

Recurso de Suplicación 3172/2018

Ilmo/a. Sr/a. Presidente D/D^a. Teresa Pilar Blanco Pertegaz
Ilmo/a. Sr/a. D/D^a. M^a Isabel Saiz Arese
Ilmo/a. Sr/a. D/D^a. L. Enrique Nore Torres

En València, a once de diciembre de dos mil dieciocho.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, compuesta por los/as Ilmos/as. Sres/as. Magistrados/as citados/as al margen, ha dictado la siguiente,

SENTENCIA N° 3695/2018

En el Recurso de Suplicación 003172/2018, interpuesto contra la sentencia de fecha 23 de julio de 2018, dictada por el JUZGADO DE LO SOCIAL N° 1 DE CASTELLÓN DE LA PLANA, en los autos 0283/2018, seguidos sobre conflicto colectivo, a instancia de CGT, asistido por el letrado D. Miguel Angel Garrido Palacios, contra BOAT SERVICE SA, asistido por el letrado D. Jose Martinez Santos Yuste, y FONDO DE GARANTIA SALARIAL, y en los que es recurrente la parte demandante CGT, ha actuado como Ponente el/a Ilmo/a. Sr/a. D/D^a. MARIA ISABEL SAIZ ARESES.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La sentencia recurrida dice literalmente en su parte dispositiva: “FALLO: Que desestimando las excepciones de falta de legitimación e inadecuación de procedimiento planteadas por la demandada, se desestima la demanda interpuesta por el Sindicato Confederación General del Trabajo contra la empresa Boat Service SA, absolviendo a la demandada de los pedimentos formulados en su contra.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como HECHOS PROBADOS los siguientes:**PRIMERO.-**El presente conflicto colectivo afecta a toda la plantilla de la empresa Boat Services S.A. en Castellón, dedicada al servicio de remolque de buques en el puerto de Castellón, compuesta por 9 trabajadores, tripulantes de los buques Boluda Set y Muscle (hecho no controvertido). **SEGUNDO.-**El 14-4-2015 tuvieron lugar elecciones a delegado de personal, saliendo elegido [REDACTED] por el sindicato accionante CGT, por haber obtenido 6 votos, frente al otro candidato, presentado por el sindicato UGT, que obtuvo un voto (folio 63). **TERCERO.-** Según las prescripciones particulares del servicio portuario de remolque en el puerto de Castellón, el servicio de remolque se prestará de forma regular y continua, debiendo estar operativo las 24 horas del día durante todos los días de la semana durante todos los días del año, salvo causa de fuerza mayor o imprevista. La prestación del servicio se realizará con la debida diligencia evitando retrasos en el inicio del mismo, debiendo responder a cualquier petición de servicio con el

tiempo máximo de respuesta de 15 minutos, desde la hora para la que se realiza la petición del servicio hasta que el prestador tiene dispuestos todos los medios necesarios, humanos y materiales, en el lugar requerido y en condiciones de iniciar el servicio, salvo fuerza mayor, demoras imprevistas o ocupación de los medios en otro servicio de remolque (cláusula 9.4). Asimismo se establece que el prestador deberá disponer de los medios humanos precisos para tripular en todo momento los remolcadores fijados en sus licencias cuanto menos con la dotación mínima de seguridad que haya establecido la administración marítima, de modo que los prestadores deberán de disponer de una plantilla de personal de flota suficientemente dimensionada que permita tanto por un lado respetar los tiempos de trabajo máximo y periodos de descanso mínimos que sean de aplicación a los remolcadores de puerto de acuerdo con la legislación laboral nacional como por otro lado gestionar las incidencias laborales que puedan producirse y preverse por un empresario diligente (cláusula 10.1) (folios 66 y siguientes). **CUARTO.**-En septiembre de 2009 (no consta día), se firmó acuerdo entre la empresa y sus tripulantes de flota en el que se establecieron las retribuciones (salario base, manutención, plus de actividad especial -donde se incluyen las horas extraordinarias, horas estructurales de presencia, reenganchables, alargamientos de jornada, trabajos especiales, de mantenimiento en general, sucios, penosos y peligrosos y cualquier otra actividad que el trabajador pueda realizar dentro o fuera de la jornada ordinaria-, y renuncia a premios y/o remuneraciones o compensaciones derivadas de auxilio y/o salvamento), la jornada de trabajo (que cómputo anual sería de 1826 horas de trabajo efectivo estableciéndose un cuadrante organizativo mediante turnos rotativos de 40 días de embarque seguidos de 20 días libres, estando comprendidos en tales 20 días los descansos semanales, festivos y vacaciones anuales), el seguro de accidentes, la ropa de trabajo, bolsa de comida y los gastos de viajes de los tripulantes para la incorporación a su puesto de trabajo como para el desplazamiento a su domicilio habitual una vez finalizado el periodo de embarque. Se establece que la duración del acuerdo laboral sería dos años (folios 54 y 55). **QUINTO.**-En fecha 20-4-2017 tuvo lugar reunión entre el delegado de personal y la dirección de la empresa siendo su objeto "la revisión del acuerdo laboral vigente entre empresa y los trabajadores" (folios 196 a 198). Con el objeto de actualización, modificación o sustitución del acuerdo laboral vigente, la reunión de 11-7-2017 (folio 199). Se han celebrado otras reuniones encaminada a la negociación de un convenio colectivo los días 11-10-2017, 16-11-2017, 10-5-2018 (folios 202 y siguientes). En fecha 12-6-2018 tuvo lugar reunión entre el delegado de personal y la dirección de la empresa en la que ésta presentó propuesta de negociación, que incluía extender la vigencia del acuerdo desde el 1-1-2018 a 31-12-2014, incrementos salariales e incremento de descanso y vacaciones, entre otros puntos (folios 190 a 192). **SEXTO.**-Los trabajadores **[REDACTED]** tienen incluido en su contrato de trabajo una cláusula según la cual el cómputo anual de trabajo, descanso y vacaciones sería de 8 meses de trabajo y 4 meses correspondientes a descansos y vacaciones, con una cadencia de 40 días de trabajo seguido de 20 días correspondientes a descanso más vacaciones, así como el abono del plus actividad especial con el contenido ya indicado (folios 208 y siguientes). No consta contractualización respecto del trabajador **[REDACTED]**. **OCTAVO.**-En las guardias que los trabajadores tienen que realizar en horario nocturno, estos pernoctan en el barco, si bien el trabajador **[REDACTED]**, que tiene domicilio en Castellón, en ocasiones pernocta en el mismo, si bien debe acudir en 15 minutos al puerto en el caso de que sea requerido por la empresa. El resto de trabajadores de la plantilla no tiene domicilio en Castellón (prueba testifical de **[REDACTED]**). **NOVENO.**-Según informe de evaluación de riesgos laborales elaborado por Fraternidad Muprespa para la empresa demandada en el año 2016, la plantilla de la empresa está

