

JURISPRUDENCIA COMUNITARIA SOBRE ORDENACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO

CARMEN SÁEZ LARA

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Córdoba

EXTRACTO

Palabras clave: Tiempo de trabajo, jurisprudencia comunitaria, incumplimiento de los Estados

En los últimos veinte años, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha realizado una interpretación de las Directivas sobre ordenación del tiempo de trabajo, la Directiva 93/104/CE y la vigente Directiva 2003/88/CE que, introduciendo claridad sobre muchos conceptos, ha reforzado los derechos de los trabajadores. Desde la perspectiva de una regulación de mínimos ha encontrado el anclaje perfecto para elaborar una doctrina que interpreta ampliamente el ámbito objetivo y subjetivo y el contenido de los mismos.

El Tribunal ha declarado que los conceptos de trabajador, tiempo de trabajo y de período de descanso constituyen conceptos autónomos de Derecho comunitario; que las disposiciones en materia duración máxima de jornada y de tiempo mínimo de descanso constituyen normas del Derecho social comunitario de especial importancia; o que los conceptos de tiempo de trabajo y de descanso han de ser interpretados atendiendo a que la salud es un estado completo de bienestar físico, mental y social.

Hasta la fecha y tras más de diez años de desencuentros hoy asistimos a una complicada situación de incumplimientos de los Estados y de recursos de la Comisión frente a los mismos.

ABSTRACT

Key words: time of work, community case-law, breach of States

In the past twenty years, the Court of Justice of the European Union has made an interpretation of the D 93/104/CE directive and 2003/88/CE, introducing clarity about many concepts, has reinforced the rights of workers. From the perspective of a minimum regulation has found the perfect anchorage to elaborate a doctrine that widely interprets the subjective and objective scope and content of the same.

The Court has stated that the concepts of worker, working time and rest period constitute independent concepts of Community law; the provisions on duration of day and minimum rest time to constitute rules of community social law of particular importance; or that the concepts of work and rest time should be interpreted according to that health is a State of complete physical, mental and social well-being.

To date and after more ten years of disagreements today we are witnessing a difficult situation of non-compliance of States with resources of the Commission responsible for them.

ÍNDICE

1. LA REGULACIÓN COMUNITARIA SOBRE ORDENACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO
2. EL PROCESO (FALLIDO) DE REVISIÓN DE LA DIRECTIVA 2003/88/CE
3. BASE JURÍDICA Y AMBITO DE APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA 2003/88/CE
 - 3.1. Base jurídica de la Directiva y líneas generales de su interpretación por el TJE
 - 3.2. Ámbito de aplicación de la regulación comunitaria sobre tiempo de trabajo
4. DOCTRINA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA SOBRE EL CONTENIDO LA DIRECTIVA 2003/88/CE
 - 4.1. Concepto de tiempo de trabajo y tiempo de presencia
 - 4.2. Naturaleza y momento de disfrute del periodo de descanso compensatorio
 - 4.3. La cláusula de exclusión voluntaria de la jornada semanal máxima (The op-out)
5. DOCTRINA DEL TJE SOBRE INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA SOBRE TIEMPO DE TRABAJO

1. LA REGULACIÓN COMUNITARIA SOBRE ORDENACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO

En los últimos cuarenta años el proyecto comunitario de disciplinar el tiempo de trabajo ha encontrado numerosas dificultades; desde la impugnación del primer instrumento normativo, la Directiva 93/104/CE¹, hasta un largo y fallido proceso de revisión, iniciado en 2004, de la vigente Directiva 2003/88/CE. Ello obedece a que la regulación del tiempo de trabajo en el sector público y privado tiene importantes repercusiones sociales, económicas y políticas. La regulación comunitaria asumió como finalidad la fijación de unas normas mínimas para proteger la salud y seguridad de los trabajadores. Este enfoque parcial, que determinó un contenido limitado a los aspectos relativos al tiempo de trabajo más directamente implicados en la protección de la salud y la seguridad de los trabajadores, no ha impedido, sin embargo, que se deriven efectos de diverso orden (económico y organizativo) de las disposiciones comunitarias, sobre todo a la luz de la interpretación realizada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJE, en adelante).

¹ El Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte interpuso recurso de anulación contra la Directiva 93/107/CE, que fue desestimado por la Sentencia del Tribunal de Justicia, de 12 de noviembre de 1996, en el asunto C-84/ 94.

De esta forma, la jurisprudencia del TJE está directamente relacionada con el proceso de revisión de la Directiva 2003/88/CE iniciado en 2004 y que ha resultado fallido hasta la fecha. Su interpretación del concepto de tiempo de trabajo, incluyendo los tiempos de presencia o de guardia, ha convulsionado los sistemas de salud de los países europeos (sentencias SIMAP, Jaeger y Dellas). Las consecuencias económicas y organizativas de diversos fallos del TJE también explican el proceso de huida de varios Estados de la regulación comunitaria, a través de la cláusula de exclusión voluntaria (The Op-out), prevista por la propia Directiva.

Limitado su impacto a nuestro país, hemos de recordar además que la doctrina del Tribunal de Justicia sobre el derecho a vacaciones retribuidas ha motivado cambios en la regulación estatutaria sobre las vacaciones, para los supuestos de suspensión por maternidad y por incapacidad temporal de los trabajadores. Pero, sobre todo, está siendo y será importante sobre nuestro sistema de relaciones laborales el efecto de los fallos del TJE sobre el derecho a la retribución normal del periodo de vacaciones (sentencia Lock) o sobre el derecho a la compensación de los periodos de vacaciones no disfrutados por motivos ajenos a la voluntad del trabajador (sentencias Bollacke, Scultz-Hoff y Stringer).

El objeto del presente trabajo es analizar la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre la ordenación del tiempo de trabajo, tanto desde una perspectiva general (base jurídica, ámbito de aplicación, interpretación, aplicación de la Directiva y reparación frente a las violaciones de la misma) como, más concretamente, la relativa a las disposiciones sobre limitación de jornada, descansos, exclusiones y excepciones previstas por la regulación comunitaria. El propósito es sacar a la luz una regulación y una jurisprudencia transcendental para la vida de los trabajadores, en un contexto normativo europeo diverso, pero con importantes lagunas para el cumplimiento del objetivo pretendido desde la regulación comunitaria.

El objetivo de la regulación comunitaria ha sido establecer disposiciones mínimas destinadas a mejorar las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores, mediante la aproximación de las normas nacionales relativas, en concreto, a la duración del tiempo de trabajo. Dicha armonización a escala comunitaria en materia de ordenación del tiempo de trabajo pretende garantizar una mejor protección de la seguridad y de la salud de los trabajadores, al hacerles disfrutar de períodos mínimos de descanso (en particular, diario y semanal) y de períodos de pausa adecuados.

Esta regulación comunitaria se encuentra hoy, fundamentalmente², en la Directiva 2003/88/CE, norma que codifica dos directivas anteriores, la Directiva 93/104/CE y la Directiva 2000/34/CE, que modificó la anterior para incluir los sectores y las actividades excluidos expresamente de dicha Directiva³. La finalidad ha sido pues establecer unas normas mínimas comunes a todos los Estados miembros para proteger la salud y la seguridad de los trabajadores frente a unos horarios de trabajo excesivos o inadecuados con poco tiempo de descanso y de recuperación del trabajo.

