



Roj: **STS 2747/2020 - ECLI:ES:TS:2020:2747**

Id Cendoj: **28079140012020100633**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **18/06/2020**

Nº de Recurso: **242/2018**

Nº de Resolución: **485/2020**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **SEBASTIAN MORALO GALLEGO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 3511/2018,**
STS 2747/2020

CASACION núm.: 242/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Sebastián Moralo Gallego

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Santiago Rivera Jiménez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 485/2020

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D^a. María Luisa Segoviano Astaburuaga

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Sebastián Moralo Gallego

D. Juan Molins García-Atance

D. Ignacio Garcia-Perrote Escartín

En Madrid, a 18 de junio de 2020.

Esta Sala ha visto el recurso de casación interpuesto por la letrada D.^a Laura de Gregorio González, en nombre y representación de la Federación de Sindicatos de Banca de la Confederación General del Trabajo (FESIBAC-CGT), contra la sentencia dictada el 20 de septiembre de 2018, por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, en demanda de conflicto colectivo 125/2018, seguida a su instancia frente a Capgemini España, S.L., el sindicato Comisiones Obreras (CCOO) y el sindicato Unión General de Trabajadores (UGT); siendo citado en su condición de interesado, el sindicato Central Sindical Independiente y de Funcionarios (CSI-F).

Han sido partes recurridas Capgemini, S.L., representada y defendida por la letrada D.^a Marta Domínguez Royo, y el sindicato Central Sindical Independiente y de Funcionarios (CSI-F), representado y defendido por el letrado D. Pedro Poves Oñate.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Sebastián Moralo Gallego.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 17 de mayo de 2018, la representación letrada de FESIBAC-CGT presentó demanda de conflicto colectivo, registrada bajo el número 125/2018, de la que conoció la Sala de lo Social de la Audiencia



Nacional. En el correspondiente escrito, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho, terminaban suplicando se dictara sentencia por la que se declare: "a.- Que el tiempo dedicado a la guardia domiciliaria debe considerarse tiempo de trabajo efectivo a los efectos de respetar los límites de jornada diaria, descanso entre jornadas y descanso semanal, procediendo a la inclusión en el Acuerdo de disponibilidades de los límites de manera que se respete el descanso del trabajador. b.- Que se reconozca la nulidad, y en consecuencia, se deje sin efecto la posibilidad de adscripción forzosa al acuerdo de disponibilidades por parte de la empresa por suponer la realización de horas extraordinarias por encima de los topes establecidos en el art. 35.4 ET, suponiendo así una prolongación de la jornada más allá de la estipulada legalmente. c.- Que se reconozca la nulidad de la cláusula que dispone un único pago, que incluye tanto el abono de la disponibilidad como el de las intervenciones, en el caso de los pagos por retén, procediendo a equiparar su cuantía a la remuneración prevista en las intervenciones de primer nivel, para el caso de que las mismas se produzcan. d.- Que proceda a entregar a mi representada copia resumen mensual de registro diario de horas extraordinarias por trabajador y la información trimestral que contenga el número de horas extraordinarias, especificando causas y distribuidas por centros de trabajo, tal y como previene la legislación aplicable, esto es, el artículo 35, apartado 5 del Estatuto de los Trabajadores y Disposición Adicional Tercera del RD 1561/1995, de 21 de septiembre".

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se celebró el acto del juicio. Seguidamente, se recibió el pleito a prueba, practicándose las propuestas por las partes y, tras formular éstas sus conclusiones definitivas, quedaron los autos conclusos para sentencia.

TERCERO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos:

" 1º.- Fesibac-CGT está integrada en el sindicato Confederación General del Trabajo y ostenta una implantación suficiente en la empresa demandada por contar con presencia en los órganos de representación unitaria y estar constituida sección sindical de CGT de ámbito estatal en la empresa -conforme-.

2º.- La empresa demandada rige sus relaciones laborales por el al XVII Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Consultoría y Estudios de mercado de la Opinión Pública - conforme-.