compuesta por 4 patronos, 4 mecánicos, 4 marineros y un jefe de base, la empresa organiza su trabajo por turnos dando servicio 24 horas, festivos inclusive. La actividad de la tripulación se desarrolla a cualquier hora del día o de la noche, estando de guardia las 24 horas, formándose turnos alternativos de trabajo, si bien estar disponible las 24 horas no significa que todas estas horas se trabajen, computándose durante el día la horas propias de los servicios de remolque y quedando el resto para tareas de limpieza, conservación o mantenimiento, tareas cotidianas y a descansar (folios 172 a 176). **DECIMO.**-Presentada papeleta de conciliación y mediación ante el TAL el día 26-3-2018, la comparecencia se celebró el día 4-4-2018 con el resultado de sin acuerdo. El día 13-4-2018 se presentó demanda ante el Decanato de los Juzgados de Castellón que da lugar al presente juicio, siendo turnada a este Juzgado.

TERCERO.- Que contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte demandante CGT, habiendo sido impugnado. Recibidos los autos en esta Sala, se acordó la formación del rollo correspondiente y su pase al Ponente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-El SINDICATO DE LA CONFEDERACIÓN GENERAL DE TRABAJADORES interpuso demanda contra la empresa BOAT SERVICE SA , en ejercicio de acción de conflicto colectivo, e interesando que se declare y condene a la empresa a la nulidad o ilegalidad de la práctica de empresa consistente en que los trabajadores efectúen 2.984 horas de trabajo de tiempo de presencia en jornada anual y que se considere como tiempo de trabajo las 3.984 horas de tiempo de presencia. Dichos datos fueron rectificadas en el acto de juicio fijando en 2.894 horas las horas de trabajo de tiempo de presencia y en 3.934 las horas de tiempo de presencia que quiere que se consideren como de trabajo.

La Sentencia recurrida desestima las excepciones de falta de legitimación e inadecuación de procedimiento planteadas por la demandada y desestimó la demanda interpuesta por la parte actora, y frente a dicho pronunciamiento se alza la parte actora recurriéndola en suplicación y solicitando que tras estimarse el recurso se revoque la Sentencia de y estimando la demanda se declare la nulidad o ilegalidad de la práctica empresarial conforme a los términos del suplico, así como demás efectos que en derecho procedan. La parte demandada impugnó el recurso.

SEGUNDO.- Para ello la parte recurrente formula un primer motivo de recurso al amparo del apartado a) del artículo 193 LRJS denunciando la infracción de las normas o garantías del procedimiento que han producido indefensión. Se alega como vulnerado el artículo 217-2 LEC, el artículo 97-2 LRJS y el artículo 248-3 LOPJ y alega que se le ha producido indefensión. El argumento de la parte recurrente para formular este motivo de recurso es que la Sentencia incurre en incongruencia interna pues por un lado afirma que según el acuerdo de empresa los trabajadores efectúan periodos de 40 días de embarque y 20 de descanso y que ello muestra que los trabajadores se encuentran en el remolcador en guardias de 24 horas durante el periodo consecutivo de 40 días y que no estamos por ello en tiempo de disponibilidad o guardia localizada. Afirma que si se declara probada tal forma de prestar el servicio la empresa debería hacer aportado prueba que revele que no estamos ante guardias presenciales de 24 horas durante 40 días y que no lo ha hecho y pese a ello la Sentencia declara que los trabajadores están en situación de disponibilidad cuando no realizan trabajo efectivo alguno y por ello desestima la demanda. Vistas tales alegaciones