Atendiendo al objetivo definido, la normativa sólo aborda aquellos temas más directamente afectados para la protección de la seguridad y salud de los trabajadores. En la Directiva se establecen requisitos comunes mínimos para todos los Estados miembros, entre otros, las pausas de descanso diario y semanal (11 horas y de 24 a 35 horas ininterrumpidas, respectivamente); las pausas de descanso durante la jornada laboral; los límites del tiempo de trabajo semanal (48 horas incluidas las horas extraordinarias); las vacaciones anuales retribuidas de al menos 4 semanas, o una protección adicional para los trabajadores nocturnos. Pero, junto a este contenido de la Directiva de 2003, relativo a los derechos mínimos (con fin armonizador), se incorporan exigencias de flexibilidad, en clave de adaptación de la regulación comunitaria por los Estados miembros, por los convenios colectivos, los acuerdos colectivos e incluso los acuerdos individuales, estableciendo exclusiones y excepciones que determinan, en buena medida, la inaplicación de aquella finalidad armonizadora de la regulación comunitaria sobre tiempo de trabajo. Todo ello “habida cuenta de las posibles repercusiones de la ordenación del tiempo de trabajo en las empresas”⁴.

² Dejando a un lado la paralela regulación en diversos sectores productivos del tiempo de trabajo, como el transporte por carretera Directiva 2002/15/CE, del personal de vuelo en la aviación civil Directiva 2000/79/CE, trabajadores móviles en el sector ferroviario Directiva 2005/47/CE, y en el trabajo marítimo Directiva 1999/63/CE, que habían quedado excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva 1993/104/CE y que no responden ya exclusivamente al objetivo de mejora de seguridad y salud de los trabajadores. De otra parte, también debe citarse la Directiva 94/33/CE DEL CONSEJO de 22 de junio de 1994 relativa a la protección de los jóvenes en el trabajo (artículos 8 a 13).

³ A la luz de la jurisprudencia del entonces llamado Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, también se suprimió en la Directiva 2000/34/CE la disposición relativa al descanso dominical.

⁴ Ya la regulación contenido en la Directiva 93/104/CE debía conciliar la regulación mínima tuitiva de la salud laboral con los intereses de pequeñas y medianas empresa, evitando establecer trabas que puedan suponer para su creación y desarrollo.

Pues bien, la intervención comunitaria en materia de tiempo de trabajo desde el Primer Programa de Acción Social hasta la consulta pública sobre la Directiva 2003/88, cerrada con fecha de 15 de marzo de 2015, ha sido un camino jalonado por dificultades derivadas directamente de la oposición de ciertos Estados miembros. Hasta la fecha y tras más de diez años de desencuentros, hoy asistimos a una complicada situación de incumplimientos de los Estados⁵ y de recursos de la Comisión frente a los mismos⁶, que han seguido a una fase de impugnaciones a través de recursos de anulación contra la regulación comunitaria sobre tiempo de trabajo⁷.

Este “fracaso” sin paliativos expresa la falta de compromiso en relación con una materia que afecta directamente a las condiciones de vida de los trabajadores, al núcleo esencial de la devaluada Europa Social. La regulación del tiempo de trabajo determina nuestro tiempo de vida e incide directamente en la salud y el bienestar de las personas.

Analicemos ahora este proceso de revisión de la vigente Directiva para identificar las propuestas de cambio, las motivaciones de la reforma y las razones del referido fracaso.

⁵ Cfr., Sentencia de 7 de septiembre de 2006, asunto C 484/04 Comisión contra Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, que estima el recurso por incumplimiento de Estado de la Directiva 93/104/CE; Sentencia de 21 de junio de 2007, asunto C 392/06, Comisión de las Comunidades Europeas, contra Reino de España, que estima recurso por incumplimiento de Estado de la Directiva 2002/15/CE, en relación con las personas que realizan actividades móviles de transporte por carretera, dada la falta de adaptación del Derecho interno dentro del plazo establecido.

Sentencia de 20 de mayo de 2010, asunto C 158/09, Comisión Europea, contra Reino de España, que tiene por objeto un recurso por incumplimiento de la Directiva 2003/88/CE en relación con el Personal no civil de la Administración Pública, dada la falta de adaptación del Derecho interno dentro del plazo establecido.

⁶Recurso interpuesto el 11 de abril de 2014, Comisión Europea / República Helénica (Asunto C-180/14); Recurso interpuesto el 17 de marzo de 2014, Comisión Europea / República Italiana(Asunto C-124/14); Recurso interpuesto el 18 de febrero de 2014, Comisión Europea / Irlanda(Asunto C-87/14);

⁷ Así debe recordarse que el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte interpuso recurso de anulación contra la Directiva 93/107/CE, que fue desestimado por la Sentencia del Tribunal de Justicia, de 12 de noviembre de 1996, en el asunto C-84/ 94, Reino Unido contra el Consejo.

También el Reino de España (C 184/02) y la República de Finlandia (C 223/02) solicitaron la anulación de la Directiva 2002/15/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2002, relativa a la ordenación del tiempo de trabajo de las personas que realizan actividades móviles de transporte por carretera, demandas desestimadas por la Sentencia de 9 de septiembre de 2004

2. EL PROCESO (FALLIDO) DE REVISIÓN DE LA DIRECTIVA 2003/88/CE

El proceso de revisión global de la Directiva puesto en marcha en 2004 por la Comisión pretendía, según declaraba, analizar los cambios necesarios para que la regulación sobre tiempo de trabajo se ajuste mejor a las necesidades de los trabajadores, las empresas, los servicios públicos y los consumidores de toda la Unión Europea. La eficacia de esta normativa había sido cuestionada, de una parte, algunas de sus disposiciones habían quedado obsoletas frente a los cambios en los ritmos de trabajo, y de otra parte, las dificultades para aplicar las sentencias del Tribunal de Justicia determinaban incertidumbre jurídica y sobre todo incumplimientos de aspectos importantes de la normativa comunitaria.

Durante el periodo de 2004 a 2009 la inicial propuesta legislativa de la Comisión fue debatida ampliamente por el Consejo y por el Parlamento⁸. La propuesta de la Comisión centraba la revisión en cuatro ámbitos, la cláusula de no aplicación y el periodo de referencia para el cálculo de la jornada semanal máxima, el tratamiento del tiempo de presencia o tiempo de guardia y el del momento del disfrute del descanso compensatorio, cuando se aplican las excepciones previstas al régimen general de descansos.

De los cuatro ámbitos en los que ha estado centrado el proceso de revisión de la Directiva, dos de ellos han venido determinados por la interpretación de la Directiva realizada por el Tribunal de Justicia. Estos han sido el tratamiento de los tiempos de guardia y el momento de disfrute del descanso compensatorio. Los otros dos temas, la llamada cláusula de no aplicación y el periodo de referencia para el cálculo de los límites del tiempo de trabajo, requerían una revisión tras la aplicación por más de una década de la Directiva 2003 sobre tiempo de trabajo.

