

GUARDIA DE DISPONIBILIDAD NO PRESENCIAL Y TIEMPO DE TRABAJO CONFORME A LA DIRECTIVA 2003/88/CE

STJUE (Gran Sala) de 9 de marzo de 2021, Asunto C-580/19

(ECLI:EU:C:2021:183)

MARÍA SEPÚLVEDA GÓMEZ*

SUPUESTO DE HECHO: El empleado que da origen al litigio es un funcionario que desempeña sus funciones de bombero de la ciudad de Offenbach del Meno (Alemania) y, como el resto de miembros del cuerpo, debe prestar periódicamente servicios de intervención, durante los cuales debe estar localizable en todo momento y tener consigo su uniforme de intervención y un vehículo de servicio facilitado por la entidad empleadora. Debe responder a las llamadas que reciba en las que se le informe de los incidentes respecto de los cuales debe tomar decisiones. En determinadas situaciones, debe desplazarse al lugar de la intervención o a su puesto de trabajo. Mientras presta dicho servicio el empleado debe elegir el lugar en el que se encuentre de forma que, en caso de aviso, pueda llegar al término municipal de la ciudad de Offenbach del Meno, en uniforme y con el mencionado vehículo, haciendo uso de las excepciones a las normas de tráfico de aplicación general y de los derechos de preferencia que le asisten, en veinte minutos. Los fines de semana, dicho servicio abarca desde las 17.00 del viernes hasta las 7.00 del lunes. Una semana de 42 horas de trabajo puede ir seguida de tal servicio durante el fin de semana, y de promedio, presta el servicio de intervención entre diez y quince fines de semana al año. Solicita a su empresa que se le reconozca como tiempo de trabajo y que se retribuya en consecuencia, ya que considera que los períodos de guardia, a pesar de realizarse en régimen de disponibilidad no presencial y de que, en consecuencia, el trabajador no esté obligado a hallarse físicamente en un lugar determinado por el empresario, este último le obliga a retornar al trabajo en un plazo muy breve.

RESUMEN: Para el órgano remitente la obligación que pesa sobre el trabajador de llegar a un lugar concreto en un breve plazo puede tener un efecto

* Profesora Titular de Universidad. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

restrictivo en lo que respecta a la administración de su tiempo libre y supone imponer indirectamente a dicho trabajador el lugar en el que debe encontrarse físicamente. Por ello plantea como primera cuestión prejudicial si este tipo de guardias deben considerarse tiempo de trabajo conforme al art. 2 de la Directiva 2003/88/CE. Como segunda cuestión plantea si en el concepto de “tiempo de trabajo” se ha de considerar también la disponibilidad de llamamientos al servicio. La Gran Sala considera tiempo de trabajo “si de una apreciación global de todas las circunstancias del caso de autos, en particular, de las consecuencias de dicho plazo y, en su caso, de la frecuencia media de intervención en el transcurso de ese período, se desprende que las limitaciones impuestas a dicho trabajador durante ese período son de tal naturaleza que afectan objetivamente y de manera considerable a su capacidad para administrar libremente, en ese mismo período, el tiempo durante el cual no se requieren sus servicios profesionales y para dedicarlo a sus propios intereses”.

ÍNDICE

1. CONCEPTO DE TIEMPO DE TRABAJO Y PERIODOS DE GUARDIA SEGÚN LA JURISPRUDENCIA EUROPEA
2. LA NO PRESENCIALIDAD EN EL TIEMPO DE GUARDIA DE DISPONIBILIDAD
3. LAS LIMITACIONES DEL TIEMPO LIBRE COMO ELEMENTO DETERMINANTE DE LA CALIFICACIÓN DE LA GUARDIA COMO TIEMPO DE TRABAJO
 - 3.1. El plazo de que dispone el trabajador para reanudar su prestación laboral
 - 3.2. La frecuencia media de las prestaciones efectivas normalmente realizadas
4. LA NECESIDAD DE UN NUEVO CONCEPTO NORMATIVO DE TIEMPO DE TRABAJO ADAPTADO A LAS NUEVAS REALIDADES DE TRABAJO

1. CONCEPTO DE TIEMPO DE TRABAJO Y PERIODOS DE GUARDIA SEGÚN LA JURISPRUDENCIA EUROPEA

La limitación de la jornada de trabajo, el reconocimiento de periodos de descansos, y trabajar en condiciones que respeten la salud, seguridad y dignidad de las personas trabajadoras son derechos reconocidos en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (art. 31), que encuentran su desarrollo en la Directiva 89/391/CEE, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo¹, y en la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo².

¹ Diario Oficial de la Unión Europea, serie L, núm. 183 de 29.06.1989.

