



Roj: **SAN 3511/2018** - ECLI: **ES:AN:2018:3511**

Id Cendoj: **28079240012018100131**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **20/09/2018**

Nº de Recurso: **125/2018**

Nº de Resolución: **137/2018**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **RAMON GALLO LLANOS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

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

AUD.NACIONAL SALA DE LO SOCIAL

MADRID

SENTENCIA: 00137/2018

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Social

Letrada de la Administración de Justicia

D^a. MARTA JAUREGUIZAR SERRANO

SENTENCIA N^o: 137/18

Fecha de Juicio: 18/9/2018

Fecha Sentencia: 20/9/2018

Fecha Auto Aclaración:

Tipo y núm. Procedimiento: CONFLICTOS COLECTIVOS 0000125 /2018

Proc. Acumulados:

Ponente: D. RAMÓN GALLO LLANOS

Demandante/s: SINDICATO FESIBAC-CGT

Demandado/s: CAPGEMINI ESPAÑA, SL, SINDICATO CCOO, SINDICATO CSI-F, SINDICATO UGT, MINISTERIO FISCAL

Resolución de la Sentencia: DESESTIMATORIA

-

AUD.NACIONAL SALA DE LO SOCIAL

-GOYA 14 (MADRID)

Tfno: 914007258

Equipo/usuario: GCM

NIG: 28079 24 4 2018 0000138

Modelo: ANS105 SENTENCIA

**CCO CONFLICTOS COLECTIVOS 0000125 /2018****Ponente Ilmo/a. Sr/a:** D. RAMÓN GALLO LLANOS

SENTENCIA

ILMO/A. SR./SRA.PRESIDENTE:

D . RICARDO BODAS MARTÍN

ILMOS/AS. SRES./SRAS. MAGISTRADOS/AS:

Dª. EMILIA RUIZ JARABO QUEMADA

D. RAMÓN GALLO LLANOS

En MADRID, a veinte de septiembre de dos mil dieciocho.

La Sala de lo Social de la Audiencia Nacional compuesta por los Sres./as. Magistrados/as citados al margen y

EN NOMBRE DEL REY

Han dictado la siguiente

SENTENCIA

En el procedimiento CONFLICTOS COLECTIVOS 125 /2018 seguido por demanda de SINDICATO FESIBAC-CGT (Letrada Dª Laura de Gregorio González) contra CAPGEMINI ESPAÑA SL (Letrado D. Jesús David García Sánchez), SINDICATO CCOO (No comparece), SINDICATO CSI-F (No comparece), SINDICATO UGT (No comparece) sobre CONFLICTO COLECTIVO. Ha sido Ponente el Ilmo./a. Sr./a. D./ña. RAMÓN GALLO LLANOS.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Según consta en autos, el día 17 de mayo de 2018 se presentó demanda por CGT sobre conflicto colectivo, dicha demanda fue registrada bajo el número 125/2018.

Segundo.- Por Decreto de fecha 21 de mayo 2018 se señaló el día 4 de julio de 2018 para la celebración de los autos de conciliación y juicio.

Previa petición de las partes por D.O de 13 de junio de 2018 se acordó la suspensión del señalamiento, fijando como fecha para los actos de conciliación y, en su caso, juicio el día 18 de septiembre de 2018.

Tercero.- Los actos de conciliación y juicio, tuvieron lugar el día previsto para su celebración, y resultando la conciliación sin avenencia, se inició el acto del juicio en el que:

La letrado de CGT se afirmó y ratificó en su escrito de demanda, si bien modificó el orden de las peticiones del suplico de la misma y solicitó se dictase sentencia en 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

Argumentó en sustento de su petición que el sindicato actor tiene suficiente implantación en el ámbito de la empresa la cual rige las relaciones con sus trabajadores con arreglo al XVII Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Consultoría y Estudios de mercado de la Opinión Pública; que la empresa viene aplicando el



denominado "Acuerdo de disponibilidades" suscrito en 2.005 por la mercantil demandada, UGT y CCOO, el cual distingue 4 niveles de disponibilidad: 1.- disponibilidad o guardia, llamada sin intervención, intervención e intervención planificada, admitiendo el acuerdo que la disponibilidad puede ser diaria, de fin de semana o semanal, previéndose la voluntariedad de la adscripción al acuerdo como regla general, pero también la posibilidad de adscripción unilateral por la empresa.

