



Roj: **STS 3090/2020** - ECLI: **ES:TS:2020:3090**

Id Cendoj: **28079130042020100232**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **01/10/2020**

Nº de Recurso: **5699/2018**

Nº de Resolución: **1238/2020**

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

Ponente: **JOSE LUIS REQUERO IBAÑEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ PV 1651/2018,**
ATS 919/2019,
STS 3090/2020

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Cuarta

Sentencia núm. 1.238/2020

Fecha de sentencia: 01/10/2020

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 5699/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 29/09/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Requero Ibáñez

Procedencia: T.S.J.PAIS VASCO CON/AD SEC.3

Letrado de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Pilar Molina López

Transcrito por: RSG

Nota:

R. CASACION núm.: 5699/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Requero Ibáñez

Letrado de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Pilar Molina López

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Cuarta

Sentencia núm. 1238/2020

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. José Luis Requero Ibáñez

D. Rafael Toledano Cantero

En Madrid, a 1 de octubre de 2020.

Esta Sala ha visto el recurso de casación registrado con el número **5699/2018** interpuesto por el procurador don José Luis Martín Jaureguibeitia en nombre y representación de OSAKIDETZA- SERVICIO VASCO DE SALUD contra la sentencia 205/2018, de 2 de mayo, dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en el recurso de apelación 996/2017 interpuesto contra la sentencia 119/2017, de 27 de junio, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 6 de Bilbao desestimatoria del recurso contencioso- administrativo 570/2016. Ha comparecido como parte recurrida la procuradora doña María de la Paloma Ortiz-Cañavate Levenfeld en nombre y representación de don Hermenegildo

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. José Luis Requero Ibáñez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La representación procesal del ente público Osakidetza-Servicio Vasco de Salud, interpuso el recurso contencioso-administrativo 570/2016 ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 6 de Bilbao contra la resolución 709/16 que desestima el recurso de alzada contra la desestimación presunta sobre reconocimiento del trabajo a turnos y complemento de turnicidad.

SEGUNDO.- Desestimado el recurso contencioso-administrativo por sentencia de 27 junio de 2017, la representación procesal de don Hermenegildo interpuso recurso de apelación 996/2017 ante la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, que se tramitó y en el que se dictó sentencia desestimatoria de 2 de mayo de 2018.

TERCERO.- Notificada la sentencia, se presentó escrito la representación procesal de Osakidetza-Servicio vasco de Salud, ante dicha Sala informando de su intención de interponer recurso de casación y tras justificar en el escrito de preparación la concurrencia de los requisitos reglados de plazo, legitimación y recurribilidad de la resolución impugnada, identificar la normativa a su parecer infringida y defender que concurre en el caso interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia en los términos que señala en su escrito, la Sala sentenciadora, por auto de 11 de septiembre de 2018, tuvo por preparado el recurso, con emplazamiento de las partes ante esta Sala del Tribunal Supremo.

CUARTO.- Recibidas las actuaciones en este Tribunal y personados el procurador don José Luis Martín Jaureguibeitia en nombre y representación de Osakidetza-Servicio Vasco de Salud como recurrente y la procuradora doña María de la Paloma Ortiz-Cañavate Levenfeld en nombre y representación de don Hermenegildo como recurrido, la Sección de Admisión de esta Sala acordó, por auto de 4 de febrero de 2019, lo siguiente:

" PRIMERO. Admitir a trámite el recurso de casación preparado por la representación procesal de Osakidetza, Servicio Vasco de Salud contra la sentencia núm. 205/2018, de 2 de mayo, por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Tercera) del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, recaída en el recurso de apelación 996/2017 .

" 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 el correspondiente complemento, 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. Ello sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras normas jurídicas si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso."

QUINTO.- Por diligencia de ordenación de 25 de febrero de 2019 se dispuso la remisión de las actuaciones a esta Sección Cuarta para su tramitación y decisión, y se confirió a la parte recurrente el plazo de treinta días para presentar su escrito de interposición.

SEXTO.- La representación procesal de Osakidetza-Servicio vasco de Salud evacuó el trámite conferido mediante escrito de 22 de marzo de 2019 en el que tras exponer los antecedentes que consideró de interés, precisó las normas del ordenamiento jurídico y jurisprudencia infringidas, cuál es su pretensión en el presente recurso a los efectos del artículo 92.3.b) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (en adelante, LJCA) y los pronunciamientos que se solicitan en el fallo del mismo.

SÉPTIMO.- Por providencia de 27 de marzo de 2019 se acordó tener por interpuesto el recurso de casación y en aplicación del artículo 92.5 de la LJCA dar traslado a las partes recurridas y personadas para que presentasen escrito de oposición en el plazo de treinta días, lo que realizó la representación procesal de don Hermenegildo, solicitando se desestime el recurso de casación interpuesto con imposición de costas a la recurrente.

OCTAVO.- Considerándose innecesaria la celebración de vista pública y declaradas concluidas las actuaciones, mediante providencia de 23 de julio de 2020 se señaló este recurso para votación y fallo el 29 de septiembre de 2020, fecha en que tuvo lugar tal acto, y al día siguiente se pasó la sentencia a firma de los magistrados de la Sección.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- TÉRMINOS DEL LITIGIO