3º.- en la citada empresa, se viene aplicando el denominado "Acuerdo de Disponibilidades" que regula las condiciones laborales de los trabajadores adscritos a servicios de guardia en la empresa, suscrito en el año 2005 por las Secciones Sindicales de CC.OO. y U.G.T. en la empresa CAPGEMINI ESPAÑA, S.A. En este acuerdo se distinguen varios niveles de guardia o disponibilidad: 1.- Disponibilidad o guardia: para los firmantes del acuerdo, supone que el trabajador esté disponible y localizable fuera de su jornada de trabajo con el fin de atender las incidencias en el servicio que puedan producirse. 2.- Llamada sin intervención: respuesta telefónica a una incidencia producida durante el servicio de guardia. 3.- Intervención: conjunto de operaciones realizadas en remoto o presenciales, acudiendo personalmente al lugar requerido, destinadas a resolver la incidencia. 4.- Intervención planificada: Realización de trabajos fuera de la jornada cuya ejecución está prevista de antemano (el acuerdo prevé una antelación de 48 horas). Asimismo, el Acuerdo prevé que esta disponibilidad puede ser diaria, de fines de semana o semanal. Respecto de estas últimas, se establece con carácter general que ningún trabajador podrá estar en situación de disponibilidad más de una semana en un periodo de 4 semanas, si bien por necesidades de servicio, se amplía a dos semanas en un periodo de referencia de 4 semanas. Respecto de la voluntariedad de la adscripción del trabajador al servicio de guardia, con carácter general se prevé la voluntariedad, si bien también se prevé la adscripción unilateral por parte de la empresa. El servicio de guardia se articula con grupos de primer nivel y retenes. Primer nivel: Compuesto por aquellos trabajadores que reciben una llamada e inician la resolución de la incidencia. Retenes: por razones del servicio podrá existir además un segundo nivel, distinguiéndose entre retén telefónico o retén técnico. 1. Retén Telefónico: Compuesto por aquellos trabajadores que, durante el tiempo de disponibilidad, dan soporte telefónico, a los empleados que se encuentren asignados al servicio de disponibilidad de primer nivel. 2. Retén Técnico: Compuesto por aquellos trabajadores que, durante el tiempo de disponibilidad, dan soporte técnico a los empleados que se encuentren asignados al servicio de disponibilidad de primer nivel. Igualmente se prevé que los retenes técnicos, y excepcionalmente los retenes telefónicos, deban realizar directamente aquellas intervenciones de las que el trabajador de guardia no pueda hacerse cargo en un determinado momento. La empresa debe dotar a los trabajadores de los medios logísticos necesarios para realizar su labor durante las guardias de forma remota, siempre que esto fuera posible, con la intención de evitar que el trabajador tenga que acudir personalmente a las instalaciones del cliente o de la Empresa, si bien el mismo acuerdo prevé la posibilidad de que el trabajador deba desplazarse a las instalaciones del cliente o a su centro de trabajo durante su intervención. Finalmente, y respecto de las retribuciones y compensaciones, se prevé lo siguiente: - Disponibilidad: abono de una cantidad económica que varía en función del tipo de guardia que se preste (diaria, de fines de semana o semanal) denominado "complemento de disponibilidad". Este complemento retribuye a su vez un mínimo de intervenciones por cada periodo de guardia. Las intervenciones que superen este número tienen una retribución específica. Asimismo, se prevé una retribución específica para festivos especiales,



intervenciones nocturnas y en fines de semana. Compensación con descanso: cada hora de intervención, tanto en primer nivel como en retén, se compensa con una hora de descanso, acumulables hasta formar jornadas completas, a disfrutar dentro del mes siguiente a su realización. El texto del acuerdo obra en el descriptor 36 que damos por reproducido.

4º.- El día 18-5-2018 se suscribió el Acuerdo de modificación del anterior, al que se adhirió CSI-F con el contenido que obra en el descriptor 38.

5º.- Todos los trabajadores que realizan disponibilidades en la empresa cuentan con un ordenador portátil y un software que permite la conexión desde fuera de las instalaciones, y la empresa les proporciona un teléfono móvil -descriptor 42 y testifical-.

6º.- A fecha 3-9-2018 se habían producido un total de 6.446 llamadas intervenciones en cuya atención se invirtieron un total de 20.867,02 horas. El número aproximado de trabajadores adscritos al acuerdo es de unos 700 -descriptor 42 y testifical-.