² Diario Oficial de la Unión Europea, serie L, núm. 299 de 18.11.2003, que codifica la Directiva 93/104/CE (LCEur\1993\4042) del Consejo, de 23 de noviembre de 1993,

El hecho de que la directiva sobre ordenación del tiempo de trabajo defina, por exclusión, el concepto de tiempo de descanso como todo periodo que no sea tiempo de trabajo (art. 2) ha llevado al TJUE a interpretar, ya desde la vigencia de la Directiva 93/104/CE, que son conceptos que se excluyen mutuamente, de manera que al analizar los periodos de guardia, ya sean presenciales o de localización, ha afirmado que, a efectos de la aplicación de la Directiva 2003/88, el tiempo de guardia de un trabajador debe calificarse, bien de “tiempo de trabajo”, bien de “período de descanso”, puesto que ésta no contempla una categoría intermedia³.

Por tanto, ante supuestos que no encajan perfectamente en la definición de tiempo de trabajo o tiempo de descanso, como es el caso de los periodos de guardia, el Tribunal europeo ha tenido que interpretar ambos conceptos de forma casuística, lo que ha dado lugar a determinados criterios interpretativos sobre la materia, y que de forma sintética exponemos a continuación. Son conceptos que el propio Tribunal ha declarado que “no deben interpretarse en función de las disposiciones de las diferentes normativas de los Estados miembros, sino que constituyen conceptos de Derecho comunitario que es preciso definir según características objetivas, refiriéndose al sistema y a la finalidad de dicha Directiva (...). Sólo una interpretación autónoma semejante puede garantizar la plena eficacia de la Directiva, así como una aplicación uniforme de los mencionados conceptos en la totalidad de los Estados miembros”⁴.

En primer lugar, el TJUE ha diferenciado entre guardia y guardia de localización, afirmando que “el término «guardia» comprende de manera genérica todos los periodos durante los cuales el trabajador permanece a disposición de su empresario para poder realizar una prestación laboral, a petición de este, mientras que la expresión «guardia en régimen de disponibilidad no presencial» se refiere a aquellos periodos, entre los anteriormente mencionados, durante los cuales el trabajador no está obligado a permanecer en su lugar de trabajo”⁵.

La guardia genérica, también denominada presencial para su mejor diferenciación de la guardia de localización o de disponibilidad no presencial, en tanto en cuanto supone la presencia del trabajador en el lugar de trabajo, ha dado lugar a una reiterada jurisprudencia europea en el sentido de considerarla tiempo

relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, y la Directiva 2000/34/CE (LCEur/2000/2026) del Parlamento Europeo y del Consejo.

³ STJUE de 10 de septiembre de 2015, Tyco, asunto C-266/14 (ECLI:EU:C:2015:578) y STJUE de 21 de febrero de 2018, Matzak, C-518/15 (ECLI:EU:C:2018:82), entre otras.

⁴ STJUE Sentencia de 9 de septiembre de 2003, Jaeger, C-151/02 (ECLI:EU:C:2003:437); STJUE de 1 de diciembre de 2005, Dellas y otros, asunto C-14/04 (ECLI:EU:C:2005:728); Auto TJUE Auto de 11 de enero de 2007, Jan Vorel, asunto C-437/05 (ECLI:EU:C:2007:23).

⁵ TJUE (Gran Sala) Caso D. J. contra Radiotelevizija Slovenija. Sentencia de 9 marzo 2021, asunto C-344/19 (ECLI:EU:C:2021:182).

de trabajo en su totalidad y, en su caso, horas extraordinarias, con independencia de si se realiza realmente prestación laboral durante el periodo de guardia⁶. Es el caso, entre otras, de aquellas guardias que conllevan una atención continuada en régimen de presencia física del personal médico y de enfermería por cuenta del servicio público sanitario, ya que concurren todos los elementos característicos del concepto tiempo de trabajo de la Directiva 93/104/CEE (actualmente Directiva 2003/88/CE), esto es, que el trabajador permanezca en el trabajo, a disposición del empresario y en ejercicio de su actividad o de sus funciones, de conformidad con las legislaciones y/o prácticas nacionales (art. 2)⁷. A este respecto, interpreta el Tribunal que carece de relevancia la existencia de periodos de inactividad durante el servicio de atención continuada, ya que entiende que permanecer en el trabajo no significa la realización de la prestación laboral en todo momento⁸.

Según esta consolidada jurisprudencia europea, no considerar tiempo de trabajo los servicios de guardia con atención continuada en el centro de trabajo iría en grave detrimento del objetivo de garantizar la salud y la seguridad de los trabajadores⁹.