Pues bien, resumidamente el debate estuvo centrado en los siguientes términos. En primer lugar, la supresión de la cláusula de inaplicación prevista por el art. 22 de la Directiva, su supresión gradual, o su sujeción a mayores garantías. En segundo lugar, permitir la ampliación por Ley del periodo de refe-

⁸ Sobre esta fase, cfr., Martín Puebla, E., El fallido proceso de revisión de la Directiva Comunitaria sobre ordenación del tiempo de trabajo, en *Aranzadi Social*, 22/2010; Ferradans Caramés C., La controvertida reforma de la directiva sobre la ordenación del tiempo de trabajo, en *Temas Laborales*, 86/2006.

rencia para el cálculo de la jornada máxima de 48 semanales hasta un periodo de 12 meses⁹. En tercer lugar, establecer dentro de los tiempos de presencia o de guardias una diferenciación entre los periodos de actividad y de inactividad a los efectos de su consideración como tiempo de trabajo. En cuarto lugar, tolerar una mayor flexibilidad en relación con el momento del disfrute por el trabajador de los periodos de descanso compensatorio, transitando desde “inmediatamente” a “en un plazo razonable”.

Ante la falta de acuerdo entre los dos colegisladores, en 2009 la Comisión, a través de su Presidente, anunció que presentaría una nueva propuesta de modificación de la Directiva 2003/88, pero una vez celebrada una consulta en dos fases de los interlocutores sociales (art. 154 TFUE) y realizada una evaluación del impacto de la normativa y su propuesta de modificación. En el inicio y como resultado de estas consultas se publicarían diversos documentos comunitarios¹⁰. Por lo que respecta al impacto de la normativa actual y de la propuesta de revisión también se han elaborado diversos informes tanto por los servicios de la Comisión como por consultores externos.

En mayo de 2011, los principales interlocutores sociales a nivel europeo expresaron su voluntad de negociar la revisión de la Directiva con el objeto de alcanzar un acuerdo que adoptaría la forma de Directiva de conformidad con el art. 155 TFUE. Iniciadas formalmente las negociaciones en noviembre de 2011, en diciembre de 2012 los interlocutores sociales anunciaron que las negociaciones estaban en punto muerto, dándose por cerrado el proceso de negociación en febrero de 2013. Por ello, la Comisión continuó con su tarea de propuesta de

⁹ La regla básica establecida por el art. 16 de la Directiva es que el tiempo de trabajo máximo semanal de 48 horas debe ser respetado al final de periodo de referencia de 4 meses. Sin embargo, la legislación nacional puede extender este periodo en ciertas actividades, hasta un máximo de 6 meses, y los convenios colectivos pueden incluso extenderlo hasta un máximo de 12 meses, en cualquier actividad, de conformidad con el art. 16 de la Directiva. Resulta claro que el periodo de referencia no puede exceder en ningún caso de 12 meses. Todo trabajador tiene como derecho mínimo un periodo de referencia de 12 meses para el cómputo de la jornada máxima semanal de 48 horas; Cfr., Sentencia SIMAP, de 3 de octubre de 2000, asunto c 303/98, apartados 69 y 70.

¹⁰ Cfr., Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Revisión de la Directiva sobre tiempo de trabajo, (Segunda fase de la consulta de los interlocutores sociales a escala europea con arreglo al art. 154 TFUE), SEC (2010) 1610 final; Commission Staff Working Paper SEC (2010) 1611 final/Report from the Commission on the implementation by Member States of Directive 2003/88/EC, COM (2010) 802 final.

revisión, completando la labor de evaluación del impacto de diferentes fórmulas de reforma. A estos efectos inició un periodo de consulta pública que finalizó el pasado 15 de marzo de 2015.

En las diversas fases de la consulta se ha puesto de relieve, además de las posturas irreconciliables de los interlocutores sociales, la realidad de situaciones de incumplimiento por parte de los Estados miembros. Partiendo de la complejidad e importancia de la ordenación del tiempo de trabajo y de los nuevos riesgos que comporta para los trabajadores del siglo XXI, sí existe consenso en cuanto a mantener normas mínimas a nivel de la UE, pues no se piden cambios radicales pero sí una aplicación más flexible. En segundo lugar, también existe consenso sobre la necesidad de modificar la normativa actualmente vigente. En tercer lugar, también hemos de destacar que la regulación debe ser más clara y la existencia de consenso en relación con conferir mayor espacio de acción a los interlocutores sociales. Por último, en cuanto al contenido de los cambios normativos las posturas están lejos del consenso.

Como se comprueba de lo actuado a lo largo de este largo proceso es posible tanto una revisión parcial referida a las dos cuestiones, tiempos de guardia y periodo de descanso compensatorio y que se justificaría en el impacto de la doctrina del Tribunal de Justicia como una revisión global que aborde, entre otras cuestiones, una mayor flexibilidad para los nuevos ritmos de trabajo, un concepto más claro de trabajador con poder autónomos, si los límites temporales de la Directiva se aplican por trabajador o por contrato, o en fin, el impacto de la doctrina del TJE sobre el derecho a vacaciones durante los periodos de incapacidad temporal. Además, la regulación comunitaria del tiempo de trabajo debería abordarse también desde la perspectiva de la conciliación entre trabajo y vida familiar y privada. Al respecto, las propuestas avanzadas solicitan la existencia de deberes empresariales de información sobre las modificaciones de jornada y horarios y, de otra parte, una obligación empresarial de examen y respuesta motivada ante las solicitudes de adaptación de los trabajadores por motivos familiares.

La cuestión en la que se ha focalizado el disenso ha sido la de la cláusula de exclusión cuyo uso ha aumentado entre los Estados, especialmente en relación con ciertos sectores¹¹. Finalmente, sigue planteándose la cuestión del ámbito de

¹¹ Actualmente de los 27 Estados Miembros, 16 permiten la opción de no aplicación, si bien 11 de ellos solo en sectores o actividades con elevados niveles de tiempos de guardia: Cfr. COM (2010) 802.

aplicación de la Directiva en relación con problemas sectoriales específicos. En esta cuestión puede reflexionarse sobre la conveniencia u oportunidad de una negociación sectorial a nivel europeo, por ejemplo, en el sector de la sanidad, dada la alta concentración del uso del tiempo de presencia o de guardias.

3. BASE JURÍDICA Y AMBITO DE APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA 2003/88/CE

3.1. Base jurídica de la Directiva y líneas generales de su interpretación por el TJE

En la normativa sobre ordenación del tiempo de trabajo están presentes diversas dimensiones o perspectivas como son, entre otras, las exigencias de adaptación a las necesidades empresariales, y a las necesidades familiares y vitales de los trabajadores o la protección de la seguridad y salud de los trabajadores. También el tiempo de trabajo es objeto de atención, en el ámbito de la política de empleo, como instrumento de flexibilidad interna para evitar o reducir los efectos de las reestructuraciones empresariales sobre las decisiones de ajuste del personal de las empresas. Y así, entre las medidas propuestas para reducir el número de despidos económicos, se encuentra la reducción del tiempo de trabajo con la consiguiente reducción de salario de los trabajadores afectados.

El enfoque de la intervención comunitaria sobre tiempo de trabajo, prescindiendo de la evolución anterior a la primera regulación de 1993, ha sido la originaria función de proteger la seguridad y salud de los trabajadores, presente en las primeras normas laborales estatales y en la normativa internacional emanada de la OIT.