7º.- Durante los 13 años de vigencia del Acuerdo de disponibilidades, de 30 de mayo de 2005, han existido 3 solicitudes de baja en el Acuerdo por parte de los empleados adscritos al sistema de disponibilidades. Capgemini España, S.L. nunca ha impuesto de manera forzosa la realización de disponibilidades ni ha negado a ningún solicitante el cese de la adscripción a dicho servicio -descriptor 43 y testifical-. Los trabajadores cuando realizan una intervención reportan al jefe de su unidad el tiempo empleado en la misma. Las intervenciones que requieren desplazamiento del trabajador son excepcionales -testifical-.

8º.- La empresa se regula por convenio consultoría que establece jornada de 1.800 horas/ año aunque en la empresa la jornada ordinaria es de 1.784 si bien no se alcanza siendo 1.750 horas/año".

CUARTO.- Con fecha 20 de septiembre de 2018 se dictó sentencia por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, en la que consta el siguiente fallo: "Con desestimación de la demanda deducida por FESIBAC-CGT, frente a CAPGEMINI ESPAÑA, SL, SINDICATO CCOO, SINDICATO CSI-F, SINDICATO UGT, absolvemos a los demandados de las peticiones contenidas en la misma".

QUINTO.- 1.- En el recurso de casación formalizado por el sindicato demandante se consignan los siguientes motivos:

Primero.- Se interpone al amparo de lo previsto en el art. 207 d) de la Ley 30/2011 de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social, por entender que ha existido error en la apreciación de la prueba. Se propone una redacción alternativa del Hecho Probado Séptimo.

Segundo.- Se interpone al amparo de lo previsto en el art. 207 d) de la LRJS, por entender que la sentencia recurrida ha incurrido en vulneración de normas del ordenamiento jurídico y la Doctrina Jurisprudencial aplicable al objeto del debate, concretamente por aplicación indebida de la jurisprudencia contenida en la Sentencia TJUE DE 21-2-2015 dictada en el 5 Asunto C-518/15 (Matzak) en relación con la consideración de tiempo de trabajo efectivo.

Tercero.- Se interpone al amparo de lo previsto en el art. 207 d) de la LRJS, por entender que la sentencia recurrida ha incurrido en vulneración de normas del ordenamiento jurídico, en concreto de los arts. 34, 35 y 37 ET, así como de la Doctrina Jurisprudencial que los desarrolla.

Cuarto.- Se interpone al amparo de lo previsto en el art. 207 d) de la LRJS, por entender que la sentencia recurrida ha incurrido en vulneración de normas del ordenamiento jurídico y la Doctrina Jurisprudencial aplicable al objeto del debate, concretamente por inaplicación del art. 14 CE y jurisprudencia que lo aplica.

2.- El recurso fue impugnado por Capgemini, S.L.

SEXTO.- Recibido el expediente judicial electrónico de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional y admitido el recurso de casación, se dio traslado por diez días al Ministerio Fiscal, que emitió informe en el sentido de interesar que el recurso debe ser íntegramente desestimado.

Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 18 de junio de 2020.

SÉPTIMO.- De conformidad con lo previsto en el art. 19.3 y la Disposición transitoria primera 1 del Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril, la deliberación que ha llevado a cabo la Sala para la decisión del presente recurso ha tenido lugar en régimen de presencia telemática.

FUNDAMENTOS DE DERECHO



PRIMERO.- 1.- La sentencia de la Audiencia Nacional de 20/9/2018, autos 125/2018, desestimó en su integridad la demanda de conflicto colectivo interpuesta por el sindicato FESIBAC-CGT, en la que solicita que se establezcan unas determinadas consecuencias jurídicas del llamado "Acuerdo de disponibilidades", firmado entre la empresa y los sindicatos CCOO y UGT en el año 2005 y modificado en fecha 18/4/2018 con la adhesión del sindicato CSI-F, así como la nulidad de alguno de los pactos incluidos en el mismo.

2.- Recurre en casación el sindicato demandante. Tanto el Ministerio Fiscal, como la empresa en su impugnación, interesan la desestimación de los cuatro motivos del recurso.

SEGUNDO. 1.- El primer motivo se formula al amparo de la letra d) del art. 207 LRJS, e interesa la parcial modificación del hecho probado séptimo.

Con carácter previo a su resolución y para la mejor comprensión de la pretensión ejercitada en este motivo, hay que dejar constancia de que el acuerdo de disponibilidades en litigio regula el sistema de guardias de disponibilidad existente en la empresa para atender las incidencias que se presentan fuera de la jornada de trabajo.

