

Declara el TSJ de Madrid que no se puede reclamar el derecho a la desconexión digital si el trabajador cobra el plus de disponibilidad

Se confirma la sentencia que desestimó la demanda de conflicto colectivo planteada en la que los trabajadores afectados solicitaban que se respetase el II Convenio Colectivo de la Industria de Producción Audiovisual (Técnicos) de forma que, salvo circunstancias de fuerza mayor o excepcionales, la jornada se había de establecer con una antelación mínima de 12 horas respecto de la hora a la que fueran a ser convocados y que se declarase la obligación empresarial de respetar los tiempos de descanso de los trabajadores y que no recibieran mensajes de carácter laboral durante dichos descansos.

Tal y como ha quedado acreditado, en el presente caso no se puede tramitar la demanda a través de un proceso de conflicto colectivo, pues, si bien es cierto que se produjeron avisos sin cumplir con 12 horas de antelación, sin embargo, no son de tal entidad a los efectos del art. 153 de la LRJS. En cuanto al derecho de los trabajadores a la intimidad en relación con el entorno digital y a la desconexión, todos los trabajadores cobran un plus de disponibilidad, por lo que, si la empresa está facultada a poder llamarles para llevar a cabo cambios de jornada las 12 horas previas a tener que realizar un servicio, esto implica que en ocasiones tendrá que hacerlo en los tiempos de descanso y si el trabajador cobra dicho plus debe estar disponible.

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID

Sala de lo Social

Sección 5.ª

Sentencia 453/2023, de 17 de julio de 2023

RECURSO Núm: 136/2023

Ponente Excmo. Sr. MARIA AURORA DE LA CUEVA ALEU

En Madrid a diecisiete de julio de dos mil veintitrés habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección 5 de la Sala de lo Social de este Tribunal Superior de Justicia, compuesta por las **Ilmas. Sras.** citadas, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A

En el Recurso de Suplicación 136/2023, formalizado por el/la LETRADO D. MIGUEL ONA BOSQUE en nombre y representación de CENTRAL SINDICAL INDEPENDIENTE Y DE FUNCIONARIOS CSI-CSIF, contra la sentencia de fecha 26 de octubre de 2022 dictada por el Juzgado de lo Social n.º 05 de Madrid en sus autos número 531/2022, seguidos a instancia de CENTRAL SINDICAL INDEPENDIENTE Y DE

FUNCIONARIOS CSI-CSIF frente a CBM SERVICIOS AUDIOVISUALES SL y COMISIONES OBRERAS, en reclamación sobre conflicto colectivo, siendo Magistrada-Ponente la Ilma. Sra. Dña. MARIA AURORA DE LA CUEVA ALEU, y deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Según consta en los autos, se presentó demanda por la citada parte actora contra la mencionada parte demandada, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, tras los pertinentes actos procesales de tramitación y previa celebración de los oportunos actos de juicio oral, en el que quedaron definitivamente configuradas las respectivas posiciones de las partes, dictó la sentencia referenciada anteriormente.

SEGUNDO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos en calidad de expresamente declarados probados:

"PRIMERO.- CBM SERVICIOS AUDIOVISUALES SL tiene adjudicado el servicio ENG para Radiotelevisión Madrid SA para atender a grabaciones y directos tanto con la participación de RTVM, como de forma autónoma, en cuyo caso el servicio de ENG incluirá todas las acciones necesarias para la captación, transmisión y entrega de imágenes y sonido a RTVM de contenidos en directo o materiales grabados

SEGUNDO.- Este servicio desde el punto operativo distingue entre:

- Servicio ENG estándar: con cobertura de 8 horas diarias, continuadas o divididas en dos sesiones, para la prestación de servicios ENG con independencia de días laborables o festivos con flexibilidad de horas de inicio y fin, en función de las necesidades de RTVM.
- Servicio ENG extendido. De iguales características que el estándar pero con 10 horas de duración.
- Servicio ENG integral nocturno: para cubrir servicios de forma integral incluyendo el servicio informativo de presentación y comentarios de la noticia, en horario de 0,00 a 6:00 si bien el adjudicatario estará obligado a, conservando el número de horas efectivas, adaptarlo a las necesidades de RTVM

TERCERO.- La empresa tiene 16 centros de trabajo en toda España con un total de 295 trabajadores. El centro de Pozuelo de Alarcón presta el servicio ENG para RTVM y cuenta aproximadamente con 45 trabajadores.

CUARTO.- El centro de Trabajo de Pozuelo de Alarcón tiene 3 delegados sindicales: 2 de CSI- CSIF y uno de CC.OO.