Adujo que el acuerdo adolecía de ilegalidad por cuanto que todo el tiempo de disponibilidad incluyendo el de mera guardia, debe ser considerado como de trabajo efectivo, con arreglo a la doctrina sentada por la STJUE de 21-2-2018 interpretando el art. 2 de la Directiva 2003/88 CE, y que el acuerdo no respeta en consecuencia los descansos diarios y semanal previstos en los arts.34 y 27 del E.T.

Añadió que el referido acuerdo, al permitir la adscripción unilateral de trabajadores por parte de la empresa vulnera el art. 35.4 E.T pues su ejecución implica la realización de horas extras.

Consideró que la diferente retribución respecto de las retribuciones del primer y segundo nivel de retén resultaban discriminatorias por cuanto que por un mismo trabajo se estaban abonando cantidades diversas

Finalmente, refirió que finalmente, la empresa no facilita a la representación de los trabajadores y, por ende, al sindicato al que represento, la información relativa a la realización de horas extraordinarias como consecuencia del cumplimiento de estas guardias, esto es, 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 se prevé, en el artículo 35, apartados 4 y 5 del Estatuto de los Trabajadores y en la Disposición Adicional Tercera del RD 1561/1995, de 21 de septiembre

El letrado de la empresa solicitó el dictado de sentencia desestimatoria de la demanda, admitiendo la implantación del actor, el convenio aplicable, y el texto del acuerdo, matizó que se trataba de un acuerdo de flexibilidad y distribución irregular de la jornada, que había funcionado exitosamente, habiendo sido modificado con posterioridad a la presentación de la demanda.

Dando respuesta a las peticiones de la demandada, consideró que el tiempo invertido en intervenciones era considerado como tiempo de trabajo efectivo, no así el de mera guardia en el que el trabajador se encuentra dotado con un portátil conectable a internet con línea propia, y un teléfono móvil, considerando que el supuesto actual no era idéntico al resuelto en la STJUE referenciada, y que así lo avalaba cuantiosa doctrina jurisprudencial.

Añadió que el tiempo invertido en las intervenciones se compensaba por descanso en el día hábil siguiente salvo que el trabajador de forma voluntaria deseara acumularlo.

Refirió que el convenio sectorial prevé una jornada de 1800 horas, que en la empresa se planifica esta jornada anual con arreglo a 1784 si bien no se realizan más de 1740 o 1750 horas y que el tiempo medio que cada trabajador invierte en una intervención no sobrepasa las 44 horas de media, que siendo la adscripción voluntaria, como regla general, a lo largo de la vigencia del acuerdo ha habido tres solicitudes de abandono del mismo que han sido atendidas por la empresa.

Negó la existencia de discriminación entre retenes de primer y segundo grado, en atención a las distintas funciones, y a la excepcionalidad de las intervenciones del retén de segundo grado, cuya intervención se limita a llamadas no atendidas o aquellos casos en los que el personal del retén de primer grado no puede solventar la incidencia.

Seguidamente , se procedió a la proposición y práctica de la prueba acordándose y practicándose la documental, tras lo cual las partes elevaron sus conclusiones a definitivas.