Obliga a los trabajadores adscritos al mismo a estar localizables para el caso de que sea necesaria su intervención, sin que exista un plazo de tiempo máximo para responder al requerimiento.

Para ello están provistos de un teléfono móvil y un ordenador de la empresa que les permite resolver en remoto la inmensa mayoría de tales incidencias, sin necesidad de desplazarse al centro de la empresa o al de los clientes.

En el caso de que hayan de atender alguna incidencia se les compensa con horas de descanso las empleadas en cada intervención.

El propio acuerdo contempla que la adscripción del trabajador a este sistema es voluntaria, a la vez que prevé una posible adscripción unilateral por parte de la empresa.

2.- Bajo esos presupuestos, la redacción del ordinal impugnado es como sigue: "Durante los 13 años de vigencia del Acuerdo de disponibilidades , de 30 de mayo de 2005, han existido 3 solicitudes de baja en el Acuerdo por parte de los empleados adscritos al sistema de disponibilidades . Capgemini España, S.L. nunca ha impuesto de manera forzosa la realización de disponibilidades ni ha negado a ningún solicitante el cese de la adscripción a dicho servicio - descriptor 43 y testifical-. Los trabajadores cuando realizan una intervención reportan al jefe de su unidad el tiempo empleado en la misma. Las intervenciones que requieren desplazamiento del trabajador son excepcionales .- testifical-".

El recurso pretende alterar el inciso final del primer párrafo, para que se diga, de una parte, que "No consta" que la empresa nunca haya negado el cese de la adscripción a dicho servicio; y de otra, que "Existen contratos de trabajo en los que se pacta la adscripción forzosa al Pacto de disponibilidades, y en el caso de dichos trabajadores, los mismos no podrán causas baja en el servicio salvo acuerdo entre la empresa y el trabajador o por decisión unilateral de la empresa".

Como apunta la empresa en su escrito de impugnación, es verdad que en la redacción alternativa propuesta se omite cualquier referencia al párrafo segundo, en el que se indica que los trabajadores reportan al jefe de su unidad las intervenciones que realizan y son excepcionales las que requieren desplazamiento, pero lo cierto es que sobre este particular no se dice absolutamente nada en el cuerpo del motivo y no se está solicitando realmente su supresión, por lo que más bien parece una omisión en la redacción del texto alternativo propuesto.

Sea como fuere, es evidente que la solicitud de revisión únicamente afecta a la cuestión relativa al carácter forzoso de la adscripción.

3.- El motivo ha de ser desestimado, por varias razones: 1º) Ante todo, porque ni tan siquiera se explica en el recurso las razones por las que esa modificación pudiese resultar trascendente en la resolución del recurso, en el que ya no se discute ninguna cuestión relacionada con el carácter voluntario o forzoso de la adscripción al sistema de disponibilidad; 2º) Además, la redacción alternativa propuesta contiene una valoración de naturaleza jurídica, al calificar como adscripción forzosa el pacto que se haya podido incluir de mutuo acuerdo entre el trabajador y la empresa en el contrato de trabajo; 3º) Por último, no hay dato alguno que contradiga la taxativa afirmación que se hace en el ordinal impugnado de que la empresa nunca ha impuesto de manera forzosa la realización de disponibilidades, ni de que se hubiere opuesto a la petición de trabajadores que quieran causar baja en el Acuerdo de disponibilidades. A este respecto la sentencia declara además probado que hay unos 700 trabajadores adscritos al mismo y tan solo 3 han solicitado su baja durante sus 13 años de vigencia, sin que a ninguno de ellos se le hubiere denegado.



Lo que en realidad expone la recurrente es una mera elucubración sobre las dificultades que potencialmente pudieren tener los trabajadores para negarse a participar en el sistema de disponibilidad, que no viene avalada por elementos probatorios de los que pudiere deducirse que la empresa haya puesto algún tipo de trabas para causar baja en el mismo, cuando lo que queda por el contrario demostrado es que ningún problema han tenido los únicos tres trabajadores que en 13 años han solicitado dejar de participar en el sistema, sin que haya datos sobre ningún caso concreto en el que la empresa hubiere impuesto la adscripción de manera forzosa.