En este tipo de guardias presenciales resulta clave el hecho de que el lugar para la realización del servicio de guardia –en estos casos el centro de trabajo– es determinado por la empresa, es decir, que el trabajador no puede elegir el lugar desde el que realizar el servicio de guardia. Es precisamente esa manifestación del poder de dirección empresarial en la determinación del lugar de ejecución de la guardia lo que ha llevado al Tribunal europeo, más recientemente, a avanzar en su doctrina sobre el concepto de tiempo de trabajo en supuestos de “guardia domiciliaria”. Se trata de la conocida sentencia de 2018, asunto Matzak¹⁰, relativa

⁶ Sentencias del TJUE de 3 de octubre de 2000, Sindicato de Médicos de Asistencia Pública (Simap)/Conselleria de Sanidad y Consumo de la Generalidad Valenciana, C-303/98 (ECLI:EU:C:2000:528); de 9 de septiembre de 2003, Jaeger, asunto C-151/02 cit.; de 5 de octubre de 2004, Pfeiffer, asuntos acumulados C-397/01 a C-403/01, (ECLI:EU:C:2004:584); de 1 de diciembre de 2005, Dellas, asunto C-14/04, cit.

⁷ Auto del TJCE (Presidente) de 3 de julio 2001, asunto Confederación Intersindical Galega contra Servicio Galego de Saúde (SERGAS), C-241/99 (ECLI:EU:C:2001:371).

⁸ STJUE de 9 de septiembre de 2003, Jaeger, C-151/02 cit. apdo 47.

⁹ STJUE de 3 de octubre de 2000, asunto Simap, cit.

¹⁰ STJUE de 21 de febrero de 2018, asunto Matzak, C-518/15 (ECLI:EU:C:2018:82). Sobre esta sentencia, vid. los estudios: Aragón Gómez, C., “La compleja delimitación del concepto tiempo de trabajo y la aportación que, al respecto, ha realizado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea: Reflexiones al hilo de la STJUE 21-2-2018, asunto Matzak, relativa a las guardias de localización”, *Revista de información laboral*, núm. 9, 2018, pp. 113-143. Gallego, J., “¿Deben considerarse las guardias domiciliarias o de localización tiempo de trabajo?: (Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de febrero de 2018. Asunto Matzak. C-518/15)”, *Revista de derecho social*, núm. 82, 2018, págs. 133-141. Poquet Catalá, R., “Localización como posible tiempo de trabajo efectivo a la luz de la doctrina judicial comunitaria: STJUE, de 21 de febrero

a un bombero voluntario en prácticas, no profesional, del servicio municipal de Nivelles, que el Tribunal va a considerar incluido en el concepto de “trabajador” a los efectos de la definición de tiempo de trabajo, conforme a la Directiva 2003/88¹¹.

En la citada sentencia, para el Tribunal de Justicia “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”¹². En este caso se trataba del domicilio del trabajador, donde tenía que estar localizable y responder a la convocatoria de la empresa en el transcurso de ocho minutos. Para el Tribunal europeo, este supuesto es diferente al de las guardias que sólo requieren estar localizable, sin necesidad de estar presente en el lugar determinado por la empresa, pues 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, por lo que en estas circunstancias, el Tribunal sólo ha considerado como «tiempo de trabajo» en el sentido de la Directiva 2003/88/CE el tiempo dedicado a la prestación efectiva de servicios¹³. En este mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo español sobre guardias de disponibilidad en las que la incidencia se resuelve por vía telefónica o de forma virtual, no considerándolo tiempo de trabajo porque en este caso no se impide al trabajador el normal desarrollo de su vida personal y social¹⁴.

La sentencia que ahora comentamos presenta la singularidad de que el lugar de realización del periodo de guardia es indiferente para su calificación o no como tiempo de trabajo en un supuesto de guardia de disponibilidad no presencial. Van a ser otros los elementos determinantes que lleven al Tribunal europeo a considerar

de 2018, C-518/2015, Asunto Matzak”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 146, 2019, págs. 223-238.

¹¹Segoviano Astaburuaga, M. L., “Jornadas, descanso, trabajo efectivo”, en AAVV Derecho Social de la Unión Europea, M. E. Casas Baamonde y R. Gil Alburquerque (Directores), Francis Lefebvre-El Derecho, Madrid, p. 961.

¹²STJUE de 21 de febrero 2018, asunto Matzak, cit., apdo 59.

¹³Ibidem, apdo 60.