Ello es así, como es bien sabido, porque en el derecho comunitario, el primer instrumento de derecho derivado, la Directiva 93/104/CE, pudo ver la luz a través de la vía abierta para la adopción por mayoría cualificada de Directivas amparadas en la protección de la seguridad y salud de los trabajadores¹². El Tribunal de Justicia tendría la ocasión de pronunciarse sobre la adecuación de esta base jurídica, cuestionada por Reino Unido en su recurso de anulación,

¹² Cfr., el entonces vigente artículo 118 A del Tratado CE, posterior art. 137.2 CE, actual art.153.1 TFUE, que establece que la Unión apoyará y completará la acción de los Estados miembros, con vistas a mejorar el entorno de trabajo, para proteger la salud y la seguridad de los trabajadores.

declarando que la Directiva 93/104/CE es conforme a los principios de subsidiariedad y proporcionalidad¹³. A estos efectos, el TJE realizaría una amplia interpretación de los conceptos de seguridad y salud en el trabajo, de conformidad con la Organización Mundial de la Salud y que será relevante para futuros pronunciamientos, marcando una línea que orientará su interpretación de la regulación sobre tiempo de trabajo¹⁴.

Pues bien, la garantía por los diversos Tratados de la seguridad y salud en el trabajo ha seguido siendo la base jurídica de las posteriores Directivas, la Directiva modificativa 2000/34/CE y la Directiva codificadora 2003/88/CE, hoy vigente. Además, debe destacarse como base “constitucional” de referencia para la doctrina del Tribunal de Justicia, actualmente¹⁵, el art. 31 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, hoy con valor de Tratado de la Unión, y según el cual, todo trabajador tiene derecho a la limitación de la duración máxima del trabajo y a periodos de descanso diarios y semanales, así como a un periodo de vacaciones anuales retribuidas.

En definitiva, el tiempo de trabajo sigue siendo objeto de la regulación comunitaria no como condición de trabajo sino como factor de riesgo para la salud y la seguridad de los trabajadores¹⁶. Se trata ciertamente de un enfoque limitado pero que sin embargo ha posibilitado una interpretación extensiva del

¹³ Cfr., Sentencia del Tribunal de Justicia, de 12 de noviembre de 1996, en el asunto C-84/94: Reino Unido contra el Consejo.

¹⁴ A este respecto, del apartado 15 de la sentencia Reino Unido/Consejo, antes citada, se desprende que los conceptos de «seguridad» y de «salud» a efectos del artículo 118 A del Tratado, en el que se basa la Directiva 93/104, deben ser objeto de una interpretación amplia en el sentido de que se refieren a todos los factores, físicos o de otra índole, que pueden afectar a la salud y la seguridad del trabajador en su entorno laboral y, en particular, a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo. En el mismo apartado de dicha sentencia, el Tribunal de Justicia señaló además, que tal interpretación puede apoyarse en el preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, organismo al que pertenecen todos los Estados miembros, que define la salud como un estado completo de bienestar físico, mental y social, y no solamente como un estado consistente en la ausencia de enfermedad o dolencia alguna. Pues bien, esta sentencia sería punto de partida de la interpretación de los conceptos de periodo de descanso y de periodo equivalente en la Sentencia Jaeger, de 9 de septiembre de 2003, C 151/02, apartados 93 y 94.

¹⁵ Como antes lo sería la Carta comunitaria de derechos sociales fundamentales de los trabajadores, adoptada en la reunión del Consejo Europeo de Estrasburgo de 9 de diciembre de 1989.

¹⁶ Ampliamente sobre esta cuestión cfr. Trillo Párraga, F.J., *La construcción social y normativa del tiempo de trabajo: Identidades y trayectorias laborales*, Lex Nova, 2010.

Tribunal de Justicia, que introduciendo claridad conceptual ha reforzado los derechos de los trabajadores.

Una interpretación que, como ha precisado el propio Tribunal, no puede quedar desvirtuada por las consecuencias económicas y organizativas que puedan derivarse de la misma. Ya hemos destacado que el proceso de revisión de la Directiva arranca precisamente del impacto económico y organizativo que para los Estados se deriva de la jurisprudencia comunitaria sobre tiempo de trabajo, ahora bien, este mismo impacto no puede servir para justificar un cambio de criterio por el Tribunal de Justicia, entre otros argumentos, porque como se desprendía del quinto considerando de la Directiva 93/104 “la mejora de la seguridad, de la higiene y de la salud de los trabajadores en el trabajo representa un objetivo que no puede subordinarse a consideraciones de carácter puramente económico”¹⁷.

De partida, aunque con distinto blindaje para el derecho a vacaciones y los derechos a la limitación de la jornada y al descanso, el Tribunal ha desarrollado una interpretación amplia de los diversos contenidos de la Directiva sobre ordenación del Tiempo de trabajo.

En efecto el TJE, de un lado, ha considerado que el derecho de cada trabajador a vacaciones anuales retribuidas debe considerarse un principio del Derecho social de la Unión de especial importancia, al cual no pueden establecerse excepciones. Téngase en cuenta que el artículo 7 de la Directiva 2003/88 no figura entre las disposiciones a las cuales la Directiva permite expresamente que se establezcan excepciones y, por otro lado, que dicha Directiva considera que el derecho a vacaciones anuales y el derecho a percibir una retribución, en concepto de vacaciones, constituyen dos vertientes de un único derecho¹⁸. Se trata pues de un derecho sin posibles excepciones, inderogable *in peius* (art. 15) y que no puede interpretarse de manera restrictiva.

De otro lado, el Tribunal de Justicia también ha declarado que las regulaciones de la Directiva sobre tiempo de trabajo máximo y periodos mínimos de descanso constituyen normas del Derecho social comunitario de especial impor-

¹⁷ Cfr., Sentencia Jaeger, de 9 de septiembre de 2003, apartados 66 a 68.

¹⁸ Cfr., Sentencias Schultz-Hoff y otros, C 350/06 y C 520/06, apartado 22; KHS, C 214/10, apartado 23, y Domínguez, C 282/10, apartado 16.

tancia, de las que debe disfrutar todo trabajador como disposición mínima destinada a garantizar la protección de su seguridad y su salud¹⁹. Son pues derechos que corresponden a todo trabajador, que se interpretan de forma amplia, aunque si admiten excepciones y exclusiones que deben interpretarse, en consecuencia, de manera restrictiva.

Sobre este último extremo, procede recordar que, como excepciones al régimen comunitario en materia de ordenación del tiempo de trabajo establecido por la Directiva, tales excepciones deben ser objeto de una interpretación que limite su alcance a lo estrictamente necesario para salvaguardar los intereses que estas excepciones permiten proteger²⁰. Además, el Tribunal de Justicia ha afirmado el efecto directo de la Directiva, por ejemplo, en relación con las disposiciones que establecen la limitación de la duración máxima de la jornada semanal (art. 6.2) o el derecho a vacaciones (art. 7).

Desde este punto de partida o perspectiva de la regulación de mínimos necesarios para garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores, el TJE encuentra el anclaje perfecto para elaborar una doctrina que interpreta ampliamente el ámbito de aplicación objetiva y subjetiva de los derechos que regula y de forma expansiva el contenido de los mismos. Ahí están las numerosas resoluciones sobre el derecho a vacaciones retribuido²¹, donde, entre otras importantes declaraciones, el TJE ha afirmado que el derecho a las vacaciones anuales constituye únicamente una de las dos vertientes de un principio esencial del Derecho social de la Unión y que éste implica también el derecho a percibir una retribución. La expresión «vacaciones anuales retribuidas» significa que, mientras duren las vacaciones anuales, debe mantenerse la retribución normal del trabajador. En otras palabras, que éste debe percibir la retribución ordinaria por dicho período de descanso y distensión. Además, el derecho a una compensación

¹⁹ Cfr., Sentencia de 26 de junio de 2001, BECTU, C 173/99, apartados 43 y 47, Sentencia Pfeiffer, de 5 de octubre de 2004, Asuntos acumulados C 397/01 a C 403/01, apartado 100 y Sentencia Bollacke, de 12 de junio de 2014, asunto C 118/13, apartado 15.