TERCERO. 1.- El motivo segundo denuncia infracción de la doctrina contenida en la STJUE de 21/2/2018 (que, por evidente error de transcripción se indica en el recurso que es del año 2015), asunto C- 518/15 (Matzak), para sostener que el tiempo de disponibilidad de los trabajadores adscritos a ese sistema debe considerarse como jornada de trabajo, con las consecuencias jurídica inherentes que luego desarrolla el tercero de los motivos del recurso.

La cuestión consiste por lo tanto es discernir si resulta aplicable en este caso la doctrina que establece el TJUE en dicha resolución.

2.- Lo que hace necesario exponer las específicas condiciones y circunstancias en las que desarrollan sus tareas los trabajadores que se adscriben voluntariamente al sistema de disponibilidad que regula aquel acuerdo, que se ajustan a lo siguiente:

A) Como ya hemos anticipado, se trata de la realización de guardias de disponibilidad que suponen que el trabajador esté disponible y localizable fuera de su jornada de trabajo con el fin de atender las incidencias en el servicio que puedan producirse, para lo que cuenta con un móvil y un ordenador con conexión remota facilitados por la empresa.

B) En caso de recibir el aviso de alguna incidencia, se considera llamada sin intervención cuando puede solventarla mediante respuesta telefónica; y se cataloga como intervención si se ve obligado a realizar algún tipo de operación para solventar la incidencia, ya sea en remoto o de manera presencial acudiendo a las instalaciones del cliente o a su centro de trabajo.

C) Es indiscutido que las intervenciones que requieren desplazamientos del trabajador son excepcionales, y lo habitual es que se resuelvan en remoto.

D) Cada vez que realizan una intervención reportan al jefe de su unidad el tiempo empleado en la misma, que le es compensado con descanso. Se atribuye una hora de descanso a cada hora de intervención, acumulables hasta alcanzar jornadas completas que se disfrutan de descanso dentro del mes siguiente a su realización.

E) El trabajador no está obligado a atender la incidencia dentro de un plazo de tiempo determinado desde que recibe el aviso, ni tampoco se le exige estar en su domicilio, ni en cualquier otro específico lugar.

F) La disponibilidad se retribuye con el pago de una cantidad económica en concepto de "complemento de disponibilidad" cuya cuantía varía en función del tipo de guardia que se preste (diaria, de fines de semana o semanal), con una retribución añadida para festivos especiales, intervenciones nocturnas y en fin de semana. Este complemento retribuye un número mínimo de intervenciones por cada periodo de guardia, las que superan ese número tienen a su vez una retribución específica.

G) Es de aplicación el convenio colectivo de consultoría que contempla una jornada de 1.800 horas/ año, aunque en la empresa la jornada ordinaria prevista es de 1.784, que no se alcanza porque en realidad se realizan 1.750 horas/año.

CUARTO. 1.- Bajo estos parámetros ya estamos en condiciones de analizar si es de aplicación al caso la doctrina establecida en la precitada sentencia del TJUE de 21/2/2018, asunto Matzak, que calificó como tiempo de trabajo la guardia localizada que debía de realizar un trabajador obligado a estar en su domicilio por si se producía alguna incidencia que requería de su intervención, a la que debía además acudir en un plazo máximo de ocho minutos desde la recepción del aviso.

2.- Partiendo de esa base, la sentencia analiza la diferencia entre tiempo de trabajo y periodo de descanso, para sentar el criterio de que son dos conceptos que se excluyen mutuamente y no admiten una consideración intermedia, de tal manera 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 "periodo de descanso" (ap.55); siendo irrelevante a estos efectos "la intensidad del trabajo desempeñado por el trabajador por cuenta ajena ni el rendimiento de éste" (ap. 56).

De esta primera aseveración se desprende que los tiempos de guardia de disponibilidad que desarrolle cualquier trabajador en el marco de su actividad laboral no admiten una calificación que no sea la de tiempo de trabajo o periodo de descanso.



Esta conclusión es perfectamente trasladable al asunto de autos, en el que la situación jurídica se corresponde sin duda con la de las guardias localizadas que analiza esta sentencia.

Conforme a las particulares circunstancias que en este caso se presentan deberemos decidir si las guardias de disponibilidad objeto del litigio deben considerarse como tiempo de trabajo, de acuerdo con los criterios que seguidamente desarrolla la sentencia y que pasamos a exponer.