¹⁴STS, sala de lo social, de 18 de junio 2020 (ECLI:ES:TS:2020:2747). Para la sala, este caso no se puede considerar tiempo de trabajo 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 (F.4).

este caso como tiempo de trabajo. Pasamos a comentar los aspectos de mayor interés relativos a la interpretación del concepto de tiempo de trabajo, conforme a la Directiva 2003/88/CE, por parte del Tribunal de Justicia europeo.

2. LA NO PRESENCIALIDAD EN EL TIEMPO DE GUARDIA DE DISPONIBILIDAD

La sentencia comentada analiza un caso de guardia, que denomina “de disponibilidad no presencial”, para aludir al hecho de que no sólo la guardia no se lleva a cabo en el centro de trabajo, sino que además de ser en otro lugar, éste no está determinado por el empresario. En este caso la empresa es una entidad del sector público a la que resulta aplicable la Directiva 2003/88/CEE (art. 1.3), y así lo confirma la Gran Sala.

Con base en la STJUE de 21 de febrero 2018, asunto Matzak, el órgano jurisdiccional remitente plantea que, pese a que la citada sentencia se refiere a un periodo de guardia realizado en el domicilio del trabajador por decisión de la empresa, sin embargo considera que no excluye que también se consideren tiempo de trabajo los periodos de guardia en régimen de disponibilidad no presencial, a saber, aquellos durante los que el trabajador, pese a no estar obligado por su empresario a permanecer en lugar determinado, se halla sometido a importantes limitaciones en lo que concierne a la libre elección de su paradero y a la administración de su tiempo libre.

En el presente caso, en efecto, el trabajador puede elegir el lugar donde estar durante el periodo de guardia, si bien debe estar localizable en todo momento y tener consigo su uniforme de intervención y un vehículo de servicio facilitado por su empresario. Debe responder a las llamadas que reciba en las que se le informe de los incidentes respecto de los cuales debe tomar decisiones. En determinadas situaciones, debe desplazarse al lugar de la intervención o a su puesto de trabajo. Mientras presta el servicio de guardia, RJ debe elegir el lugar en el que se encuentre de forma que, en caso de aviso, pueda llegar al término municipal de la ciudad de Offenbach del Meno, en uniforme y con el mencionado vehículo, haciendo uso de las excepciones a las normas de tráfico de aplicación general y de los derechos de preferencia que le asisten, en veinte minutos.

Para dar respuesta a esta cuestión, la Gran Sala recuerda las premisas de partida ya sentadas en la jurisprudencia del TJUE sobre la Directiva 2003/88/CE, como es que las disposiciones de la citada directiva tienen por objeto promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores, no siendo objeto de la cita directiva la retribución; o que los conceptos tiempo de trabajo y tiempo de descanso son excluyentes, no pudiendo los Estados miembros determinar unilateralmente el alcance de estos conceptos. Y en relación concretamente a los periodos de guardia, recuerda que el hecho de que un período durante el cual el trabajador no lleva

a cabo efectivamente ninguna actividad por cuenta del empresario no constituye necesariamente un «período de descanso» a efectos de la aplicación de la Directiva 2003/88.

Respecto de la presencialidad o no durante el desarrollo del servicio de guardia, cabe precisar que ninguna duda cabe al Tribunal europeo que aquellos periodos de guardia realizados en el lugar de trabajo o en el lugar que determine el empresario –por ejemplo, el domicilio del trabajador, u otro lugar-, y debiendo estar a la disposición de éste, debe considerarse como tiempo de trabajo todo el periodo de guardia, independientemente de que realmente realice o no prestaciones laborales durante ese periodo.

Ahora bien, la respuesta no va ser siempre la misma en aquellos supuestos en los que la empresa no obligue al trabajador a permanecer en su centro de trabajo o en un determinado lugar decidido por la empresa, pudiendo ser el trabajador quien decida desde qué lugar realiza el servicio de guardia. Es el caso analizado en la sentencia que se comenta, en la que el trabajador podía decidir libremente el lugar en el que estar durante el servicio de intervención, si bien la imposición por parte de la empresa de ciertos condicionantes para acudir al lugar de trabajo en caso de llamada van a influir de forma determinante en tu tiempo libre, como veremos en el apartado siguiente.

De manera que en los casos de guardia de disponibilidad no presencial pasa a un segundo plano el lugar en el que se encuentre el trabajador cuando la empresa no impone ese lugar concreto, de forma que la manifestación del poder de dirección se va a trasladar a otros elementos diferentes al espacial, como son las condiciones empresariales para la incorporación del trabajador a la llamada de la empresa. Como decimos, es lo que ocurre en el caso analizado, y también en el supuesto analizado en otra sentencia de la Gran Sala dictada el mismo día que la analizada, de 9 de marzo de 2021, caso DJ contra *Radiotelevizija Slovenija*,¹⁵, sentencia que es reiteradamente citada por la ahora analizada.