²⁰ Cfr., Sentencia de 9 de septiembre de 2003, Jaeger, apartado 89 y Sentencia de 21 de octubre de 2010, asunto C 227/09, Accardo y otros, apartado 58. Esta última versa sobre duración máxima del tiempo de trabajo semanal y Excepciones relativas al descanso semanal aplazado y al descanso compensatorio mediante convenios colectivos o acuerdos de ámbito nacional o regional celebrados entre interlocutores sociales.

²¹ Cfr., De La Villa Gil, L.E., La nueva lectura del artículo 7.1 de la Directiva 2003/88/CE por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y su impacto en los complementos salariales, en Trabajo y Derecho, 1/2015.

financiera en el supuesto de que la relación laboral concluya por el fallecimiento del trabajador resulta indispensable para garantizar el efecto útil del derecho a las vacaciones anuales y que incluso el derecho a dicha compensación no puede supeditarse a una solicitud previa del interesado²².

E igualmente deben citarse y ahora se analizarán por constituir el objeto del presente trabajo las sentencias sobre el concepto de tiempo de trabajo y tiempo de descanso, en relación con los tiempos de presencia del personal médico²³ o sobre las exclusiones y sus condicionantes y sobre la llamada cláusula de exclusión voluntaria.

Previamente, será preciso detenernos en la importante cuestión ya apuntada del ámbito de aplicación de las previsiones comunitarias sobre ordenación del tiempo de trabajo.

En relación con todas estas cuestiones, hemos de adelantar que atendiendo al sistema y a la finalidad de la Directiva (establecer unas disposiciones mínimas destinadas a mejorar las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores) el Tribunal ha declarado que, entre otros, los conceptos de trabajador, tiempo de trabajo y de período de descanso constituyen conceptos de Derecho comunitario que es preciso definir según características objetivas. Los Estados no pueden determinar unilateralmente el alcance estos conceptos. A su juicio, 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.

3.2. Ámbito de aplicación de la regulación comunitaria sobre tiempo de trabajo

La Directiva 2003/88 se aplica a todos los sectores de actividad, tanto públicos como privados. Ya hemos señalado que la Directiva 93/104/CE sería modificada por la Directiva 2000/34/CE precisamente para incluir los sectores y las actividades excluidos de dicha Directiva.

²² Cfr., Sentencias Robinson Steele y otros, C 131/04 y C 257/04, apartado 50; Schultz- Hoff y otros, apartado 58; Lock, C 539/12, apartado 16 y Sentencia de 12 de junio de 2014, Bollacke , C 118/13, apartado 20,21 y 24.

²³ Referido al personal médico, cfr., Lalaguna Holzwarth, E., La Jurisprudencia comunitaria y la consideración como tiempo de trabajo de los periodos de atención continuada y localización en la normativa europea, en Relaciones Laborales, 12/2014 y la bibliografía allí citada.

La Directiva de 2003, al igual que su predecesora, delimita su ámbito de aplicación remitiéndose expresamente al ámbito de la Directiva Marco 89/391 (art. 2), por lo que en principio se aplica a todos los sectores de actividades, públicas o privadas, entre los que concretamente figuran, de forma global, las actividades administrativas y de servicio.

Atendiendo al objeto de la Directiva 89/391, que consiste en promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo, el TJE ha venido afirmando siempre que el ámbito de aplicación de la Directiva sobre tiempo de trabajo debe entenderse de manera amplia. De ello se deduciría que las excepciones a dicho ámbito de aplicación deben interpretarse restrictivamente, y así se declararía inicialmente, en concreto, que las exclusiones expresas del ámbito de aplicación, establecidas en la Directiva 93/104, se referían a actividades particulares enumeradas taxativamente²⁴.

El TJE igualmente se ha debido pronunciar, al delimitar el ámbito de aplicación de la regulación comunitaria sobre tiempo de trabajo, en relación con la exclusión prevista por la Directiva 89/391, que expresamente aclara que no es de aplicación, “cuando se oponen a ello de manera concluyente las particularidades inherentes a determinadas actividades específicas de la función pública, por ejemplo, en las fuerzas armadas o la policía, o a determinadas actividades específicas en los servicios de protección civil” (art. 2.1.2). Para el Tribunal esta exclusión únicamente se adoptó a efectos de asegurar el buen funcionamiento de los servicios indispensables para la protección de la vida, la seguridad colectiva, la salud y el orden públicos en circunstancias de excepcional gravedad y magnitud –por ejemplo, catástrofes, atentados, accidentes graves, – que no se prestan, por naturaleza, a una planificación del tiempo de trabajo de los equipos de intervención y de socorro. Consecuentemente, esta excepción al ámbito de aplicación de la Directiva 89/391 debe recibir una interpretación que limite su alcance a lo que resulte estrictamente necesario para salvaguardar tales intereses con una prioridad absoluta²⁵.

²⁴ Eran los Sectores de transporte por carretera, aéreo, por ferrocarril, marítimo, de la navegación interior, de la pesca marítima, de otras actividades marítimas y de las actividades de los médicos en período de formación; Cfr., Sentencia Pfeiffer, apartado 59.

²⁵ Cfr., Sentencia Pfeiffer y otros, apartados 54 y 55 y Sentencia Feuerwehr Hamburg, de 14 de julio de 2005, C 52/04, 45 a 54 y 61: No obstante, incluso en una situación excepcional de esta índole, el artículo 2, apartado 2, párrafo segundo, de la Directiva 89/391 exige a las autoridades competentes que velen para que la seguridad y la salud de los trabajadores queden aseguradas «en la medida de lo posible».

Aplicando esta doctrina por ejemplo el TJE ha declarado que se hallan comprendidas “normalmente” dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 2993/88/CE, la actividad de los socorristas, realizada en el marco de un servicio de asistencia médica urgente, así como las actividades ejercidas por las fuerzas de intervención de un servicio público de bomberos²⁶.

En segundo lugar, por lo que respecta ya al ámbito subjetivo, el TJE ha tenido que resolver dudas de aplicación de la Directiva, en relación con el concepto de trabajador protegido por la regulación comunitaria sobre ordenación del tiempo de trabajo. Así, tuvo que responder inicialmente a la cuestión de si era inaplicable a todos los trabajadores ocupados en los sectores expresamente excluidos de la Directiva 93/104/CE²⁷.

Además, una vez declarada la inclusión de una actividad, la pregunta que frecuentemente se suscita es si la misma se ejerce como trabajador en el sentido de la Directiva 2003/88 y del artículo 31, apartado 2, de la Carta; en definitiva, cual es el concepto de trabajador a los efectos de la regulación comunitaria sobre tiempo de trabajo²⁸. Partiendo de que la Directiva 2003/88 no contiene ninguna remisión a tal efecto a la Directiva 89/391²⁹, ni a la definición del concepto de

²⁶ Cfr., respectivamente la Sentencia Pfeiffer y la Sentencia Feuerwehr Hamburg, apartado 61.