3.- La STJUE precisa que las guardias de disponibilidad que exigen la presencia física del trabajador en las instalaciones de la empresa constituyen tiempo de trabajo, y que esa misma calificación debe atribuirse a las situaciones en las 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 períodos de guardia, deben considerarse comprendidas en el ejercicio de sus funciones" (ap. 59).

Por el contrario, no ocurre lo mismo cuando el trabajador no está obligado a permanecer en un lugar concreto fijado por la empresa, y lo que realiza es "una guardia según el sistema de guardia localizada", que implica que esté accesible permanentemente y a disposición de la empresa para atender cualquier eventualidad, pero dispone sin embargo de plena libertad deambulatoria y puede "administrar su tiempo con menos limitaciones y dedicarse a sus intereses personales", en cuyo caso "sólo debe considerarse "tiempo de trabajo" en el sentido de la Directiva 2003/88 el tiempo dedicado a la prestación efectiva de servicios" (ap. 60).

La aplicación de este criterio al caso enjuiciado en el asunto Matzak, es lo que llevó al TJUE a considerar que la guardia de disponibilidad era tiempo de trabajo, porque el trabajador "no sólo debía estar localizable durante sus tiempos de guardia", sino que además "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", incluso en el caso de que ese lugar fuese su propio domicilio particular (ap.61), en tanto que "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. Paulino de dedicarse a sus intereses personales y sociales. (ap.63).

Esto último es lo que determina que el Tribunal considerase en aquel caso que la guardia de disponibilidad era tiempo de trabajo, porque esa situación no es la misma de aquellos trabajadores que "durante su servicio de guardia, simplemente debe estar a disposición de su empresario a los efectos de que éste pueda localizarle" (ap. 64).

Y aquí es donde viene la conclusión que finalmente alcanza la sentencia, al afirmar que "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" (ap. 65).

4.- De la imparcial lectura de la sentencia del TJUE se desprende que las guardias de disponibilidad se consideran tiempo de trabajo cuando obligan al trabajador a permanecer en las instalaciones de la empresa, o en cualquier otro lugar designado por el empleador -incluido el propio domicilio-, para acudir en un breve plazo de tiempo al requerimiento empresarial, y que se desenvuelven por lo tanto en condiciones que limitan su libertad de deambulación e impiden administrar a voluntad el tiempo para poder dedicarse a sus intereses personales y a la libre realización de aquellas actividades que considere oportunas.

Aquí es donde justamente reside la clave para decidir si constituye tiempo de trabajo o de descanso el periodo de prestación de las guardias de disponibilidad, en atención a las específicas condiciones en las que debe desarrollarse.

Será tiempo de trabajo cuando la guardia exige la obligada permanencia en un determinado espacio físico y dar respuesta inmediata en caso de necesidad, porque en tales circunstancias el trabajador se encuentra en el ejercicio de sus funciones laborales.

Mientras que se considerarán como tiempo de descanso, si el trabajador puede dedicarse a las actividades personales y de ocio que libremente quisiera realizar, en los que solo será tiempo de trabajo el dedicado a la prestación efectiva de servicios que requiera la intervención necesaria para atender la incidencia.

La traslación de estos criterios al caso de autos obliga a la desestimación del segundo de los motivos del recurso, puesto que ha quedado probado que los trabajadores no están obligados a permanecer en ningún concreto lugar durante las guardias de disponibilidad, ni tampoco a atender la incidencia en un determinado



y breve plazo temporal desde que reciben el aviso, por lo que pueden dedicarse libremente a las actividades sociales, personales y de ocio que estimen oportunas.

A lo que en este concreto supuesto se añade que la mayoría de las incidencias se resuelven mediante una llamada de teléfono o en remoto a través del ordenador, y solo excepcionalmente es necesario el desplazamiento al centro de la empresa o al de los clientes.

Finalmente, la empresa compensa con tiempo de descanso el que pudiere emplear el trabajador en la atención de llamadas e intervención para la resolución de las incidencias que se presentan durante la guardia, y percibe además la retribución pactada como complemento de disponibilidad a tal efecto.

No hay razón por lo tanto para considerar como tiempo de trabajo los periodos de guardia de disponibilidad en los que no hay intervención.