Cuarto.- De conformidad con lo dispuesto en el *artículo 85.6 LRJS* se precisa que los hechos controvertidos y pacíficos fueron los siguientes:

Hechos controvertidos:- - El acuerdo de distribución irregular es un sistema guardias localizadas. - Los trabajadores conocen disponibilidad anticipadamente. - Las intervenciones se actualizan cuando se producen incidencias importantes, máquinas platino, máquinas oro. - Al día siguiente se descansa el tiempo utilizado en cada intervención. - Es excepcional cuando un trabajador quiere acumular descansos. - El 100% de incidencias se resuelve por móvil o portátil. Excepcionalmente hay que acudir al cliente. - En el acuerdo se ha creado una mesa para informar a la RLT de la gestión del sistema de disponibilidades. - De 4.000 trabajadores en la empresa en régimen de disponibilidad hay 700. - El tiempo medio de intervención son 44 o 45 horas anuales.- Todos los trabajadores que se incorporan a ese sistema suscriben el pacto correspondiente y firman el acuerdo de disponibilidad. - Desde 2.005 hasta ahora solo ha habido 3 solicitudes de abandono.

- La intervención del retén es excepcional.



Hechos conformes: -Los hechos 1º, 2º, 9º son pacíficos. - El acuerdo de disponibilidad de mayo 2005 con vigencia hasta febrero 2.007 prorrogándose tácitamente. - CGT denunció acuerdo Disponibilidad a la IT hubo informe y no se levantó acta. - CGT promovió SIMA en abril 2.018, no se alcanzó acuerdo. Posteriormente se negoció con sindicatos CCOO, UGT, y CSIF que suponen el 90,8% de representatividad. - El nuevo acuerdo mejora el sistema de adscripción y baja a la disponibilidad - Los trabajadores que prestan servicio de disponibilidad tiene móvil y ordenador con conexión a red. - No se exige que haya repuesta en tiempo predeterminado - 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. - La disponibilidad pivota sobre dos niveles: una de guardia y otra de reten. El retén interviene cuando no funciona la guardia, porque no sabe solventar el problema o si está desbordado.

Quinto .- En la tramitación de las presentes actuaciones se han observado todas las formalidades legales.

HECHOS PROBADOS.-

PRIMERO. - 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-.

SEGUNDO. - 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-.

TERCERO. -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.

CUARTO.- 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.

QUINTO. - 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-.

SEXTO. - A fecha 3-9-2.018 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-.

SÉPTIMO. - 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-.

OCTAVO. - - 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.

FUNDAMENTOS DE DERECHO. -

PRIMERO. - La Sala de lo Social de la Audiencia Nacional es competente para conocer del presente proceso de conformidad con lo dispuesto en los *artículos 9, 5 y 67 de la Ley Orgánica 6/85, de 1 de julio, del Poder Judicial*, en relación con lo establecido en los *artículos 8.1 y 2 g) de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social*.

SEGUNDO. - De conformidad con lo prevenido en el artículo 97, 2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, la redacción de la resultancia fáctica de la presente resolución descansa bien en hechos conformes, bien en las fuentes de prueba que en cada uno de los ordinales se señalan.

TERCERO.- En el primero de los puntos del suplico de la demanda tal y como han resultado ordenados en el acto de la vista por parte de CGT se solicita que se declare 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 y que se proceda a la inclusión en el Acuerdo de disponibilidades de los límites de manera que se respete el descanso del trabajador, lo que funda en la interpretación que la STJUE de 21-2-2018 ha efectuado del art. 2 de la Directiva 2003/88 de 4 de noviembre sobre determinados aspectos de ordenación del tiempo de trabajo. La empresa se opone a la estimación de esta petición en la consideración que no concurren en el presente caso las circunstancias que concurrían en el caso allí examinado, y que aplicando la doctrina del TJUE que en dicha resolución se refiere así como la jurisprudencia interna debe rechazarse la petición.

Para resolver esta cuestión hemos de partir del contenido del art. 34.5 E.T (*"" El tiempo de trabajo se computará de modo que tanto al comienzo como al final de la jornada diaria el trabajador se encuentre en su puesto de*



trabajo2) que nos proporciona el concepto de tiempo de trabajo efectivo en el derecho interno, según el cual la jornada de trabajo empieza a computarse desde el momento en que el trabajador se encuentre en su puesto de trabajo. Al socaire de este precepto la Doctrina jurisprudencial, ha venido admitiendo con relación a los servicios de guardia, como es el que ahora se examina, que no se considere tiempo de trabajo efectivo el tiempo en que un trabajador se encuentre en guardia de localización durante aquel periodo en el que trabajador no preste trabajo efectivo, ni se encuentre presencialmente en el centro de trabajo (STS de 8-10- 2003, rec 10/2.002) .