²⁷ En su sentencia de 4 de octubre de 2001, Bowden y otros (C 133/00) el Tribunal de Justicia declaró respecto de la exclusión del sector del transporte por carretera prevista en el art. 1.3 de la Directiva 93/104 que debe interpretarse en el sentido de que todos los trabajadores empleados en este sector, incluido el personal administrativo, están excluidos del ámbito de aplicación de dicha Directiva. Atendiendo a la argumentación del Tribunal de Justicia no cabe una respuesta general sino que va a depender del fundamento de la exclusión y el sector del transporte fue excluido del ámbito de aplicación de la Directiva 93/104 debido a que, en dicho ámbito, ya existía una normativa comunitaria que establece disposiciones específicas en materia. Cfr., Sentencias Jaeger, apartado 89 y Pfeiffer, apartados 67 y 68.

²⁸ Cfr., Sentencia de 14 de octubre de 2010 asunto C 428/09, Union syndicale Solidaires Isère y Premier ministre. Se plantea la cuestión relativa al ámbito de aplicación en relación con la actividad ocasional y de temporada de los titulares de un “contrato de participación en la educación”, donde existía una limitación del tiempo de trabajo de ese personal en centros de vacaciones y de ocio a 80 días por año. En concreto, el TJE declaró que si se aplica la Directiva 2003/88/CE al personal ocasional y de temporada que trabaja como máximo ochenta días por año en centros de vacaciones y de ocio.

²⁹ No resulta aplicable pues el concepto de «trabajador» del artículo 3, letra a), de la Directiva 89/391 como cualquier persona empleada por un empresario, incluidos los trabajadores en prácticas y los aprendices, con exclusión de los trabajadores al servicio del hogar familiar.

trabajador que resulte de las legislaciones y/o las prácticas nacionales (por lo que no puede ser objeto de una interpretación variable según los Derechos nacionales), para el TJE este concepto tiene un alcance autónomo propio del Derecho de la Unión. Además, debe tenerse presente que el Tribunal de Justicia ya ha afirmado en ese sentido que la naturaleza jurídica *sui generis* de una relación laboral, a la luz del Derecho nacional, no puede tener consecuencias de ningún tipo en cuanto a la condición de trabajador a efectos del Derecho de la Unión³⁰.

El trabajador por tanto, a estos efectos, debe definirse como toda persona que realice, durante un cierto tiempo, en favor de otra y bajo la dirección de ésta, determinadas prestaciones a cambio de las cuales percibe una retribución.

Resulta irrelevante que se trate de un trabajador fijo o temporal³¹. Además, debe recordarse que según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, ni la productividad más o menos elevada del interesado ni el origen de los recursos para la retribución, ni siquiera el nivel limitado de ésta, pueden tener consecuencias de ningún tipo en cuanto a la condición de trabajador a efectos del Derecho de la Unión³². Se ha de considerar trabajador a cualquier persona que ejerza actividades reales y efectivas, con exclusión de aquellas actividades realizadas a tan pequeña escala que tengan un carácter meramente marginal y accesorio³³.

Más concretamente, el TJE ha precisado que no pueden considerarse actividades económicas reales y efectivas las que constituyen tan sólo un medio de reeducación o reinserción de las personas que las ejercen³⁴.

³⁰ Cfr., Sentencia Kiiski, C 116/06, apartado 26.

³¹ El Tribunal de Justicia ya ha estimado en el marco de la Directiva 93/104 que ésta no hace distinción alguna entre los trabajadores con contrato por tiempo indefinido y los que han celebrado un contrato de duración determinada, por lo que respecta más concretamente a las disposiciones relativas a los períodos mínimos de descanso, que se refieren la mayor parte de las veces a «todos los trabajadores»: cfr., Sentencia BECTU, apartado 46. Idéntica doctrina es aplicable a la Directiva 2003/88, y en especial a su artículo 3, relativo al descanso diario: Cfr., Sentencia Isère, apartado 31.

³² Cfr., sentencias Betray, C 344/87, apartados 15 y 16, Kurz, C 188/00, apartado 32, y Trojani, C 456/02, apartado 16 y aplicado a la Directiva 2003/34/CE, Sentencia de 26 de marzo de 2015, C 316/13, Fenoll, apartado 34.

³³ Cfr., Sobre el concepto de trabajador a efectos del Derecho de la Unión Europea: Sentencias de 3 de julio de 1986, Lawrie-Blum, C 66/85, apartados 16 y 17, y de 23 de marzo de 2004, Collins, C 138/02, apartado 26. Sobre su aplicación a la Directiva 2003/34/CE, Cfr., Sentencia Isère, apartado 27 y 28; Sentencia Fenoll: Sentencia de 26 de marzo de 2015, asunto C 316/13.

³⁴ Cfr., Sentencia Betray C-344/87 apartado 17.

Por el contrario, si son trabajadores los que ocupen empleos que, aunque estén reservados a personas que por circunstancias propias de su estado no están en condiciones de ocupar un empleo en condiciones normales, procuren, a la vez del desarrollo personal, generar cierta utilidad económica en provecho de la entidad interesada. En definitiva, si son trabajadores a efectos de la Directiva 2003/88/CE las personas que desarrollan actividades, que aunque adaptadas a sus capacidades, tienen una cierta utilidad económica para la entidad interesada³⁵.

4. DOCTRINA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA SOBRE EL CONTENIDO LA DIRECTIVA 2003/88/CE

De los cuatro ámbitos en los que ha estado centrado el proceso de revisión de la Directiva, dos de ellos han venido determinados por la interpretación de la Directiva realizada por el Tribunal de Justicia. Estos han sido el tratamiento de los tiempos de guardia y el momento de disfrute del descanso compensatorio. Estudiaremos ahora esta doctrina, centrandó nuestra atención en aquellas interpretaciones que han puesto en marcha el proceso de revisión de la Directiva 2003/88/CE.

Ahora bien, a lo largo del proceso de revisión, fundamentalmente en su última fase, también ha estado presente el impacto de la jurisprudencia comunitaria relativa al derecho a las vacaciones retribuidas, del que sólo haremos una breve referencia al no ser objeto de este trabajo. En efecto, en las respuestas de los interlocutores sociales se han señalado algunas dificultades interpretativas tras las Sentencias Shultz-Hoff y Stringer sobre el derecho a las vacaciones del trabajador que se ausente del trabajo por motivo ajeno a su voluntad como la incapacidad. Las dudas surgen en relación con la acumulación de este derecho a vacaciones en años sucesivos, cuando se trate de bajas prolongadas y su justificación desde la perspectiva del derecho a la salud y seguridad de los trabajadores (superadas las cuatro semanas).

Antes de abordar los próximos epígrafes es necesario precisar que, para el TJE, salvo en relación con el derecho a las vacaciones, la Directiva 2003/88/CE tal como se desprende tanto de la finalidad como del tenor literal de sus dispo-

³⁵ Cfr., Sentencia Fenoll apartado 40.

siciones, no se aplica a la remuneración de los trabajadores, por lo que el TJE no analizará las cuestiones relativas a las repercusiones que, sobre la cuantía de las retribuciones, se derivan de las diversas decisiones sobre ordenación del tiempo de trabajo³⁶.

4.1. Concepto de tiempo de trabajo y tiempo de presencia

En primer lugar, el TJUE ha clarificado el concepto de tiempo de trabajo, definido por el art. 2.1 de la Directiva 2003/88/CE como “todo período durante el cual 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”.