QUINTO. 1.- Como viene en admitir la propia recurrente, el motivo tercero del recurso no puede prosperar una vez que hemos rechazado que las guardias de disponibilidad se califiquen como tiempo de trabajo.

Denuncia infracción de los arts. 34, 35 y 37 ET, para sostener que los periodos de guardia se computen a la hora de fijar los descansos semanales y diarios entre jornadas, así como en la realización de horas extraordinarias, debiendo facilitarse a los representantes de los trabajadores la información oportuna sobre el registro de jornada a estos efectos.

Puesto que ya hemos dicho que solo debe considerarse como tiempo de trabajo el empleado en las intervenciones y en la atención de llamadas sin intervención, debe desestimarse la pretensión con la que se quiere contabilizar a todos los efectos como tiempo de trabajo la totalidad del periodo de guardia de disponibilidad que se corresponde con periodos de descanso.

SEXTO. 1.- El cuarto y último motivo del recurso denuncia infracción del art. 14 CE, para solicitar que las compensaciones económicas previstas en el acuerdo de disponibilidad para las intervenciones de los trabajadores que realizan el retén, sean las mismas que se han pactado para los que hacen guardia de disponibilidad.

2.- La desigualdad de trato que proscribe el art. 14 CE, exige que las situaciones jurídicas en comparación resulten sustancialmente iguales y no exista ninguna justificación para aplicar un diferente tratamiento a una y otra.

En aplicación de este principio a las diferencias retributivas que puedan presentarse entre trabajadores que prestan servicios para un mismo empleador, lo esencial es atender a las circunstancias concretas de la prestación laboral de cada uno de los colectivos cuya comparación se pretende, para discernir si concurren elementos que justifiquen de manera objetiva y razonable esa desigualdad.

Recordemos los principios en esta materia de los que se hacen eco, entre otras muchas, la STS 22/10/2019, rcud.1288/2018, citando las anteriores SSTs de 21 de octubre de 2014 (rec 308/2013) y 17 de noviembre de 2009 (rec 12/2019), en aplicación del art. 14 C.E en el ámbito de las relaciones laborales: "no puede incurrir el Convenio Colectivo en el establecimiento de diferencias en el trato de los trabajadores, "a menos que tales diferencias sean razonables, objetivas, equitativas y proporcionadas, estando el convenio colectivo facultado para establecer determinadas diferencias en función de las particulares circunstancias concurrentes en cada caso, sin que cuando se trata de la retribución del trabajo quepan las generalizaciones, de manera que el principio general a tener en cuenta es el de igual retribución a trabajo de igual valor, como ordena el art. 28 del ET, y en principio está desprovista de toda fundamentación razonable la inclusión en el convenio colectivo de diferencias salariales en atención únicamente a la fecha de la contratación".

3.- Lo que en el caso de autos impone la desestimación de la pretensión ejercitada por los recurrentes, porque son muy diferentes las condiciones en las que los trabajadores desempeñan las guardias de disponibilidad y el retén, lo que justifica perfectamente que se haya pactado un diferente sistema retributivo para quienes realizan unas y otras funciones.

Mientras que los trabajadores asignados a la guardia de disponibilidad están obligados a intervenir en las condiciones y términos que ya hemos expuesto anteriormente, los que desempeñan funciones de retén actúan en un segundo nivel, más excepcionalmente y de forma subsidiaria, tan solo para dar soporte telefónico y técnico a los anteriores, en aquellos casos en los que no pudieren hacerse cargo en un determinado momento de alguna específica incidencia de las que se suscitan durante la guardia de disponibilidad.

Esto hace evidente los trabajadores en guardia de disponibilidad están obligados a atender muchas más incidencias y a resolver en consecuencia mayor número de llamadas e intervenciones que los de retén, cuya



actuación es de carácter esporádico y tan solo se activa para ayudar a los otros trabajadores en aquellos singulares casos en los que necesiten su apoyo.

Lo que determina que las guardias de disponibilidad resulten más gravosas y exigentes que las de retén, porque interfieren con mayor intensidad en la vida personal y social de los trabajadores durante ese periodo de descanso, como consecuencia de la mayor frecuencia con la que se requieren sus servicios para actuar en ese primer nivel durante el que deben afrontar además las incidencias desde su inicio frente al cliente o la empresa.