QUINTO.- Es de aplicación al vínculo de la empresa con sus trabajadores el II Convenio Colectivo de la Industria de Producción Audiovisual.

SEXTO.- Todos los trabajadores cobran plus de disponibilidad al amparo del artículo 22 del Convenio Colectivo.

SÉPTIMO.- Entre el 4 de abril de 2.022 y el 8 de octubre de 2.-022 se ha realizado un total 6.627 servicios como consecuencia del contrato con RTVM. En ese mismo período ha precisado de alteración horaria un total de 59 servicios al menos con 12 horas de antelación con carácter general si bien en ocasiones no se llegaba a esas 12 horas.

OCTAVO.- Estos cambios se realizan contactando con el trabajador a través del teléfono de empresa o mail corporativo. Si no contestan se les contacta en su teléfono personal. En caso de que el trabajador decline el encargo, se llama a otro trabajador

NOVENO.- Los trabajadores con jornada a tiempo completa realizan una jornada de 40 horas semanales.

DÉCIMO.- La inspección de trabajo ha llevado a cabo el siguiente requerimiento a la empresa: En ningún caso las excepciones a las 12 horas podrán convertirse en situaciones habituales.

En materia de desconexión digital, se señala que "En caso de que los trabajadores firmen la supresión del consentimiento, CBM solo podrá utilizar los teléfonos móviles puestos a disposición por la empresa y los correos corporativos nunca los dispositivos particulares o privados".

TERCERO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:

"Que desestimando la demanda interpuesta por CENTRAL SINDICIAL INDEPENDIENTE Y DE FUNCIONARIOS CSI- CSIF contra CBM SERVICIOS AUDIOVISUALES SL y COMISIONES OBRERAS debo absolver a los codemandados de los pedimentos de la parte actora."

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte CENTRAL SINDICIAL INDEPENDIENTE Y DE FUNCIONARIOS CSI-CSIF, formalizándolo posteriormente; tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, en unión de la pieza separada de recurso de suplicación, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta Sección en fecha 14/03/2023, dictándose la correspondiente y subsiguiente providencia para su tramitación en forma.

SEXTO: Nombrado Magistrado-Ponente, se dispuso el pase de los autos al mismo para su conocimiento y estudio, señalándose el día 11/07/2023 para los actos de votación y fallo.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia ha desestimado la pretensión contenida en el suplico de la demanda rectora de autos consistente en que se reconozca " 1.º) *El derecho de los trabajadores a que se respete el artículo 17 c) del II Convenio colectivo de la Industria de Producción Audiovisual (Técnicos) (Código de Convenio n.º 9912985) en el sentido de que, salvo en caso de fuerza mayor o circunstancias excepcionales que habrán de ser debidamente probadas por el empresario, el establecimiento de la jornada de trabajo se hará con una antelación mínima de doce horas respecto a la hora en que las personas trabajadoras vayan a ser convocadas en el lugar de citación, declarándose la obligación del empresario de cesar en su práctica habitual de comunicar cambios en los inicios de la jornada diaria sin respetar las doce horas mínimas de antelación.*

2.º) *El derecho de los trabajadores afectados por este conflicto al respeto a la desconexión digital, declarando la obligación empresarial de respetar el tiempo de descanso de los trabajadores en el cual se mantendrán inactivos sus dispositivos o medios de comunicación, de manera que no reciban mensajes de la empresa o de sus compañeros de trabajo por razones laborales.*". Y frente a dicha resolución se alza en suplicación la representación letrada del demandante CENTRAL SINDICIAL INDEPENDIENTE Y DE FUNCIONARIOS CSI- CSIF formulando seis motivos de recurso al amparo de los apartados b) y c) del artículo 193 de la LRJS.

El recurso ha sido impugnado de contrario.

SEGUNDO.- Con destino a la revisión fáctica se formulan tres motivos.

La jurisprudencia viene exigiendo con reiteración, hasta el punto de constituir doctrina pacífica, que para estimarla revisión fáctica es necesario que concurran los siguientes requisitos:

1.º.- Que se señale con precisión cuál es el hecho afirmado, negado u omitido, que el recurrente considera equivocado, contrario a lo acreditado o que consta con evidencia y no ha sido incorporado al relato fáctico.

2.º.- Que se ofrezca un texto alternativo concreto para figurar en la narración fáctica calificada de errónea, bien sustituyendo a alguno de sus puntos, bien complementándolos.