lo que se invoca es una cuestión de valoración de la prueba pues además se parte de hechos que no se recogen así en el relato fáctico que en cuanto al hecho de pernoctar en el barco, señala en el hecho probado octavo a diferencia de lo que alega la parte actora, que hay un trabajador con domicilio en Castellón que no pernocta en el barco y que los demás que no tienen domicilio en Castellón sí lo hacen, pero que en todo caso la empresa no les obliga a pernoctar en el barco. No se advierte por ello hecho alguno que haga pensar que la Sentencia ha incurrido en incongruencia interna sino que a la vista de los hechos probados, llega a conclusiones jurídicas diferentes de las que la parte recurrente pretende pero es en el apartado c) donde debe invocar la parte actora la argumentación a partir de la cual extrae que no estamos ante horas de disponibilidad y en su caso a través del apartado b) del referido artículo 193 LRJS podrá alegar la revisión de los hechos probados, pero la Sentencia da respuesta a la pretensión de la parte actora considerando que no todas las horas de guardia deben considerarse como tiempo de presencia y trabajo y entendiendo por ello que no es ilegal la práctica de la empresa. La parte actora podrá estar más o menos de acuerdo con tal pronunciamiento pero como hemos indicado puede combatirlo con arreglo a los demás motivos de recurso, pues ni hay incongruencia interna ni se vulnera alguna regla concreta sobre la carga probatoria pues a diferencia de lo que entiende la parte actora la Sentencia sí estima acreditado que ha cumplido la empresa con su carga probatoria sobre la realidad de las horas de guardia entendiendo que no todas son de presencia sino que hay horas que son de disponibilidad y es esa argumentación y valoración la que deberá combatir la parte recurrente a través del adecuado motivo de recurso, ya que no se ha producido la infracción de norma alguna del procedimiento que además haya podido producir indefensión a la parte actora. No podemos por ello acoger este primer motivo de recurso.

TERCERO.-Al amparo del apartado b) del artículo 193 LRJS, la parte recurrente interesa en el segundo motivo de recurso que se adicione al hecho probado cuarto el siguiente párrafo: *“Dicho Acuerdo de empresa fue denunciado por el representante legal de los trabajadores [REDACTED] con fecha 17 de Marzo de 2017, tanto ante la Autoridad Laboral como la Dirección de Recursos Humanos”*. Se apoya para ello la parte recurrente en los documentos obrantes a los folios 84 y 85 del procedimiento y como de los mismos se desprende la citada denuncia de tal Acuerdo debemos acceder a la adición interesada, pues aun cuando la sentencia no sólo se funda en tal Acuerdo para desestimar la demanda sino en la contractualización de dicho pacto sobre jornada en los contratos de trabajo de los trabajadores afectados, en el contrato de uno de los trabajadores no se incorpora tal pacto y además la Sentencia recurrida incide en el hecho de que se ha venido aplicando pacíficamente dicho acuerdo y en algún apartado a la vista de la falta de denuncia del acuerdo viene a afirmar que estamos más ante un conflicto de intereses que jurídico para dilucidar o perfilar un marco específico de normativa con una proyección de futuro. Por ello sí tiene interés en la cuestión debatida la denuncia efectuada por el delegado de personal del citado Acuerdo que seguía aplicando la empresa.

CUARTO.-El motivo tercero del escrito de recurso se formula al amparo del apartado c) del artículo 193 LRJS considerando la parte actora que la Sentencia de instancia aplicó erróneamente la Jurisprudencia de interés al caso puesto que indica no es de aplicación la Sentencia citada en la resolución recurrida de 27 de enero del 2009, que se vulnera el artículo 8-1 y 3 del RD 1561/1995 sobre jornadas especiales, así como el artículo 37 CE, citando además el artículo 2 de la Directiva 2003/88 de 4 de noviembre de 2003, la STJUE de 21 de febrero del 2018 y la de ese mismo Tribunal de 9 de septiembre del 2003 y

también el criterio marcado por el Tribunal Supremo en la Sentencia de fecha 14-9-2016 (Sentencia 782/2016).