En el Derecho de la UE el concepto de tiempo de trabajo aparece reflejado en el art. 2 de la Directiva 2003/88 ya referenciada que señala que a los efectos de dicha directiva el tiempo de trabajo se computará de modo que tanto al comienzo como al final de la jornada diaria el trabajador se encuentre en su puesto de trabajo. Interpretando dicho precepto en el punto 4 de su fallo la STJUE DE 21-2-2015 dictada en el Asunto C-518/15 (**Matzak**) resolvió que dicho precepto 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". Para comprobar si dicha doctrina del TJUE ha de implicar una variación del criterio jurisprudencial interno expuesto que resulta perfectamente aplicable al presente caso en un caso como el que nos ocupa resulta ilustrativo reproducir los fundamentos 53 a 66 de dicha Sentencia, en los que aborda la cuestión que se responde en la forma referida:

"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, C303/98 , EU:C:2000:528 , apartado 47, y de 10 de septiembre de 2015, Federación de Servicios Privados del sindicato Comisiones Obreras, C266/14, 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 Ade más, 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, C14/04, 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, C303/98 , 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 períodos mínimos de descanso y de períodos de pausa adecuados (véase, en este sentido, la sentencia de 3 de octubre de 2000, Simap, C303/98 , 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 períodos de guardia, deben considerarse comprendidas en el ejercicio de sus funciones (véanse, en este sentido, la sentencia de 9 de septiembre de 2003, Jaeger, C151/02, EU:C:2003:437 , apartado 63, y el auto de 4 de marzo de 2011, Grigore, C258/10, no publicado, EU:C:2011:122 , apartado 53 y jurisprudencia citada).



60 *Fin almente, 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, C151/02, 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. Hermenegildo 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. Hermenegildo 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, C266/14, EU:C:2015:578, apartado 27).*

63 *Pue s 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. Hermenegildo de dedicarse a sus intereses personales y sociales.*

64 *Hab ida cuenta de tales limitaciones, la situación del Sr. Hermenegildo 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».*

Con arreglo a lo expuesto, es claro que mantiene su vigencia la doctrina jurisprudencial expresada en cuanto a las denominadas "guardias localizadas", y que en el caso que ahora examinamos la primera de las pretensiones formuladas no ha de merecer favorable acogida. En efecto, el personal al que se le aplica el Acuerdo de disponibilidades, mientras se encuentra se encuentra en el nivel, únicamente ha de estar disponible y localizable sin que se fije un plazo mínimo de disponibilidad para realizar las intervenciones que le sean requeridas, sin que tal exigencia implique más que estar pendiente de la terminal de telefonía móvil que le proporciona la empresa, sin que se le exija la presencia en un lugar determinado, ni en las proximidades del mismo, ya que al no fijarse un plazo mínimo para el inicio de la intervención- que en la práctica totalidad de los casos consta que se efectúa desde el propio lugar en que se encuentra el trabajador- prácticamente no ve mermadas ni su libertad ambulatoria, ni las posibilidades de dedicar tiempo al descanso y a sus inquietudes personales y sociales.

Y este primero de los pedimentos debe decaer, máxime cuando la actora no ha acreditado en modo alguno que la aplicación del acuerdo implique privación para los trabajadores de los descansos semanales y diarios establecidos en el art. 34.3 y 37.1 del Estatuto de los Trabajadores.

CUARTO. - En el segundo de los pedimentos del suplico de la demanda se solicita " 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"(sic.). Petición a la que se opone la empresa sosteniendo que la jornada programada en la misma en sensiblemente



inferior a la fijada en el convenio sectorial (1740/ 1750 horas frente a 1800), y que las horas dedicadas a intervención son compensadas por descanso con arreglo al acuerdo.