Dado que el complemento de disponibilidad consiste en el pago de una única cantidad, con independencia del número de incidencias que puedan presentarse durante la guardia, al menos hasta un cierto número mínimo de intervenciones y llamadas, es razonable que se haya fijado en una cuantía superior al de retén, en la lógica consideración de que el desempeño de esas guardias es más exigente y puede generar la necesidad de atender un elevado número de incidencias, mientras que el retén solo ha de intervenir ocasionalmente si los otros trabajadores lo necesitan.

Se dice en el recurso que la desigualdad retributiva alegada se refiere exclusivamente a las intervenciones del retén - que no a la atención telefónica-, y que tales intervenciones son más complejas que las del personal de guardia y por ese motivo no pueden tener una inferior retribución.

Pone de esta forma el acento en la posible dificultad de la intervención, más que en la interferencia que supone en el normal desenvolvimiento de la vida personal y familiar durante los periodos de descanso.

Argumento inatendible, porque olvida que la finalidad esencial de las retribuciones en las guardias de disponibilidad es la de compensar la grave distorsión que supone para el trabajador la interrupción intempestiva de los periodos de descanso, con la importante incidencia que esto tiene en la planificación y disfrute de las actividades que pudiese estar desarrollando durante esos periodos, e incluso en la simple programación anticipada de las mismas a expensas de la guardia.

Se retribuye de esta forma la mayor onerosidad y gravamen que comporta para el trabajador la obligación de estar expuesto a la atención de un elevado número de incidencias durante sus periodos de descanso, lo que es obvio que incide con mayor intensidad en los trabajadores del primer nivel de las guardias de disponibilidad.

La complejidad de la actuación de uno y otro colectivo es acorde a la cualificación, preparación, y competencias profesionales de cada uno de estos grupos de trabajadores, lo que no supone para los de retén una mayor onerosidad por la superior o inferior complejidad que presente la incidencia, cuya dificultad será proporcional y ajustada al nivel técnico del que dispone para su resolución.

A lo que es necesario añadir que no estamos analizando una decisión o actuación unilateral de la empresa, sino un acuerdo colectivo pactado con los representantes legales de los trabajadores, que obviamente disponen de un perfecto conocimiento de las dificultades y el gravamen que supone la realización de cada una de estas dos diferentes clases de guardias de localización, y en función de esos parámetros han pactado de mutuo acuerdo con la empresa la cuantía de la pertinente contraprestación para cada una de ellas. Estando justificado, de una manera perfectamente lógica y razonable, que en ese acuerdo hayan optado por conceder mayor relevancia al factor cuantitativo y no al cualitativo, de la intervención de uno y otro colectivo, puesto que se trata de compensar las interferencias que supone la guardia de disponibilidad en la vida de los trabajadores.

Distinto sería si se hubiere acreditado que la actuación del personal de retén se produce en condiciones sustancialmente iguales a los de la guardia de disponibilidad, con similar gravamen, intensidad y frecuencia, y con mismo nivel de afectación a su vida personal y familiar durante los periodos de descanso.

Pero no solo no hay dato alguno que avale esa similitud entre las tareas de unos y otros, sino que hasta el propio recurso acepta que la intervención del retén es de carácter mucho más ocasional y excepcional, lo que impide que pueda apreciarse identidad suficiente como para que pudiese considerarse vulnerado el derecho a la igualdad de trato del art. 14 CE.

SÉPTIMO. De acuerdo con lo razonado y de conformidad con el Ministerio Fiscal, debemos desestimar el recurso y confirmar en sus términos la sentencia de instancia. Sin costas.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido desestimar el recurso de casación interpuesto por la Federación de Sindicatos de Banca de la Confederación General del Trabajo (FESIBAC-CGT), contra la sentencia dictada el 20 de septiembre de 2018, por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, en demanda de conflicto colectivo 125/2018, seguida a su instancia frente a Capgemini España, S.L., el sindicato Comisiones Obreras (CCOO) y el sindicato Unión General de



Trabajadores (UGT), siendo citado en su condición de interesado, el sindicato Central Sindical Independiente y de Funcionarios (CSI-F), para confirmar en sus términos la sentencia recurrida y declarar su firmeza. Sin costas.

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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