterior Directiva 93/104, que recogía sin alteraciones lo que sobre el régimen de trabajo a turnos establece la actual directiva 2003/88, dispuso que "[...] El trabajo realizado por los médicos de Equipos de Atención Primaria durante el tiempo dedicado a atención continuada constituye un trabajo por turnos y dichos médicos son trabajadores por turnos en el sentido del artículo 2, puntos 5 y 6, de la Directiva 93/104". Dicho trabajo de atención continuada se presta en un régimen sustancialmente diferente al de jornada ordinaria a que se refiere la pretensión de la actora, ya que en aquel el régimen de trabajo es cíclico (cada 11 días) se desarrolla en un régimen que reúne todas las características propias del trabajo a turnos, ya que como señala la citada sentencia del TJUE de 3 de octubre de 2000, implica "[...] un método de organización del trabajo según el cual los trabajadores ocupan sucesivamente los mismos puestos de trabajo con arreglo a un ritmo rotatorio, que implica para los trabajadores la necesidad de realizar un trabajo a distintas horas a lo largo de un período dado de días o semanas".

En el caso de la jornada ordinaria que realiza la actora, que es respecto a la que se reconoce el régimen de turnicidad en la sentencia recurrida, no existe ritmo rotatorio, ya que de aplicar el sentido que otorga la sentencia recurrida, sería rotatorio a estos efectos todo aquello que sigue una secuencia temporal, y obviamente cualquier jornada de trabajo está sujeta a un ritmo repetitivo en los sucesivos días, de manera que no es este el sentido que cabe atribuir a la expresión "rotatorio". Es consustancial al concepto de rotatorio la idea de que distintos trabajadores, sea formando equipos que se turnan, o individualmente, atienden una misma necesidad funcional del puesto de trabajo o equipo de puestos de trabajo, y que además implica, por la secuencia rotatoria del turno, que los trabajadores deban cumplir su jornada de trabajo en distintos horarios según la secuencia rotatoria con la que van turnando. En este mismo sentido puede verse la sentencia de la Sala de lo Social de este Tribunal Supremo, de fecha 13 de febrero de 2006 (rec. cas. para la unificación de doctrina 4687/2004-ES:TS:2006:803), que concluye, también en relación a un litigio sobre cumplimiento de jornada en su servicio médico que un "[...] turno específico que es el anteriormente reflejado, de 17 a 9 horas los días laborables y de 21 a 9 los domingos y festivos [...] no está comprendido entre los afectados por el "turno rotatorio (mañana, tarde y noche)" al que se refiere el Acuerdo de 27 de Diciembre de 1999, pues la expresión gramatical del precepto es clara y no permite abrigar dudas, de tal suerte que lo procedente es llevar a cabo su interpretación literal (arts. 3.1 y 1281, párrafo primero del Código Civil), sin necesidad de acudir a los demás medios hermenéuticos".

SÉPTIMO.- *La doctrina de interés casacional.*

La doctrina jurisprudencial que fijamos es que la interpretación del complemento de trabajo por turnicidad debe tomar en consideración lo dispuesto en el artículo 46.2.h) de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud, sobre trabajo por turnos, en relación al art. 2.5) de la Directiva 103/94 del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo por turnos. Por consiguiente, el trabajo a turnos implica, desde el punto de vista de la prestación de los trabajadores, la necesidad de realizar un trabajo en distintas horas a lo largo de un período dado de días o semanas como consecuencia de la organización del trabajo en grupos, esto es, varios empleados -puede ser uno o varios en cada turno- que atiendan sucesivamente el mismo puesto.

**OCTAVO.-** Resolución sobre las pretensiones de las partes.

Como consecuencia de todo lo expuesto, procede estimar el recurso de casación y anular la sentencia recurrida, al haber infringido el art. 46.2.h) de la Ley 5/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud, en relación con el art. 2.5) de la Directiva 103/94 del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo por turnos, y el art. 106 del Decreto Autonómico 235/2007, del Consejo de Gobierno del País Vasco, por el que se aprueba el Acuerdo Regulador de las Condiciones de Trabajo en el Servicio Vasco de Salud-Osakidetza. Debemos revocar la sentencia recurrida, y confirmar el criterio de la sentencia del Juzgado de lo contencioso-administrativo núm. 6 de Bilbao, al ser conforme con la interpretación y aplicación de las normas que hemos fijado de la doctrina jurisprudencial establecida.

NOVENO.- Costas.

Respecto a las costas del recurso de casación, no apreciamos temeridad ni mala fe en ninguna de las partes, por lo que cada parte habrá de soportar las causadas a su instancia, y las comunes por mitad, de conformidad con lo dispuesto en el art. 93.4 LJCA. En cuanto a las de la instancia se mantiene el pronunciamiento de la sentencia de instancia.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido de acuerdo con la interpretación de las normas establecidas en el fundamento séptimo:

1.- Haber lugar al recurso de casación núm. 800/2018, interpuesto por la representación procesal del Servicio Vasco de Salud - Osakidetza, contra la sentencia núm. 642/2017, de 7 de noviembre, dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, estimatoria del recurso de apelación 206/2017 formulado por D^a. Ruth frente a la sentencia núm. 400/2016, dictada el 17 de diciembre por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 6 de los de Bilbao, desestimatoria del recurso núm. 2163/2015. Casar y anular la sentencia recurrida.

2.- Desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de doña Ruth contra la resolución 1922/2015, de 19 de octubre, del Director General del Servicio Vasco de Salud - Osakidetza que desestima recurso de alzada, de fecha 6 de julio de 2015, presentado contra la resolución nº 230/15, de 10 de junio, del Director Gerente de la Organización Sanitaria integrada en la Osi Urlbe sobre complemento de turnicidad, y confirmar la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 6 de Bilbao en el recurso núm. 2163/2015.

3.- Hacer el pronunciamiento sobre costas del recurso de casación y de las causadas en la apelación e instancia en los términos previstos en el último fundamento jurídico de esta sentencia.

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

Así se acuerda y firma.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente D. Rafael Toledano Cantero, lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.