Al respecto debemos traer a colación la literalidad de los dos primeros apartados tanto del art 34 como del art. 35 del E.T que disponen:

Artículo 34. Jornada.

" 1. La duración de la jornada de trabajo será la pactada en los convenios colectivos o contratos de trabajo.

La duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo será de cuarenta horas semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual.

2. Mediante convenio colectivo o, en su defecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, se podrá establecer la distribución irregular de la jornada a lo largo del año. En defecto de pacto, la empresa podrá distribuir de manera irregular a lo largo del año el diez por ciento de la jornada de trabajo.

Dicha distribución deberá respetar en todo caso los periodos mínimos de descanso diario y semanal previstos en la ley y el trabajador deberá conocer con un preaviso mínimo de cinco días el día y la hora de la prestación de trabajo resultante de aquella.

La compensación de las diferencias, por exceso o por defecto, entre la jornada realizada y la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo legal o pactada será exigible según lo acordado en convenio colectivo o, a falta de previsión al respecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores. En defecto de pacto, las diferencias derivadas de la distribución irregular de la jornada deberán quedar compensadas en el plazo de doce meses desde que se produzcan."

Artículo 35. Horas extraordinarias.

"1. Tendrán la consideración de horas extraordinarias aquellas horas de trabajo que se realicen sobre la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo, fijada de acuerdo con el artículo anterior. Mediante convenio colectivo o, en su defecto, contrato individual, se optará entre abonar las horas extraordinarias en la cuantía que se fije, que en ningún caso podrá ser inferior al valor de la hora ordinaria, o compensarlas por tiempos equivalentes de descanso retribuido. En ausencia de pacto al respecto, se entenderá que las horas extraordinarias realizadas deberán ser compensadas mediante descanso dentro de los cuatro meses siguientes a su realización.

2. El número de horas extraordinarias no podrá ser superior a ochenta al año, salvo lo previsto en el apartado 3.

3. Para los trabajadores que por la modalidad o duración de su contrato realizasen una jornada en cómputo anual inferior a la jornada general en la empresa, el número máximo anual de horas extraordinarias se reducirá en la misma proporción que exista entre tales jornadas.

A los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, no se computarán las horas extraordinarias que hayan sido compensadas mediante descanso dentro de los cuatro meses siguientes a su realización."

Siendo un hecho pacífico que en la empresa se programa un número de horas con arreglo al horario normal u ordinario inferiores a las previstas en el Convenio sectorial- 1740 o 1750-, y sentado que las horas de mera disponibilidad por encontrarse el trabajador en guardia localizada no se corresponden horas de trabajo efectivo si no llega a producirse una intervención del trabajador, y contemplándose en el texto del acuerdo de 2.005 que 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, no puede hablarse que la ejecución de las mismas implique la realización de horas extraordinarias puesto que está previsto que se descansen en el mes siguiente a su realización, debe considerarse en todo caso que el Acuerdo de disponibilidades como ha puesto de manifiesto el letrado de la demandada, no es otra cosa que un acuerdo de distribución irregular de la jornada de los previstos en el art. 34.2 del E.T, sin que la ejecución las intervenciones durante las guardias de disponibilidad haya de implicar la realización de horas extraordinarias.

QUINTO.- En tercer lugar se solicita por la actora 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, en la consideración de que la diferente retribución entre a los trabajadores que prestan disponibilidad en primer nivel y los de retén supone una diferencia de trato por cuanto que estos últimos realizan las mismas intervenciones que los de primer nivel, lo cual implicaría una vulneración del principio de igualdad que proclama el art. 14 .1 CE,

Para que se produzca vulneración del principio de igualdad retributiva entre dos colectivos, es presupuesto necesario, que amen de existir diferentes retribuciones entre las que percibe un colectivo y las que percibe el



otro, exista una homogeneidad en los términos de la comparación, lo que trasladado a nuestro caso, implica que las funciones que realiza uno y otro colectivo sean las mismas. Pues no toda desigualdad de trato supone una infracción del principio de igualdad sino que dicha infracción la produce sólo aquella desigualdad que introduce una diferencia entre situaciones que pueden considerarse iguales y que carece de una justificación objetiva y razonable (Ss.TCo 36/1987; 200/20 01).