Para el TJCE tiempo de trabajo y periodo de descanso son dos conceptos que se excluyen mutuamente. Consecuentemente, en el caso de que un periodo de tiempo no pueda ser calificado de periodo de descanso debe automáticamente ser considerado tiempo de trabajo. No hay lugar en el marco de la directiva para categorías intermedias entre tiempo de trabajo y tiempo de descanso. Cada periodo de tiempo o es tiempo de trabajo o es periodo de descanso³⁷.

Por ello es tiempo de trabajo el tiempo de presencia ya que cumplen los dos requisitos primeros fijados por la Directiva, el trabajador permanece en el centro de trabajo y a disposición del empresario. El concepto de tiempo de trabajo no requiere que el trabajador esté actualmente desarrollando una actividad efectivamente, basta que esté en el centro a disposición del empresario para realizar sus funciones profesionales.

En definitiva en las conocidas sentencias SIMAP, Jaeger y Dellas, el TJE ha expresado la opinión de que el tiempo de presencia (en el centro de trabajo u otro lugar elegido por el empleador) es por completo tiempo de trabajo, y en su caso, horas extraordinarias, con independencia del trabajo realizado por el trabajador³⁸. El dato decisivo para sostener que todo el tiempo de presencia (On call duty) es tiempo de trabajo es que el trabajador se encuentra en el centro de trabajo o en otro lugar elegido por el empresario y disponible para, de forma

³⁶ Cfr., Sentencia Dellas, de 1 de diciembre de 2005, C 14/04, apartados 38 y 39 y Auto Vorell de 11 de enero de 2007, C 437/05, apartado 32.

³⁷ Cfr., Sentencias SIMAP, apartado 47, Jaeger, apartado 48 y Dellas, apartados 42 y 43.

³⁸ Cfr., Sentencia SIMAP, apartado 52, Jaeger, apartado 75 y Dellas, apartado 46. En consecuencia, debe concluirse que, en el marco del servicio de atención continuada que efectúa un

inmediata, prestar sus servicios en caso de necesidad. El trabajador no puede elegir el lugar de estancia en los periodos de espera.

Por ello, el tiempo de presencia en el que no se prestan servicios profesionales no puede considerarse tiempo de descanso. Para poder descansar efectivamente, el trabajador debe disfrutar de la posibilidad de apartarse de su entorno laboral, para tener la posibilidad de distraerse y eliminar el cansancio inherente al ejercicio de sus funciones. Los períodos de descanso adecuados, no sólo han de ser efectivos, permitiéndole recuperarse del cansancio generado por su trabajo, sino también tener un carácter preventivo, que reduzca en la medida de lo posible el riesgo de alteración de la seguridad y la salud de los trabajadores que puede representar la acumulación de períodos de trabajo sin el descanso necesario³⁹.

De otra parte, el tiempo de presencia debe diferenciarse de tiempo de localización (On stand-by) en el que el trabajador puede permanecer en casa u otro lugar de su elección. El tiempo de localización no debe computarse íntegramente como tiempo de trabajo porque aunque el trabajador está a disposición del empleador, dirige su tiempo y puede satisfacer sus intereses. Sin embargo, los tiempos de servicio en respuesta a una llamada durante el tiempo de localización si se han de contabilizarse como tiempo de trabajo⁴⁰.

Finalmente, la noción de tiempo de trabajo y de periodo de descanso establecida por la normativa de cada Estado debe ser interpretada en el mismo sentido que estas nociones tienen en la Directiva⁴¹. La circunstancia de que la definición del concepto de tiempo de trabajo haga referencia a las «legislaciones y/o prácticas nacionales» no significa que los Estados miembros puedan determinar unilateralmente el alcance de este concepto⁴².

médico en su propio centro de trabajo, los períodos durante los cuales permanece a la espera de realizar un trabajo efectivo deben considerarse en su totalidad tiempo de trabajo, y, en su caso, horas extraordinarias, en el sentido de las Directivas 93/104 y 2003/88, para garantizar la observancia del conjunto de las prescripciones mínimas en materia de jornada de trabajo y descanso de los trabajadores establecidas por dichas Directivas y destinadas a proteger eficazmente la seguridad y la salud de los trabajadores: Cfr., Sentencia SIMAP y Auto de 11 de enero de 2007, en el asunto C 437/05, Vorel apartado 31.

³⁹ Cfr., Sentencias de 9 de septiembre de 2003, Jaeger, C 151/02, apartados 63 y 92, Comisión/Reino Unido, apartado 41e Isere, apartado 37.

⁴⁰ Cfr., Sentencia SIMAP, apartado 50.

⁴¹ Cfr., Sentencia Jaeger, apartados 59 y 82; Sentencia Dellas, apartado 45.

⁴² Cualquier otra interpretación haría peligrar el objetivo de la Directiva de armonizar la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores mediante disposiciones mínimas. Para el

Los conceptos de tiempo de trabajo y de período de descanso constituyen conceptos de Derecho comunitario que es preciso definir según características objetivas, refiriéndose al sistema y a la finalidad de la Directiva, que es establecer unas disposiciones mínimas destinadas a mejorar las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores. En efecto, 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.

En definitiva, el TJE ha clarificado el concepto de tiempo de trabajo, de un lado, afirmando que no es necesaria la concurrencia conjunta de la triple exigencia del concepto (permanencia, disponibilidad y ejercicio de funciones). De otro lado, ha negado cualquier relevancia a efectos definitivos a la referencia última a las legislaciones y/o prácticas nacionales.

4.2. Naturaleza y momento de disfrute del periodo de descanso compensatorio

Las excepciones previstas por la Directiva, en los artículos 17 y 18 al régimen de descansos, están expresamente sujetas al requisito de que se concedan períodos equivalentes de descanso compensatorio a los trabajadores, o que, en casos excepcionales en que por razones objetivas no sea posible la concesión de tales períodos equivalentes de descanso compensatorio, se conceda una protección equivalente a dichos trabajadores. Aunque ciertamente esta última previsión confiere cierto margen de apreciación a los Estados miembros, y en su caso a los interlocutores sociales, para establecer en casos excepcionales una protección equivalente de los trabajadores interesados, sigue siendo cierto que esa protección, que afecta a la salud y la seguridad de esos trabajadores, también pretende, al igual que el períodos mínimos de descanso o el período equivalente de descanso compensatorio, permitir que el interesado se distraiga y elimine el cansancio inherente al ejercicio de sus funciones⁴³.

Tribunal de Justicia es significativo que el artículo 2 de la Directiva no figura entre las disposiciones frente a las que ésta permite expresamente establecer excepciones Cfr., Sentencia de 12 de noviembre de 1996, Reino Unido/Consejo, C-84/94, apartados 45 y 75 y Sentencia Jaeger, apartado 59.

⁴³ Cfr., Sentencia de 14 de octubre de 2010, asunto C 428/09, Union syndicale Solidaires Isère y Premier ministre, apartado 59. Se analiza la normativa nacional que no prevé para el personal que presta una actividad ocasional y de temporal, titulares de un “contrato de participación en la

Pues bien, el TJE ha analizado detenidamente la naturaleza y el contenido del requisito o exigencia de un periodo equivalente de descanso compensatorio y ha integrado la laguna normativa, determinando también cuando debe ser disfrutado por los trabajadores, en concreto, inmediatamente después del tiempo de trabajo prolongado. El impacto de esta doctrina jurisprudencial sobre las normativas y prácticas nacionales sobre tiempo de trabajo, tanto económico como organizativo, también está en el origen del proceso de revisión de la Directiva de 2003. El TJE partiendo de una doctrina más general que configura extensamente el derecho al descanso, en línea con la amplitud del concepto de salud laboral de su primera sentencia sobre la Directiva 93/104, ha definido con detalle este periodo de descanso compensatorio que debe disfrutar el trabajador en caso de que se excepcione el régimen normal de descansos. Veamos con más detenimiento esta doctrina jurisprudencial.