En este otro supuesto, de la radiotelevisión eslovena, el trabajador también podía decidir libremente el lugar desde el que llevar a cabo el periodo de guardia -6 horas al día, tras 12 horas de trabajo-, debiendo estar localizable durante el servicio de guardia y acudir en caso de llamada en no más de una hora. La particularidad de este caso, y que a la postre dará como resultado su no consideración como tiempo de trabajo, es que los condicionantes por los que el trabajador no podía hacer uso de su tiempo libre en periodo de guardia, se debían a la lejanía geográfica del lugar de trabajo respecto de la ciudad, así como su orografía, según la sentencia. En efecto, el trabajador, técnico especialista, trabajaba en los centros de transmisión de Pohorje (Eslovenia) y, posteriormente, Krvavec (Eslovenia). La naturaleza del trabajo, la distancia entre esos centros de transmisión y su domicilio y las dificultades periódicas

¹⁵ DJ contra la radiotelevisión eslovena, asunto C-344/19 (ECLI:EU:C:2021:182).

para acceder a los citados centros le obligaban a residir en las inmediaciones de esos lugares. Además, uno de estos dos lugares estaba tan alejado del domicilio del trabajador que a éste le resultaba imposible llegar allí diariamente, incluso en las condiciones meteorológicas más favorables. El empresario acondicionó, en las propias instalaciones de esos dos centros de transmisión, la residencia de este y de otro técnico, ambos presentes simultáneamente en cada uno de los citados centros de transmisión. Después de desarrollar la actividad laboral, los dos técnicos podían descansar en la sala de estar o relajarse en las proximidades.

Como se observa en este otro caso, al igual que el analizado, la empresa no impone el lugar desde el que realizar la guardia, sin embargo los elementos que van a condicionar la libre disposición del tiempo libre del trabajador, en el parecer de la Sala, no provienen de la empresa –que sólo requiere que se incorpore en el plazo de una hora desde que sea llamado-, ni de la normativa aplicable o el convenio colectivo, por lo que “no procede tomar en consideración las dificultades organizativas que un período de guardia pueda causar al trabajador que no se deriven de tales limitaciones, sino que sean, por ejemplo, consecuencia de elementos naturales o de la libre elección del trabajador”. Por esta razón, no se va a considerar tiempo de trabajo esos periodos de guardia. En el parecer de la Sala, en este caso las limitaciones del tiempo libre del trabajador se deben a la naturaleza particular de ese lugar (de trabajo), que además es su lugar habitual del trabajo, y que el hecho de que dicho lugar de trabajo se encuentre muy alejado de posibles actividades de ocio y sea difícilmente accesible, no constituyen circunstancias pertinentes para calificar el periodo de guardia como tiempo de trabajo.

Entendemos que el lugar de trabajo no es una circunstancia ajena al poder de dirección empresarial, ya que es la empresa la que decide libremente dónde instalar su centro de trabajo, de manera que, aunque sea de forma indirecta, esa circunstancia empresarial sí está afectando a la libre elección del trabajador para decidir el lugar desde donde realizar la guardia y, por tanto, condicionando su tiempo libre, toda vez que esa circunstancia le hace tener que quedarse en las instalaciones del centro de trabajo sin poder disponer de su tiempo libre. Tampoco se puede desplazar a su domicilio, por la lejanía entre éste y el centro de trabajo. Pero la Sala considera que ha sido la libre elección del trabajador residir en un lugar alejado del centro de trabajo y que, “en tal caso, ese trabajador ha tenido la posibilidad de apreciar libremente la distancia que separa ese lugar de su domicilio”. Sin embargo, no se tiene en cuenta que es el centro del trabajo el que se encuentra alejado de toda actividad de ocio y que es de difícil accesibilidad, de manera que son las circunstancias particulares del centro de trabajo las que, en nuestra opinión, limitan el uso del tiempo por parte del trabajador durante el servicio de guardia.

En cambio, el caso de la sentencia objeto de comentario no presenta problema el lugar elegido por el trabajador para estar durante el periodo de guardia, por lo que la sentencia se centra sobre todo en analizar cómo afectan al tiempo libre del

trabajador los requisitos o condiciones impuestos al trabajador por la empresa para acudir en caso de llamada, que tratamos en el siguiente apartado.