Y en nuestro caso, de la literalidad del acuerdo y de lo que ha resultado probado, resulta que las intervenciones que realiza el personal adscrito a retén amen de ser de carácter excepcional, son sustancialmente diferentes a las que realiza el personal del primer nivel, ya que los de aquellos de un lado implican dan soporte técnico a las llamadas atendidas por aquello y, por otro lado, atender aquellas intervenciones que, por su complejidad, no pueden ser atendidas por el personal del primer nivel, por ello y tal y como ha defendido el letrado de la empresa y ha informado el Ministerio Fiscal, esta pretensión no puede ser estimada.

SEXTO.- En el último de los puntos del suplico de la demanda se solicita que " 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 ." (sic.), pedimento al que se opone la demandada negando que en la empresa se efectúen horas extraordinarias.

Para que resulte exigible judicialmente al empresario por parte de los RRTT de la información a que se refieren los arts. 35.5 E.T y el apartado b) del la Disposición Adicional Tercera del RD 1561/1995 es presupuesto necesario que quién reclame el cumplimiento de dicha obligación acredite que en la empresa se realizan horas extraordinarias (en este sentido cabe citar la doctrina de la STS de 18-6-2.013- rco 99/2012, y que se reitera en la STS de 23-3-2017- rco 81/2016). Pues bien, en el presente caso la actora no ha colmado con dicha carga procesal, lo que de conformidad con el art. 217.2 de la LEC deberá aparejar la desestimación de la pretensión.

Por otro lado, de la prueba practicada por la demandada se acredita todo lo contrario por cuanto:

- a.- como ya se ha dicho el horario se establece en los centros de trabajo de la empresa bastante por debajo de la jornada máxima del convenio (entre 60 y 50 horas menos anualmente);
- b.- el tiempo medio empleado en las intervenciones anualmente supone unas 44 horas de media por trabajador;
- c.- dichas intervenciones, se compensan por descanso en el mes siguiente a su realización conforme al acuerdo.

SÉPTIMO.- Por todo lo anterior, se desestimará la demanda deducida.

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

FALLAMOS

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.

Notifíquese la presente sentencia a las partes advirtiéndoles que, contra la misma cabe recurso de Casación ante el Tribunal Supremo, que podrá prepararse ante esta Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en el plazo de CINCO DÍAS hábiles desde la notificación, pudiendo hacerlo mediante manifestación de la parte o de su abogado, graduado social o representante al serle notificada, o mediante escrito presentado en esta Sala dentro del plazo arriba señalado.

Al tiempo de preparar ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional el Recurso de Casación, el recurrente, si no goza del beneficio de Justicia gratuita, deberá acreditar haber hecho el depósito de 600 euros previsto en el art, 229.1.b de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , y, en el caso de haber sido condenado en sentencia al pago de alguna cantidad, haber consignado la cantidad objeto de condena de conformidad con el art, 230 del mismo texto legal , todo ello en la cuenta corriente que la Sala tiene abierta en el Banco de Santander Sucursal de la Calle Barquillo 49, si es por transferencia con el nº 0049 3569 92 0005001274 haciendo constar en las observaciones el nº 2419 0000 00 0125 18; si es en efectivo en la cuenta nº 2419 0000 00 0125 18, pudiéndose sustituir la consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario, en el que conste la responsabilidad solidaria del avalista.

Llévese testimonio de esta sentencia a los autos originales e incorpórese la misma al libro de sentencias.

Así por nuestra sentencia lo pronunciamos, mandamos y firmamos.