1. Don Hermenegildo, Médico de Familia, presta servicios en el Centro de Salud de Algorta, en la Organización de Servicios Integrada Uribe (en adelante, OSI Uribe).
2. Desarrolla su trabajo semanal de forma continuada atendiendo a un cupo de pacientes en turno de mañana los martes de 8 a 15 horas y en turno de tarde los otros cuatro días de 13 a 20 horas. Este trabajo se realiza sin rotar, luego sin que otro facultativo atienda al mismo cupo de pacientes.
3. Al amparo del artículo 46.2.h) de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud (en adelante, EMPESS) y del artículo 106 del Acuerdo Regulador de las Condiciones de Trabajo en el Servicio Vasco de Salud-Osakidetza, aprobado por Decreto Autonómico 235/2007, de 18 de diciembre, (en adelante, Acuerdo Regulador) solicitó el 15 de febrero de 2016 ante el Director Gerente de la OSI Uribe que se le reconociese el complemento de turnicidad por prestar sus servicios en turnos de mañana y tarde.
4. Por resolución 709/2016, de 7 de julio, del Director General del Servicio Vasco de Salud-Osakidetza, se denegó la solicitud, lo que confirmó en primera instancia la sentencia 119/2017, de 27 de junio, del Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 6 de Bilbao, dictada en el recurso contencioso-administrativo 570/2016.
5. La razón es que tal complemento se percibe si el puesto de trabajo es servido sucesivamente por más de un facultativo de modo que tras finalizar el primero su jornada entre otro a servirlo.

SEGUNDO.- RAZONAMIENTOS DE LA SENTENCIA IMPUGNADA

1. La sentencia de la Sala de instancia estimó el recurso de apelación de don Hermenegildo y revocó la del Juzgado, anulando la resolución administrativa. Para ello entendió que la inexistencia de un equipo de personas que ocupen sucesivamente el mismo puesto de trabajo que desempeña don Hermenegildo es irrelevante para percibir el complemento de turnicidad.
2. Interpreta el artículo 106 del Acuerdo Regulador en el sentido de que basta desempeñar las jornadas diarias de trabajo en horarios distintos, es decir, " *que en un periodo de días (alternos en este caso) [el facultativo] 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*", es decir, el artículo 46.2.h) del EMPESS y el artículo 106 del Acuerdo Regulador.
3. En definitiva -y tal criterio es el del ahora recurrido-, para percibir el complemento de turnicidad no es preciso la sucesión de trabajadores en la atención del puesto, que puede ser continua o discontinua, sino que quien cubra el puesto de trabajo, aunque sea individualmente y no en equipos sucesivos, desarrolle su trabajo en jornadas sometidas a horarios distintos, aunque tales horarios distintos constituyan el horario semanal ordinario del puesto de trabajo.

TERCERO.- ARTÍCULO 46.2.h) DEL EMPESS Y ARTÍCULO 106 DEL ACUERDO REGULADOR

1. La sentencia impugnada en casación entiende que el litigio es puramente jurídico, centrado en la interpretación de los citados preceptos. Así el artículo 46.2.h) del EMPESS dice lo siguiente:

" 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."

2. Por su parte el artículo 106 del Acuerdo Regulador prevé lo siguiente bajo el epígrafe "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."

CUARTO.- CUESTIÓN QUE SOBRE LA QUE DEBE PRONUNCIARSE ESTE TRIBUNAL

1. Preparado el recurso de casación, la Sección Primera de esta Sala, de admisión, dictó auto de 4 de febrero de 2019 en el que admitía el recurso del Servicio Vasco de Salud y a tal efecto precisó que existe interés casacional objetivo en que esta Sección sentenciadora se pronuncie sobre lo ya reseñado en el Antecedente de Hecho Cuarto de esta sentencia. A su vez, en el referido auto se concretaban los preceptos que, en principio, son objeto de interpretación.

2. Pues bien, sobre tal cuestión se ha pronunciado ya esta Sección en la reciente sentencia 1063/2020, de 21 de julio, dictada en el recurso de casación 800/2018, en la que se estimó el recurso de casación promovido por el Servicio Vasco de Salud y se revocó otra sentencia del mismo tribunal de instancia, redactada en los mismos términos que la ahora impugnada. Razones de unidad de criterio y seguridad jurídica llevan a que se esté a lo ya resuelto, sin que concurran razones que aconsejen su matiz o revisión.

QUINTO.- PRECEDENTE DE ESTA SALA QUE SE REPRODUCE Y JURISPRUDENCIA FIJADA

1. En efecto, en la sentencia que acaba de citarse este tribunal, tras reproducir los artículos 43 y 46.2.h) del EMPES y el artículo 106 del Acuerdo Regulador, ha dicho lo siguiente, siendo idéntico el reparto horario y sólo diferenciándose por los días de la semana:

" 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".

2. Con base en tal razonamiento, la sentencia que se cita fijó la siguiente doctrina jurisprudencial aplicable al caso:

"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."

3. Finalmente, al amparo del artículo 93.1 la sentencia resolvió sobre las pretensiones de las partes en estos términos, también aplicables al caso:

" 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. 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.

SEXTO.- COSTAS

1. 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 artículo 93.4 LJCA.

2. 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

PRIMERO.- Se estima el recurso de casación 5699/2018 interpuesto por la representación procesal del **SERVICIO VASCO DE SALUD-OSAKIDETZA**, contra la sentencia 205/2018, de 2 de mayo, de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, estimatoria del recurso de apelación 996/2017, sentencia que se casa y anula.

SEGUNDO.- Se desestima el recurso de apelación promovido por **don Hermenegildo** contra la sentencia desestimatoria 119/2017, de 27 de junio, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 6 de Bilbao, dictada en el recurso contencioso-administrativo 570/2016, contra las resoluciones reseñadas en el Fundamento de Derecho Primero de esta sentencia, sentencia que se confirma.

TERCERO.- En cuanto a las costas del recurso de casación y de las causadas en la apelación e instancia, estése a los dicho en el último Fundamento de Derecho de esta sentencia.

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

Así se acuerda y firma.

D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

D^a. Celsa Pico Lorenzo D^a. María del Pilar Teso Gamella

D. José Luis Requero Ibáñez D. Rafael Toledano Cantero