3.º.- Que se citen pormenorizadamente los documentos o pericias de los que se considera se desprende la equivocación del juzgador, sin que sea dable admitir su invocación genérica, ni plantearse la revisión de cuestiones fácticas no discutidas a lo largo del proceso; señalando la ley que el error debe ponerse de manifiesto precisamente merced a las pruebas documentales o periciales practicadas en la instancia.

4.º.- Que esos documentos o pericias pongan de manifiesto, el error de manera clara, evidente, directa y patente; sin necesidad de acudir a conjeturas, suposiciones o argumentaciones más o menos lógicas, naturales y razonables, de modo que sólo son admisibles para poner de manifiesto el error de hecho, los documentos que ostenten un decisivo valor probatorio, tengan concluyente poder de convicción por su eficacia, suficiencia, fehaciencia o idoneidad.

5.º.- Que la revisión pretendida sea trascendente a la parte dispositiva de la sentencia, con efectos modificadores de ésta, pues el principio de economía procesal impide incorporar hechos cuya inclusión a nada práctico conduciría, si bien cabrá admitir la modificación fáctica cuando no siendo trascendente en esta instancia pudiera resultarlo en otras superiores.

En el primero pide se revise el ordinal séptimo de la declaración fáctica; propone la redacción que sigue "Entre el 4 de abril de 2.022 y el 8 de octubre de 2.022 se ha realizado un total 6.627 servicios como consecuencia del contrato con RTVM. En ese mismo período ha precisado de alteración horaria un total de 59 servicios al menos con 12 horas de antelación con carácter general si bien en ocasiones no se llegaba a esas 12 horas no expresándose por la empresa la fuerza mayor o circunstancias excepcionales de dicho cambio".; trata, en definitiva, de adicionar "*no expresándose por la empresa la fuerza mayor o circunstancias excepcionales de dicho cambio*" que al ser un hecho negativo no tiene cabida en el relato fáctico (STS 21/01/1991).

En el motivo segundo destinado igual que su precedente a la revisión fáctica solicita la revisión del ordinal octavo aportando su alternativa redacción "*Estos cambios se realizan contactando con el trabajador a través del teléfono de empresa o mail corporativo. Si no contestan se les contacta en su teléfono personal. Por el anterior motivo algún trabajador ha llegado a ser sancionado por la empresa. En caso de que el trabajador decline el encargo, se llama a otro trabajador*"; trata en definitiva de adicionar que "*Por el anterior motivo algún trabajador ha llegado a ser sancionado por la empresa*" con cita en su apoyo de la documental obrante a los folios 240 y siguientes de autos.

No se acoge al ser intrascendente al fallo conforme revela el suplico de la demanda rectora de autos.

En el último motivo revisor -tercero del recurso- solicita la adición de un nuevo ordinal al relato fáctico del tenor literal que sigue " *HECHO PROBADO UNDÉCIMO.- Con respecto a la política interna de desconexión digital dirigida a las personas trabajadoras, tras dos reuniones acordadas en el seno del ÓRGANO DE MEDIACIÓN DEL INSTITUTO LABORAL DE LA COMUNIDAD DE MADRID y una vez se cumplió con el trámite de audiencia sin acuerdo, el 01 de junio de 2022 el empleador envió un correo electrónico a los representantes legales de los trabajadores con el documento de política interna de desconexión digital*".

Apoya la adición en los documentos de su ramo de prueba números 10 (folio 227 y siguientes), 12 (folio 236 y siguientes), 14, 15 (folio 238 y siguientes), 18, 19 (folio 258 y siguientes) y 21 (folio 267 y siguientes).

La adición se desestima porque lo trascendente es el contenido del documento de política interna, que no se propone.

TERCERO.- Con destino a censurar jurídicamente la sentencia, se formulan tres motivos.

En el primero -cuarto del recurso- denuncia infracción del artículo 17 c) del II convenio colectivo de la industria de producción audiovisual (técnicos), indicando que debe ser interpretado de conformidad con el artículo 1281 del CC.

Entiende que en la Sentencia queda probado, que se ha vulnerado la norma sustantiva contenida en el artículo 17 c) del II Convenio colectivo de la industria de producción audiovisual interpretado de conformidad con el artículo 1281 del CC por lo que la empresa debe establecer la jornada con una antelación mínima de doce horas respecto a la hora en que el trabajador/a vaya a ser convocado en el lugar de citación, salvo en caso de fuerza mayor o circunstancias excepcionales, sin que sea obstáculo para que pueda verse modificado el horario previsto de la jornada de trabajo el surgimiento de necesidades durante su ejecución.