De ambos casos, en lo que se refiere a la no presencialidad de la guardia de disponibilidad podemos extraer como conclusión que el hecho de que sea la persona trabajadora la que pueda elegir el lugar desde el que llevar a cabo los periodos de guardia lleva al Tribunal a desplazar el análisis de la cuestión a las condiciones concretas que se imponen para incorporarse al trabajo en caso de aviso o llamada lo que, por un lado, parece lógico, pero por otro presenta ciertos inconvenientes: En primer lugar, ese lugar libremente elegido por el trabajador puede estar condicionado por circunstancias que tienen que ver con la organización del trabajo por la empresa, y sin embargo dejan de apreciarse por no venir impuesto por la empresa el lugar. En segundo lugar, hay cada vez más trabajos en los que el ámbito espacial pierde importancia por la implantación de nuevas tecnologías en los procesos de producción de bienes y servicios, de manera que el hecho de que el trabajador pueda elegir libremente ese lugar no puede jugar en contra de la calificación de las guardias como tiempo de trabajo o, al menos, debe considerarse también como un condicionante decidido por la empresa en su libre organización del trabajo, del que no se puede esperar un impacto en la incorporación física – inexistente- del trabajador al lugar de trabajo para su calificación como tiempo de trabajo. En tercer lugar, la valoración del impacto sobre el tiempo libre de la persona trabajadora que tienen las condiciones de incorporación al trabajo en caso de aviso, se vuelve excesivamente casuística, lo que lleva a cierta inseguridad jurídica y alta judicialización de los casos.

En definitiva, conforme a la postura jurisprudencial europea, la calificación como tiempo de trabajo o tiempo de descanso de las guardias de disponibilidad no presencial se tiene que hacer en función de la intensidad con que limiten el tiempo libre de la persona trabajadora las condiciones de incorporación al trabajo durante el periodo de guardia, tarea cada vez más difícil de objetivar por los acelerados cambios tecnológicos que en mayor o menor medida afectan a todos los sectores de actividad.

3. LAS LIMITACIONES DEL TIEMPO LIBRE COMO ELEMENTO DETERMINANTE DE LA CALIFICACIÓN DE LA GUARDIA COMO TIEMPO DE TRABAJO

Como se ha indicado anteriormente, para el TJUE la calificación como tiempo de trabajo de las guardias de disponibilidad no presencial, en los casos en los que la empresa no obligue al trabajador a realizarlas en un lugar concreto –ya sea el centro de trabajo, el domicilio del trabajador, u otros- dependerá de si “las limitaciones impuestas al trabajador son de tal naturaleza que afectan objetivamente y de manera considerable a su capacidad para administrar libremente, en esos

períodos, el tiempo durante el cual no se requieren sus servicios profesionales y para dedicar ese tiempo a sus propios intereses. En cambio, cuando las limitaciones impuestas al trabajador durante un determinado período de guardia no alcanzan tal grado de intensidad y le permiten administrar su tiempo y dedicarse a sus propios intereses sin grandes limitaciones, solo constituye «tiempo de trabajo», a efectos de la aplicación de la Directiva 2003/88, el tiempo correspondiente a la prestación laboral efectivamente realizada, en su caso, durante dicho período”.

De esta forma, el elemento determinante para la calificación de la guardia como tiempo de trabajo, va a ser la existencia de limitaciones en el tiempo libre del trabajador, que además revistan un cierto grado de intensidad, y que se trate de limitaciones que impone la empresa, la normativa laboral, un convenio colectivo, o el sistema de distribución de turnos de guardias entre los trabajadores.

Para la Sala, el órgano jurisdiccional nacional debe tener en cuenta en cada caso todas las limitaciones y sus consecuencias. En el caso analizado son las siguientes.

3.1. El plazo de que dispone el trabajador para reanudar su prestación laboral

El Tribunal europeo destaca especialmente la importancia del plazo en el que el trabajador debe reanudar su actividad profesional a partir del momento en el que el empresario requiere sus servicios. A estos efectos, la Sala se basa en el concepto de *plazo razonable*, que también utiliza en su sentencia relativa al asunto de la radiotelevisión eslovena, referida en el anterior apartado. No se define exactamente qué debe entenderse por tal concepto de plazo razonable, sino que se alude de forma abstracta a un plazo de reanudación de la actividad que permita al trabajador poder planificar sus ocupaciones personales y sociales, supuesto en el que no se podría calificar el periodo de guardia como tiempo de trabajo. “En cambio, un período de guardia durante el cual el plazo impuesto al trabajador para volver al trabajo se limita a algunos minutos debe, en principio, considerarse, en su totalidad, «tiempo de trabajo» en el sentido de esta Directiva, puesto que, en este último caso, se disuade claramente al trabajador, en la práctica, de planificar cualquier actividad de recreo, ni tan siquiera de corta duración”¹⁶.