A la vista del relato fáctico, advertimos como la empresa demandada se dedica al servicio de remolque de buques en el puerto de Castellón, su plantilla está compuesta por nueve trabajadores tripulantes de los buques Boluda set y Muscle. Dicho servicio portuario de remolque se rige por las prescripciones particulares fijadas por el Puerto, que se recogen en el hecho probado tercero de la Sentencia, con arreglo a las cuales el servicio de remolque debe prestarse de forma regular y continua debiendo estar operativo las 24 horas del día durante todos los días de la semana durante todos los días del año, salvo causa de fuerza mayor o imprevista. Se indica además en tales prescripciones particulares que la prestación del servicio debe realizarse con la debida diligencia evitando retrasos en el inicio del mismo y debiendo responder a cualquier petición de servicio con el tiempo máximo de respuesta de 15 minutos desde la hora para la que se realiza la petición del servicio hasta que el prestador tiene dispuestos todos los medios necesarios humanos y materiales en el lugar requerido y en condiciones de iniciar el servicio . Se refleja también que el prestador debe disponer de medios humanos precisos para tripular en todo momento los remolcadores cuanto menos con la dotación mínima de seguridad establecida por la administración marítima, de manera que se indica que los prestadores deberán disponer de una plantilla de personal de flota suficientemente dimensionada que permita por un lado respetar los tiempos de trabajo máximo y periodos de descanso mínimos de acuerdo con la legislación laboral nacional, así como por otro lado gestionar las incidencias laborales que puedan producirse y preverse por un empresario diligente. Partiendo de tales condiciones en las que debe prestarse el servicio, la empresa en el año 2009 firmó un acuerdo con los tripulantes de flota, no constando que en ese momento hubiera en la empresa representantes de los trabajadores pues las elecciones delegado de personal tienen lugar en el 2015, en el que además de fijarse las retribuciones se regulaba la jornada de trabajo indicando que en cómputo anual sería de 1826 horas de trabajo efectivo , estableciéndose un cuadrante organizativo mediante turnos rotativos de 40 días de embarque seguidos de 20 días libres estando comprendidos en tales 20 días los descansos semanales, festivos y vacaciones anuales. La duración del acuerdo se fijó por dos años pero sin embargo la empresa lo ha venido aplicando transcurridos dichos dos años y además ocho de los nueve trabajadores de plantilla de la empresa tienen incluido en su contrato de trabajo una cláusula según la cual el cómputo anual de trabajo , descanso y vacaciones sería de 8 meses de trabajo y 4 meses de descansos y vacaciones, con una cadencia de 40 días de trabajo seguido de 20 días correspondientes a descanso más vacaciones. Conforme a dicho Acuerdo y contratos y teniendo en cuenta que el servicio se presta durante 24 horas, debiendo estar de guardia durante 24 horas, se forman turnos alternativos de trabajo y en las guardias que deben realizar en periodo nocturno, los trabajadores pernoctan en el barco aunque hay un trabajador que tiene domicilio en Castellón que a veces no lo hace, si bien en todo caso como indica el hecho probado octavo deben acudir si no pernoctan en el barco, en 15 minutos al puerto en el caso de que sean requeridos por la empresa. Dicho acuerdo como decimos se ha seguido aplicando sin controversia o reclamación alguna de los trabajadores hasta la denuncia formulada por el delegado de personal a principios del año 2017, denuncia que se produce antes desde luego de la negociación que están manteniendo las partes para sustituir el acuerdo del 2009 y para negociar un nuevo convenio, que tiene lugar a partir de abril del 2017 y parece más bien que tienen su desencadenante en la denuncia del Acuerdo por parte del Delegado de personal, de manera que no compartimos la argumentación de la Sentencia recurrida de que estamos más bien ante un conflicto de intereses o político como dice la empresa, sino que ante un acuerdo y práctica de la empresa en la fijación de la jornada de

trabajo de la plantilla, los representantes de los trabajadores al entender que dicha práctica y regulación incumple la normativa que les es de aplicación sobre jornadas y descansos, el referido representante la denuncia y trata de obtener una declaración contraria a la misma, aun cuando desde luego la consecuencia de la declaración de que dicha práctica se declare contraria a la Ley sería la necesidad de la empresa de negociar la distribución de la jornada y los turnos de los trabajadores con los representantes de los trabajadores. Como la pretensión de la demanda no es la regulación de la referida jornada, turnos y descansos que es una potestad reservada a la negociación colectiva, sino que se declare ilegal una práctica que viene aplicándose por la empresa e incluso incorporándose a los contratos de trabajo como antes hemos indicado, estamos desde luego ante un conflicto jurídico de interpretación de las normas que sobre la jornada le son de aplicación a tal colectivo y tienen acción los mismos para instar la presente reclamación.