Indica que, consecuentemente, ha de declararse vulnerado el artículo 17 c) del II Convenio colectivo de la industria de producción audiovisual por cuanto la empresa, aunque haya sido en algunas ocasiones, ha modificado con una antelación inferior a 12 horas la hora a la que las personas trabajadoras fueron convocadas en el lugar de citación sin justificarlo por causas de fuerza mayor o circunstancias excepcionales, modificando la jornada de trabajo que tenían aquellos establecida de acuerdo al plan de trabajo inicialmente previsto y conocido.

En el siguiente motivo de censura -quinto del recurso- denuncia infracción del artículo 22 del II convenio colectivo de la industria de producción audiovisual (técnicos) (código de convenio n.º 99129850), indicando que debe ser interpretado de conformidad con el artículo 1281 del CC.

Razona que queda probado que, al amparo del artículo 22 del Convenio Colectivo, todos los trabajadores cobran plus de disponibilidad (hecho probado sexto) así como que todos trabajadores con jornada a tiempo completa realizan una jornada de 40 horas semanales (hecho probado noveno). Es decir, que todas las personas trabajadoras tienen ampliada su jornada de 35 horas semanales, ex artículo 16 del Convenio colectivo, por razón de tener pactado el plus de disponibilidad, ex artículo 22 del Convenio Colectivo. Expone que este precepto del Convenio permite, de conformidad con el artículo 1281 del CC, además de la propia ampliación de jornada, que las personas trabajadoras acepten incorporarse a su puesto de trabajo o permanecer en él fuera de esa jornada, pero no la consecuencia de que se notifiquen los cambios fuera de la jornada efectiva de trabajo, lo cual se podrá hacer si se cumplen con los requisitos del artículo 17 c) del Convenio, es decir, la concurrencia " *de fuerza mayor o circunstancias excepcionales*".

Se resuelven de forma conjunta dada su inter relación.

Los trabajadores afectados por el conflicto solicitan que se respete el contenido del artículo 17 del Convenio Colectivo de forma que, salvo circunstancias de fuerza mayor o excepcionales, la jornada se establecerá con una antelación mínima de 12 horas respecto de la hora a la que vayan a ser convocados y que se declare la obligación empresarial de respetar los tiempos de descanso de los trabajadores de forma que no reciban mensajes de carácter laboral durante dichos descansos.

Los hechos probados constatan que entre el 4 de abril de 2.022 y el 8 de octubre de 2.022 se han realizado un total 6.627 servicios como consecuencia del contrato con RTVM.

En ese mismo período ha precisado de alteración horaria un total de 59 servicios al menos con 12 horas de antelación con carácter general si bien en ocasiones no se llegaba a esas 12 horas.

Que estos cambios se realizan contactando con el trabajador a través del teléfono de empresa o mail corporativo. Si no contestan se les contacta en su teléfono personal. En caso de que el trabajador decline el encargo, se llama a otro trabajador.

Que la citación se hacía al menos con 12 horas de antelación con carácter general si bien en ocasiones no se llegaba a esas 12 horas.

El artículo 17 c) del Convenio señala:

"c) Salvo en caso de fuerza mayor o circunstancias excepcionales, el establecimiento de la jornada de trabajo se hará con una antelación mínima de doce horas respecto a la hora en que el trabajador/a vaya a ser convocado en el lugar de citación.

En cualquier caso, el horario previsto de una jornada de trabajo podrá verse modificado en función de las necesidades que surjan durante su ejecución".

El trabajador tiene derecho por tanto a que se le adviertan de los cambios en la jornada por razones de fuerza mayor o excepcionales con 12 horas de antelación.

No niega la sentencia recurrida que se ha producido ese aviso o "*citación*" sin cumplir con 12 horas de antelación, si bien consta probado que esta situación se ha producido en un periodo de seis meses en 59 ocasiones de 6627, es decir un 0,89% de los avisos o citaciones, por lo que debe entenderse que esas citaciones sin cumplir con las 12 horas a que refiere la norma convencional, siempre que se produzcan en circunstancias excepcionales tal y como se recoge el art. 17 del II convenio colectivo de la Industria de Producción Audiovisual (técnicos), que impide como acertadamente declara la Juez de instancia " que se pueda hablar de una práctica de empresa en este sentido y a los efectos del artículo 153 de la LRJS ".

El motivo se desestima.

En el último motivo -sexto del recurso- denuncia infracción del artículo 88 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales en relación con el artículo 20 bis del Estatuto de los Trabajadores sobre los derechos de los trabajadores a la intimidad en relación con el entorno digital y a la desconexión.