En el caso analizado, el trabajador debe estar localizable en todo momento y tener consigo su uniforme de intervención y un vehículo de servicio facilitado por la entidad empleadora, y debe elegir el lugar en el que se encuentre de forma que, en caso de aviso, pueda llegar al término municipal de la ciudad de Offenbach del Meno, en uniforme y con el mencionado vehículo, haciendo uso de las excepciones

¹⁶ Con cita de su sentencia de 9 de marzo 2021, caso DJ contra *Radiotelevizija Slovenija*, asunto C-344/19, cit. (apdo 48).

a las normas de tráfico de aplicación general y de los derechos de preferencia que le asisten, en veinte minutos.

Según se argumenta en la sentencia, el plazo para la reanudación del servicio no se debe valorar aisladamente, sino que en una apreciación concreta se deben tener en cuenta, en su caso, las demás limitaciones impuestas al trabajador, así como las facilidades que se le conceden durante el período de guardia. Es decir, que tales limitaciones o facilidades son las que van a servir para valorar la razonabilidad o no del plazo dado para la reanudación del trabajo. Entre las mismas, se citan en la sentencia la obligación del trabajador de permanecer en su domicilio, sin poder desplazarse libremente, a la espera de ser contactado por su empresario, o la de tener consigo un equipamiento específico cuando, a raíz de una llamada, deba presentarse en su lugar de trabajo. Entre las facilidades concedidas al trabajador, se considera pertinente la eventual puesta a su disposición de un vehículo de servicio que le permita hacer uso de excepciones a las normas de tráfico de aplicación general y de derechos de preferencia, o incluso la facultad conferida al trabajador de responder a las peticiones de su empresario sin abandonar el lugar en el que se encuentra.

Resulta llamativo a este respecto que, sin embargo, la sentencia sobre la radiotelevisión eslovena –y que sirve de fundamento a la que comentamos–, no haya tenido en cuenta las limitaciones concretas que rodean el plazo de reanudación dado al trabajador en el asunto de la radiotelevisión eslovena. En este caso dicho plazo era de una hora, sin embargo, como expusimos en el anterior apartado, la naturaleza, orografía y lejanía del lugar de trabajo hacían imposible el desplazamiento del trabajador desde su domicilio al lugar del trabajo en ese tiempo. En este caso la Sala considera, por el contrario, que el trabajador era libre de elegir otro domicilio que estuviera a menos distancia del centro de trabajo y que, por tanto, no procede tener en cuenta las limitaciones que son consecuencia de elementos naturales o de la libre decisión del trabajador. En nuestra opinión, esos elementos naturales y la lejanía propia de un centro de transmisión de radiotelevisión son circunstancias que en buena parte quedan ubicadas dentro del círculo rector de la empresa y que, por tanto, sí se deberían haber tenido en cuenta. En nuestra opinión, el plazo de una hora para la reanudación de la actividad, en tales circunstancias, no parece razonable.

3.2. La frecuencia media de las prestaciones efectivas normalmente realizadas

Otro condicionante que tiene en cuenta la Sala para valorar el periodo de guardia de disponibilidad no presencial, junto con el plazo de reanudación, es la frecuencia media de las prestaciones efectivas normalmente realizadas por el trabajador durante cada uno de sus períodos de guardia, siempre que aquélla pueda estimarse de manera objetiva. Para la Sala, “cuando, por término medio, un

trabajador ha de intervenir en numerosas ocasiones durante un período de guardia, este tiene menos margen para administrar libremente su tiempo durante los períodos de inactividad, dado que estos se ven interrumpidos con frecuencia. Más aún cuando las intervenciones que normalmente se exigen al trabajador durante su período de guardia tienen una duración considerable”.

En este sentido, según la sentencia, si el trabajador debe realizar frecuentes intervenciones, que además no son de corta duración, se debe considerar todo el periodo de guardia como tiempo de trabajo. Ahora bien, enseguida matiza el Tribunal que ello no significa que en el caso de existan de media pocas intervenciones haya de calificarse el periodo de guardia como tiempo de descanso, “cuando el impacto del plazo de reanudación de la actividad profesional que se impone al trabajador es tal que basta para restringir, objetivamente y de manera considerable, la capacidad del trabajador para administrar libremente, en esos períodos, el tiempo durante el cual no se requieren sus servicios profesionales”.

Es precisamente lo que ocurre en el caso analizado, en el que la frecuencia media de las intervenciones del trabajador no ha sido elevada durante los periodos de guardia. En todo caso, considera la Sala que corresponde al órgano jurisdiccional remitente apreciar, a la luz de todas las circunstancias del caso, si las limitaciones son de tal intensidad que afectan, objetivamente y de manera considerable, a su capacidad para administrar libremente, en esos períodos, el tiempo durante el cual no se requieren sus servicios profesionales y para dedicar ese tiempo a sus propios intereses.