Dada la actividad a la que se dedica la empresa demandada, así el remolque de buques, es de aplicación al presente supuesto la Sentencia del Tribunal Supremo número 728 de 14 de septiembre del 2016 citada por la parte recurrente. Señala dicha Sentencia: *" En cuanto al fondo del asunto, la Sala comparte el razonado informe del Ministerio Fiscal acerca de las diferencias entre el trabajo realizado en los remolcadores y el efectuado en buques mercantes y pesqueros, lo que justifica derivadamente que sean distintos los preceptos específicos sobre jornadas especiales de trabajo aplicables a uno y otros, lo que corrobora los precedentes normativos, y comporta el que al trabajo en los remolcadores le sea de aplicación, con carácter imperativo, el límite que al tiempo de presencia se contiene en el art. 8.3 del Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo (BOE 26-09-1995), incluido entre las disposiciones comunes a " Transportes " y " trabajo en el mar ", en el que se preceptúa que " Los tiempos de presencia no podrán exceder en ningún caso de veinte horas semanales de promedio en un período de referencia de un mes ... ", y no lo preceptuado en los arts. 17 y 18.b) del propio Real Decreto, -- incluido en la Subsección 5.ª Trabajo en la mar, de la Sección 4.ª Transportes y trabajo en el mar, del Capítulo II), sobre tiempo de trabajo y descanso en el trabajo en la mar, sección que fue modificada por el Real Decreto 285/2002, de 22 de marzo, y en cuyo Preámbulo se afirma expresamente que " Mediante el artículo único se modifica expresamente el Real Decreto 1561/1995 en materia de tiempo de trabajo en la mar ... Las modificaciones que se incorporan al contenido de esta subsección 5.ª se refieren, básicamente, al ámbito de aplicación personal de estas disposiciones, a la ordenación de los descansos y a la introducción de nuevos medios para el control del tiempo de trabajo en la marina mercante ". En consecuencia, si bien el art. 17 del referido " Conveni col·lectiu de treball de les empreses de remolcadors de trànsit interior i exterior de ports de la província de Barcelona per als anys 2008-2011 " respetaba los límites que para los tiempos de presencia de no exceder de veinte horas semanales de promedio en un período de referencia de un mes (en abstracto, 2616 horas totales, de ellas 1826 horas de trabajo efectivo ex art. 34.1 ET y 790 horas de presencia y sin valorar si en las horas de presencia pudiera realizarse trabajo efectivo, ni su calificación como posibles horas extraordinarias), no los respeta el precepto de dicho art. 17 formulado en el laudo arbitral impugnado (en abstracto, 3168 horas totales, de ellas 1826 horas de trabajo efectivo ex art. 34.1 ET y 1342 horas de presencia y sin valorar si en las horas de presencia pudiera realizarse trabajo efectivo, ni su calificación como posibles horas extraordinarias), por lo que debe decretarse su nulidad al vulnerar normas mínimas de derecho necesario sobre trabajo y descanso en el mar contenidas en el Estatuto de los Trabajadores en relación con Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo. En efecto son destacables las diferencias entre la actividad desarrollada en los diversos tipos de trabajo en la mar, y en concreto, en cuanto a los remolcadores y sus funciones, así como sus diferencias con otras*

embarcaciones como los buques (el art. 15.1 Real Decreto 1561/1995 distingue " buques y embarcaciones "), cabe destacar que: a) Según el diccionario de la RAE el " remolcador " es una embarcación que sirve para remolcar; el " buque " es un barco de gran tonelaje con cubierta o cubiertas; el " buquemercante " es un buque que se emplea en la conducción de mercancías o pasajeros; y la " embarcación " es un vehículo capaz de navegar por el agua propulsado por remo, vela o motor; b) En su acepción ordinaria o común, en los diccionarios de uso frecuente se relata que " Un remolcador es una embarcación utilizada para ayudar a la maniobra de otras embarcaciones, principalmente al halar o empujar a dichos barcos o similares en puertos, pero también en mar abierto o a través de ríos o canales. También se usan para remolcar barcas, barcos incapacitados u otros equipos " y que " En los puertos, su objetivo es guiar cuidadosamente a la embarcación a su atraque de destino, donde se llevará a cabo la carga y descarga "; y un " buque " es un barco con cubierta que por su tamaño, solidez y fuerza es apropiado para navegaciones marítimas de importancia; y c) Específicamente, de los citados arts. 1 y 2 del " Conveni col·lectiu de treball de les empreses de remolcadors de trànsit interior i exterior de ports de la província de Barcelona per als anys 2008-2011 (LCAT 2008, 758) " resulta que los remolcadores actúan en determinados puertos de mar (tránsito interior y exterior de puertos de la provincia de Barcelona) y que su actividad principal es el remolque portuario (" remolc portuari, tant interior com exterior dels ports, d'altura, activitat off shore, d'assistència i salvament i totes les activitats que tinguin aquest fi ").3.- Por lo que, en definitiva, aun tratándose de actividad en el mar sujeta a normativa específica, especialmente en cuanto a la jornada de trabajo, es razonable jurídicamente la diversidad de la normativa de carácter necesario aplicable, dadas las diferencias existentes entre la actividad realizada por buques mercantes y de pesca y el tiempo de permanencia fuera del puerto base (con incidencia en cuestiones como el tiempo de descanso en la mar, las especialidades cuando el buque se halle en puerto o el periodo de embarque y con normas específicas para el trabajo en la marina mercante -arts. 17.2 o 18 bis - o para las embarcaciones dedicadas a la pesca -arts. 16.2 o 17.3-) con relación a la efectuada por los remolcadores que normalmente se desarrolla en zonas marítimas cercanas al puerto base y sin periodos de embarque prolongados".

Si con arreglo a la sentencia citada, al trabajo de los remolcadores que es la actividad de la empresa demandada, le es de aplicación el artículo 8-3 del RD 1561/1995, ello supone que en la jornada de los trabajadores de la empresa demandada, las horas de presencia que se pueden entender comprendidas dentro de la jornada ordinaria de tales trabajadores, son sólo 20 horas semanales. En este caso es un hecho indiscutido que los trabajadores de la empresa demandada realizan turnos de 40 días de trabajo o de embarque y 20 días libres en los que se incluyen tanto descansos semanales, festivos y vacaciones anuales. La parte actora y recurrente entiende que como esos 40 días son de trabajo pues se les exige una disponibilidad casi inmediata también en el periodo nocturno ya que si son llamados deben estar en disposición de actuar en 15 minutos, las horas de trabajo incluidas las de presencia que realizan los trabajadores superan los topes legales previstos en el Real Decreto mencionado, ya que en concreto realizan 3.934 horas, de las cuales excluyendo la jornada anual de 1.826 euros de trabajo efectivo, resultan 2.984 horas de tiempo de presencia que entiende deben computarse como de trabajo. Frente a ello la Sentencia recurrida argumenta que como no se ha acreditado que la empresa obligue a pernoctar en el barco fuera de la jornada de trabajo efectivo, pues si bien ocho trabajadores duermen en el barco, hay uno que a veces no lo hace, ese tiempo no puede considerarse ni de trabajo efectivo ni de presencia sino de disponibilidad y no se incumple norma alguna por la empresa al seguir tal régimen de jornada. Se funda para ello básicamente la Sentencia recurrida en lo que recoge la STS de 27 de enero del 2009 (Recurso 27/2008), que viene a