Los hechos probados señalan que todos los trabajadores cobran plus de disponibilidad al amparo del artículo 22 del Convenio Colectivo que indica " 1. *Plus de disponibilidad. -Dadas las específicas características de los trabajos a realizar durante las producciones audiovisuales, especialmente en su fase de rodaje o grabación, pero también en ocasiones durante su pre y postproducción, se establece que la jornada de trabajo efectivo de ciertos trabajadores/as durante estas fases podrá llegar a ser la máxima legal establecida en el artículo 34.1 del Estatuto de los Trabajadores.*

El plus de disponibilidad, con carácter de complemento salarial no consolidable, retribuye la aceptación expresa por parte del trabajador de realizar la jornada indicada en el párrafo anterior, así como de incorporarse a su puesto de trabajo o permanecer en él fuera de esa jornada, cuando las necesidades del servicio así lo requieran. Con este complemento se entiende que quedan retribuidos tanto el hecho en sí de la disponibilidad como la mayor dedicación y jornada de trabajo, sin derecho a otra percepción. Su importe será de una cuantía igual al 25 por 100 del salario base del trabajador/a".

Por tanto, el plus de disponibilidad retribuye, no sólo la ampliación de jornada sino que esta empiece o finalice fuera de lo programado inicialmente siempre y cuando se respete el contenido del artículo 17 c) del Convenio de aplicación, por ello la Sala comparte el razonamiento de instancia cuando dice "*Si la empresa está facultada a poder llamar a los trabajadores para llevar a cabo cambios de jornada las doce horas previas a tener que realizar un servicio esto implica que en ocasiones tendrá que hacerlo en los tiempos de descanso y si el trabajador cobra Disponibilidad deberá estar disponible. Cuestión diferente es que el trabajador opte por la no disponibilidad*".

El motivo se desestima y con ello el recurso confirmando la sentencia recurrida.

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación Letrada de CENTRAL SINDICAL INDEPENDIENTE Y DE FUNCIONARIOS CSI-CSIF, contra la sentencia de fecha 26 de octubre de 2022 dictada por el Juzgado de lo Social n.º 05 de Madrid en sus autos número 531/2022, seguidos a instancia del recurrente frente a CBM SERVICIOS AUDIOVISUALES SL y COMISIONES OBRERAS, en reclamación sobre conflicto colectivo y confirmamos la sentencia de instancia. Sin costas.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta Sección de Sala.

Expídanse certificaciones de esta sentencia para su unión a la pieza separada o rollo de suplicación, que se archivará en este Tribunal, y a los autos principales.

Notifíquese la presente sentencia a las partes y a la Fiscalía de este Tribunal Superior de Justicia.

MODO DE IMPUGNACIÓN: Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación para la unificación de doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de DIEZ DÍAS hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia. Siendo requisito necesario que en dicho plazo se nombre al letrado que ha de interponerlo. Igualmente será requisito necesario que el recurrente que no tenga la condición de trabajador, causahabiente suyo o beneficiario del Régimen Público de la Seguridad Social o no gozare del derecho de asistencia jurídica gratuita, acredite ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso haber depositado 600 euros, conforme al artículo 229 de la LRJS, y consignado el importe de la condena cuando proceda, presentando resguardos acreditativos de haber efectuado ambos ingresos, separadamente en la cuenta corriente n.º 2876-0000-00-0136-23 que esta sección tiene abierta en BANCO DE SANTANDER sita en PS. del General Martínez Campos, 35; 28010 Madrid, pudiendo en su caso sustituir la consignación de la condena en metálico por el aseguramiento de la misma mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito (art.230.1 L.R.J.S).

Se puede realizar el ingreso por transferencia bancaria desde una cuenta corriente abierta en cualquier entidad bancaria distinta de BANCO DE SANTANDER. Para ello ha de seguir todos los pasos siguientes:

Emitir la transferencia a la cuenta bancaria siguiente: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274. En el campo ordenante, se indicará como mínimo el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y si es posible, el nif /cif de la misma. En el campo beneficiario, se identificará al juzgado o tribunal que ordena el ingreso. En el campo "observaciones o concepto de la transferencia", se consignarán los 16 dígitos que corresponden al procedimiento 2876- 0000-00-0136-23.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia, devuélvanse los autos originales al Juzgado de lo Social de su procedencia, dejando de ello debida nota en los Libros de esta Sección de Sala.

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

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.