En el asunto de la radiotelevisión eslovena, en cambio, considera la Sala que el trabajador solo tenía la obligación de estar inmediatamente localizable y la de llegar a su lugar de trabajo en el plazo de una hora en caso de necesidad, pero no constata que se le impusieran otras limitaciones ni que, durante esos períodos, la frecuencia media de las intervenciones que le obligaban a volver a su lugar de trabajo dentro de ese plazo fuera elevada. Además, disponía de un alojamiento de servicio en su lugar de trabajo, en el que no estaba obligado a permanecer durante esos períodos. No se alude en la sentencia, sin embargo, al impacto concreto que en este caso podría tener el plazo de reanudación de la actividad profesional -de una hora- en la gestión de su tiempo libre del trabajador.

Se puede concluir, pues, que para el Tribunal de Justicia la razonabilidad del plazo de reanudación de la actividad por el trabajador y su impacto en el tiempo libre de éste viene dado por la existencia de otro tipo de limitaciones adicionales del caso concreto, a no ser que tal plazo sea tan breve que por sí sólo revista la suficiente intensidad como para considerarlo una limitación del tiempo libre o de descanso del trabajador que conduzca a considerar el periodo de guardia como tiempo de trabajo.

Como se puede comprobar esta doctrina lleva a una casuística que impide tener seguridad en los presupuestos para la consideración de un periodo de guardia de

disponibilidad no presencial como tiempo de trabajo. Si el elemento determinante es el plazo en que debe incorporarse el trabajador al servicio a requerimiento de la empresa, y las limitaciones que rodean a ese plazo, esta doctrina tiene difícil aplicación a supuestos de guardias en los que la incorporación al servicio no tiene que ser física, ni con desplazamiento, sino en remoto, telemática o digital. En estos casos, al difuminarse el esfuerzo de incorporación al servicio –pues en muchos casos se podrá hacer desde el mismo lugar elegido por el trabajador para la guardia y para su tiempo libre o familiar o social- lleva a que cada vez resulte más difícil la delimitación del tiempo de trabajo y el tiempo de descanso, tal como se definen en la Directiva 2003/88/CE y conforme a los criterios de interpretación del TJUE.

Esto nos lleva a plantear la posible necesidad de un nuevo concepto normativo de tiempo de trabajo, como dejamos apuntado a continuación.

4. LA NECESIDAD DE UN NUEVO CONCEPTO NORMATIVO DE TIEMPO DE TRABAJO ADAPTADO A LAS NUEVAS REALIDADES DE TRABAJO

El concepto de tiempo de trabajo y tiempo de descanso previsto en la Directiva 2003/88/CE, tiene su antecedente en la anterior Directiva 93/104/CE del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, utilizando como base jurídica el artículo 118A del Tratado de Roma, que se justificó en la necesidad de proteger a los trabajadores europeos frente a las jornadas de trabajo excesivas, a la vez que se evitaban las distorsiones en la libre competencia del mercado común, consecuencia entre otras razones de las diferentes regulaciones laborales nacionales.

Han transcurrido casi dos décadas desde esa regulación primigenia del tiempo de trabajo, y el actual contexto de las relaciones laborales, del sistema productivo y de la economía, entre otros, son muy diferentes a los existentes entonces. Es una regulación sin duda necesaria, pero que cada vez encaja más difícilmente en las nuevas formas de trabajo, especialmente en las que incorporan procesos de digitalización del trabajo, en los que el elemento físico del trabajo se difumina, a la par que existe una mayor diversidad de fórmulas en el tiempo de trabajo. Consideramos cada vez más necesaria una reformulación de los conceptos sobre el tiempo de trabajo, que dé respuesta a las nuevas realidades de trabajo, mediante categorías jurídicas más diversas y no excluyentes que, a la par, mantengan el nivel de protección de los derechos de las personas trabajadoras.

Sin que podamos aquí ahondar en esta reflexión, y por lo que se refiere en particular a los periodos de guardia de disponibilidad no presencial, el propio hecho de la disponibilidad sin más, supone *per se* una afectación del tiempo de descanso, de la desconexión psicológica del trabajo y de la vida personal, que la norma debe tener en cuenta, sin necesidad de que en todo caso deba producirse un

desplazamiento o esfuerzos adicionales por parte de la persona trabajadora. Un tiempo de disponibilidad que debe ser retribuido en todo caso, en la cuantía que se pacte en acuerdos o convenios colectivos, y siempre limitado por los descansos necesarios.