señalar que las guardias de localización, aunque implican restricciones en los desplazamientos de los trabajadores, les permiten mantener determinadas opciones personales y familiares que no implican las gravosas consecuencias que se derivan del tiempo de presencia. En esa misma sentencia distingue, a su vez, entre: 1º) Tiempo de trabajo efectivo, que es aquel en el cual el trabajador se encuentra a disposición del empresario en el lugar designado por éste y en ejercicio de su actividad, realizando las funciones propias de su categoría profesional. 2º) **Tiempo de presencia**, que es aquel en el que el trabajador se encuentra a disposición del empresario, en el lugar designado por éste, sin prestar trabajo efectivo, y en espera o expectativa de que se produzca la activación, entendida como comunicación, por cualquier medio, al trabajador de la realización de forma inmediata de un trabajo efectivo. 3º) Tiempo de inmediata disposición, definido como aquel en el que el trabajador, estando en un lugar fácilmente localizable, una vez producida la activación y conociendo que ha de realizarse un trabajo efectivo, se prepara para dar comienzo de forma inmediata a un período de trabajo efectivo. Y señala la Sala de lo social que la mera situación de disponibilidad, en la que el trabajador tan sólo está localizable y a disposición de la empresa, no implica, por sí sola, el desarrollo de ningún trabajo y por ende está claramente fuera de la jornada laboral y no puede en absoluto, ser calificada ni como tiempo de trabajo ni como horas extraordinarias, porque es inherente a la disponibilidad la asunción de las limitaciones de ubicación que permiten al trabajador incorporarse en el tiempo requerido.

Sin embargo, pese a dicha doctrina, el Tribunal De Justicia de la Unión Europea, ha concretado en fechas recientes la consideración que deben tener los periodos de guardia a la luz de la Directiva 2003/88, señalando en la sentencia de 21 de febrero del 2018 (asunto C 518/15): “53 *Mediante su cuarta cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si el artículo 2 de la Directiva 2003/88 debe interpretarse en el sentido de que el tiempo de guardia que un trabajador pasa en su domicilio con la obligación de responder a las convocatorias de su empresario en un plazo de ocho minutos, plazo que restringe considerablemente la posibilidad de realizar otras actividades, debe considerarse «tiempo de trabajo».*54 *A este respecto, es preciso recordar que el Tribunal de Justicia ya ha tenido la ocasión de pronunciarse sobre la cuestión de la calificación del tiempo de guardia como «tiempo de trabajo» o «período de descanso», en lo que se refiere a los trabajadores comprendidos en el ámbito de aplicación de la 2003/88.*55 *En este contexto, el Tribunal de Justicia ha precisado, en primer lugar, que los conceptos de «tiempo de trabajo» y de «período de descanso» se excluyen mutuamente (véanse, en este sentido, las sentencias de 3 de octubre de 2000, Simap, C-303/98, EU:C:2000:528, apartado 47, y de 10 de septiembre de 2015, Federación de Servicios Privados del sindicato Comisiones Obreras, C-266/14, EU:C:2015:578, apartado 26 y jurisprudencia citada). Así pues, debe señalarse que, en el estado actual del Derecho de la Unión, el tiempo de guardia que un trabajador pasa en el marco de las actividades que realiza para su empresario debe calificarse, bien de «tiempo de trabajo», bien de «período de descanso».*56 *Además, entre los elementos característicos del concepto de «tiempo de trabajo» en el sentido del artículo 2 de la Directiva 2003/88 no figuran la intensidad del trabajo desempeñado por el trabajador por cuenta ajena ni el rendimiento de éste (sentencia de 1 de diciembre de 2005, Dellas y otros, C-14/04, EU:C:2005:728, apartado 43).*57 *En segundo lugar, se ha declarado que la presencia física y la disponibilidad del trabajador en el lugar de trabajo, durante el período de guardia, a los efectos de prestar sus servicios profesionales debe considerarse comprendida en el ejercicio de sus funciones, aun cuando la actividad efectivamente desempeñada varíe según las circunstancias (véase, en este sentido, la sentencia de 3 de octubre de 2000, Simap, C-303/98, EU:C:2000:528, apartado 48).*58 *En efecto, excluir del concepto de «tiempo de trabajo» el período de*

guardia en régimen de presencia física equivaldría a poner en peligro el objetivo de la Directiva 2003/88, que es garantizar la salud y la seguridad de los trabajadores, de manera que puedan disfrutar de periodos mínimos de descanso y de periodos de pausa adecuados (véase, en este sentido, la sentencia de 3 de octubre de 2000, *Simap*, C-303/98, EU:C:2000:528, apartado 49).⁵⁹ Por otro lado, de la jurisprudencia de Tribunal de Justicia se desprende que el factor determinante para la calificación de «tiempo de trabajo», en el sentido de la Directiva 2003/88, es el hecho de que el trabajador está obligado a hallarse físicamente presente en el lugar determinado por el empresario y a permanecer a disposición de éste para poder prestar sus servicios inmediatamente en caso de necesidad. En efecto, estas obligaciones, que impiden que los trabajadores afectados elijan su lugar de estancia durante los periodos de guardia, deben considerarse comprendidas en el ejercicio de sus funciones (véanse, en este sentido, la sentencia de 9 de septiembre de 2003, *Jaeger*, C-151/02, EU:C:2003:437, apartado 63, y el auto de 4 de marzo de 2011, *Grigore*, C-258/10, no publicado, EU:C:2011:122, apartado 53 y jurisprudencia citada).⁶⁰ Finalmente, debe señalarse que no ocurre lo mismo en la situación en la que el trabajador efectúa una guardia según el sistema de guardia localizada, que implica que esté accesible permanentemente sin no obstante deber estar presente en el lugar de trabajo. En efecto, aunque esté a disposición de su empresario en la medida en que debe estar localizable, en esta situación el trabajador puede administrar su tiempo con menos limitaciones y dedicarse a sus intereses personales. En estas circunstancias, sólo debe considerarse «tiempo de trabajo» en el sentido de la Directiva 2003/88 el tiempo dedicado a la prestación efectiva de servicios (véase, en este sentido, la sentencia de 9 de septiembre de 2003, *Jaeger*, C-151/02, EU:C:2003:437, apartado 65 y jurisprudencia citada).⁶¹ En el asunto principal, según la información a disposición del Tribunal de Justicia, que el órgano jurisdiccional remitente deberá comprobar, el Sr. Matzak no sólo debía estar localizable durante sus tiempos de guardia. Por una parte, debía responder a las convocatorias de su empresario en un plazo de ocho minutos y, por otra parte, estaba obligado a estar presente físicamente en el lugar determinado por el empresario. Sin embargo, este lugar era el domicilio del Sr. Matzak y no su lugar de trabajo, como sucedía en los asuntos que dieron lugar a la jurisprudencia citada en los apartados 57 a 59 de la presente sentencia.⁶² A este respecto, es preciso recordar que, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, los conceptos de «tiempo de trabajo» y de «período de descanso», en el sentido de la Directiva 2003/88, constituyen conceptos de Derecho de la Unión que es preciso definir según características objetivas, refiriéndose al sistema y a la finalidad de dicha Directiva, que es establecer unas disposiciones mínimas destinadas a mejorar las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores (sentencia de 10 de septiembre de 2015, *Federación de Servicios Privados del sindicato Comisiones Obreras*, C-266/14, EU:C:2015:578, apartado 27).⁶³ Pues bien, la obligación de permanecer presente físicamente en el lugar determinado por el empresario y la restricción que, desde un punto de vista geográfico y temporal, supone la necesidad de presentarse en el lugar de trabajo en un plazo de ocho minutos, limitan de manera objetiva las posibilidades que tiene un trabajador que se encuentra en la situación del Sr. Matzak de dedicarse a sus intereses personales y sociales.⁶⁴ Habida cuenta de tales limitaciones, la situación del Sr. Matzak se distingue de la de un trabajador que, durante su servicio de guardia, simplemente debe estar a disposición de su empresario a los efectos de que éste pueda localizarle.⁶⁵ En estas circunstancias, el concepto de «tiempo de trabajo», establecido en el artículo 2 de la Directiva 2003/88, debe interpretarse en el sentido de que se aplica a una situación en la que un trabajador tiene la obligación de permanecer en su domicilio durante el período de guardia, de estar a la disposición del empresario y de poder presentarse en su lugar de trabajo en un plazo de ocho minutos.⁶⁶ De todo lo

anterior resulta que procede responder a la cuarta cuestión prejudicial que el artículo 2 de la Directiva 2003/88 debe interpretarse en el sentido de que el tiempo de guardia que un trabajador pasa en su domicilio con la obligación de responder a las convocatorias de su empresario en un plazo de ocho minutos, plazo que restringe considerablemente la posibilidad de realizar otras actividades, debe considerarse «tiempo de trabajo»”.

En el presente caso la Sentencia de instancia, entendiendo que la empresa no obliga a los trabajadores a pernoctar en el buque entiende que en el periodo nocturno los trabajadores deben estar localizados y no se trata de un tiempo de presencia que deba computarse dentro de los límites legales previstos en la normativa de Jornadas especiales antes indicada. Llega a la conclusión de que los trabajadores no son obligados a pernoctar en el buque del mero hecho de que uno de los trabajadores con domicilio en Castellón, a veces no duerme en el buque, pero el hecho de que este trabajador por las circunstancias personales que desconocemos no duerma en alguna ocasión en el buque no puede llevar a pensar sin más que no hay obligación de pernoctar en el buque pues de hecho el propio Acuerdo del año 2009 al que hace referencia la sentencia de instancia al referirse a la jornada indica que se realizarán “40 días de embarque”, de manera que esos 40 días deben permanecer en el buque pues ése es el sentido del término “embarque”. En los contratos de trabajo a que se refiere también la Sentencia se indica que los trabajadores deberían realizar 40 días de trabajo, de manera que se considera tiempo de trabajo en todo caso el referido a esos 40 días ya que no se distingue periodo alguno dentro de esos 40 días. En todo caso aun cuando la empresa les permitiera pernoctar en su domicilio, el presente supuesto se asemeja al que analizó el Tribunal De Justicia de la Unión Europea, pues los trabajadores deben estar en el puesto de trabajo y en disposición de comenzar el servicio en un periodo máximo de 15 minutos desde que se realiza la petición de servicio por lo que se restringe significativamente el margen de libertad de movimientos de los trabajadores, pues desde luego si no pernoctan en el buque, su domicilio debería estar en las inmediaciones del buque y no podrían estar en otro lugar. Por ello de conformidad con la doctrina del Tribunal De Justicia de la Unión Europea, ese tiempo de guardia nocturno también debe considerarse de presencia y en consecuencia la práctica de la empresa asignando a los trabajadores turnos de 40 días de embarque y 20 días libres, vulnera la norma legal de derecho necesario que es de aplicación al presente caso así el artículo 8-3 del RD 1561/1995 que sólo prevé que se puedan computar dentro de la jornada ordinaria, no excediendo por ello de la jornada máxima, 20 horas semanales de tiempo de presencia y en consecuencia frente a la solución desestimatoria de la Sentencia de instancia, estimamos que tiene razón la representación de los trabajadores y que debe declararse la ilegalidad de la práctica de la empresa en cuanto a la jornada que viene aplicando a los trabajadores desde al menos el año 2009 consistente en organizar turnos de 40 días de trabajo y 20 días libres. A ello no obsta el referido Acuerdo que sólo tenía una vigencia de 2 años ni la aceptación tácita de los trabajadores de que se siguiera aplicando dicho Acuerdo cuyas condiciones en cuanto a la jornada quedaron incorporados a los contratos de la mayoría de los trabajadores, pues pese al consentimiento de los trabajadores al firmar tales contratos, conforme al artículo 3 ET en ningún caso pueden establecerse en el contrato de trabajo en perjuicio del trabajador condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales y convenios colectivos, y la cláusula recogida en los contratos sobre la jornada es contraria a las disposiciones legales de derecho necesario recogidas en el RD sobre Jornadas especiales. Estimamos en consecuencia el recurso formulado, para revocar la Sentencia de instancia y en su lugar estimar la demanda de la parte actora.

Dada la estimación del recurso y teniendo en cuenta que el procedimiento instado es un Conflicto colectivo, no procede la imposición de costas.

Por ello;
VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por el SINDICATO DE LA CONFEDERACIÓN GENERAL DE TRABAJADORES contra la sentencia de fecha veintitrés de Julio del Dos Mil Dieciocho dictada por el Juzgado de lo Social Número 1 de Castellón de la Plana en autos número 283/2018 seguidos a instancias del recurrente frente a la empresa BOAT SERVICE SA sobre CONFLICTO COLECTIVO, debemos de revocar la sentencia recurrida y estimando la demanda formulada, declaramos la ilegalidad de la práctica de empresa consistente en que los trabajadores efectúen 2.894 horas de trabajo de tiempo de presencia en jornada anual, alcanzando las horas anuales de trabajo a computar incluidas las de presencia a 3.934 horas, condenando a la demandada a estar y pasar por esta declaración.

Sin costas.

Notifíquese la presente resolución a las partes y al Ministerio Fiscal, indicando que contra la misma cabe recurso de Casación para la unificación de doctrina, que podrá prepararse dentro del plazo de los DIEZ DÍAS hábiles siguientes a la notificación, mediante escrito dirigido a esta Sala, advirtiendo que quien no tenga la condición de trabajador, no sea beneficiario del sistema público de la Seguridad Social o no tenga reconocido el derecho de asistencia jurídica gratuita, deberá depositar la cantidad de 600€ en la cuenta que la Secretaría tiene abierta en el Banco de Santander, cuenta **4545 0000 35 3172 18**. Asimismo, de existir condena dineraria, deberá efectuar en el mismo plazo la consignación correspondiente en dicha cuenta, indicando la clave **66** en lugar de la clave **35**. Transcurrido el término indicado, sin prepararse recurso, la presente sentencia será firme.

Una vez firme esta sentencia, devuélvase los autos al Juzgado de lo Social de referencia, con certificación de esta resolución, diligencia de su firmeza y, en su caso, certificación o testimonio de la posterior resolución que recaiga.

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

PUBLICACIÓN.- En València, a once de diciembre de dos mil dieciocho.

En el día señalado ha sido leída la anterior sentencia por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado/a Ponente en audiencia pública, de lo que yo, el/la Letrado/a de la Administración de Justicia, doy fe.