De partida hemos de recordar que para el TJE las diferentes disposiciones en materia de tiempo mínimo de descanso constituyen normas del Derecho social comunitario de especial importancia, de las que debe disfrutar todo trabajador como disposición mínima necesaria para garantizar la protección de su seguridad y su salud⁴⁴.

Más concretamente, el TJE sostiene que periodo de trabajo deben alternarse regularmente con periodo de descanso. Con el objeto de garantizar una protección eficaz de la seguridad y de la salud del trabajador debe preverse, en general, una alternancia regular entre un período de trabajo y un período de descanso. Para poder descansar efectivamente, el trabajador debe disfrutar de la posibilidad de apartarse de su entorno laboral durante un número determinado de horas que no sólo deben ser consecutivas, sino que también deben suceder directamente a un período de trabajo, para permitir al interesado distraerse y eliminar el cansancio inherente al ejercicio de sus funciones.

Todos los trabajadores deben disfrutar de períodos de descanso adecuados, que no sólo han de ser efectivos, permitiéndole recuperarse del cansancio gene-

educación” por un período mínimo de descanso diario. Se analizan las excepciones previstas en el artículo 17 de la Directiva 2003/88, sus requisitos y la garantía de un período equivalente de descanso compensatorio o, en casos excepcionales, de una protección equivalente.

⁴⁴ Así resulta de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, a la vista tanto del tenor de la citada Directiva 2003/88/CE como de su finalidad y sistemática: Cfr., Sentencias BECTU, antes citada, apartados 43 y 47, y de 7 de septiembre de 2006, Comisión/Reino Unido, C 484/04, apartado 38. Más concretamente cfr. Sentencia Isere, apartado 36.

rado por su trabajo, sino también tener un carácter preventivo que reduzca, en la medida de lo posible, el riesgo de alteración de la seguridad y la salud de los trabajadores, que puede representar la acumulación de períodos de trabajo sin el descanso necesario⁴⁵. En efecto, el objetivo esencial de la regulación comunitaria, como interpretara en su primera sentencia el TJE, conlleva la amplitud de los conceptos de seguridad y salud laboral con apoyo en el preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, pues la salud es un estado completo de bienestar físico, mental y social, y no solamente un estado consistente en la ausencia de enfermedad o dolencia alguna.

En definitiva, los períodos mínimos de descanso indispensables para la protección de la seguridad y salud de los trabajadores para ser adecuados y efectivos han de unir a su naturaleza reparadora un carácter preventivo.

De lo anterior resulta que los «períodos equivalentes de descanso», deben caracterizarse por el hecho de que, durante estos períodos, el trabajador no esté sujeto, frente a su empresario, a ninguna obligación que pueda impedirle dedicarse, libre e ininterrumpidamente, a sus propios intereses con objeto de contrarrestar los efectos del trabajo sobre la seguridad y la salud del interesado. Asimismo, tales períodos de descanso deben suceder inmediatamente al tiempo de trabajo que supuestamente compensan, para evitar la aparición de un estado de fatiga o agotamiento del trabajador a causa de la acumulación de períodos consecutivos de trabajo⁴⁶.

La exigencia general de alternancia regular entre tiempo de trabajo y de descanso, que se caracteriza por la libre disposición del trabajador de un determinado número de horas consecutivas disfrutadas inmediatamente después de las horas de trabajo resulta aún más necesaria cuando se excepciona el régimen general de descansos previsto por la Directiva. Por tanto, para el TJE, una serie de períodos de trabajo desarrollados sin que entre ellos se intercale el tiempo de descanso necesario puede, en su caso, perjudicar al trabajador o, al menos, supone el riesgo de sobrepasar las capacidades físicas de éste, poniendo así en peligro su salud y su seguridad, de modo que un tiempo de descanso otorgado

⁴⁵ Teniendo en cuenta el objetivo esencial de la Directiva 2003/38, cuya finalidad es proteger de manera eficaz la seguridad y la salud de los trabajadores: Cfr., Sentencias de 9 de septiembre de 2003, Jaeger, C 151/02, apartado 92, Comisión/Reino Unido, apartado 41 e Isere, apartado 37.

⁴⁶ Cfr., Sentencia Jaegger, apartados 93 y 94.

con posterioridad a dichos períodos no puede garantizar correctamente la protección de los intereses de que se trata⁴⁷.

4.3. La cláusula de exclusión voluntaria de la jornada semanal máxima (The op-out)

Como se sabe, la Directiva (art. 22) permite a los Estados miembros no aplicar el artículo 6, relativo a la duración máxima del tiempo de trabajo semanal, siempre que respeten los principios generales de protección de la seguridad y la salud de los trabajadores, y a condición de que el tiempo de trabajo no sobrepase las 48 horas en el transcurso de un período de 7 días, calculado como promedio en un período de referencia de 4 meses. No obstante, el trabajador podrá dar su consentimiento para trabajar un número de horas superior.

Sobre este primer condicionante, el consentimiento del trabajador, el TJE ha aclarado que el consentimiento expresado por los interlocutores sindicales en un convenio o acuerdo colectivo no equivale al dado por el propio trabajador⁴⁸. Esta excepción a las disposiciones mínimas debe rodearse de todas las garantías necesarias para que, en el supuesto de que el trabajador renuncie a un derecho social que la mencionada Directiva le ha conferido directamente, el trabajador afectado lo haga libremente y con pleno conocimiento de causa. Estos requisitos son tanto más importantes cuanto que el trabajador es la parte débil del contrato de trabajo, de modo que es necesario impedir que el empresario pueda viciar la voluntad de la otra parte contratante o imponerle una restricción de sus derechos sin que ésta haya manifestado expresamente su consentimiento al respecto.

⁴⁷ Cfr., Sentencia Jaeger, apartados 96, 97 y 100. En general, el hecho de conceder tales descansos únicamente «en otros períodos», que no están vinculados directamente con el período de trabajo prolongado debido a la realización de horas extraordinarias, no toma en consideración de manera adecuada la necesidad de respetar los principios generales de la protección de la seguridad y de la salud de los trabajadores que constituyen el fundamento del régimen comunitario de ordenación del tiempo de trabajo. Además y en todo caso nunca podría sobrepasarse el límite de las 48 horas semanales previsto también por la Directiva en su art. 6.

⁴⁸ El TJE acoge el argumento del Gobierno británico, según el cual si la intención del legislador comunitario hubiera sido permitir que se sustituya el consentimiento del trabajador por el expresado por un sindicato en un convenio o acuerdo colectivo, el artículo 6 de la citada Directiva habría sido incluido en la lista de aquellos respecto a los cuales pueden establecerse excepciones mediante convenios colectivos o acuerdos celebrados entre interlocutores sociales: Cfr., Sentencia SIMAP, apartado 73.

De lo anterior se deduce que, para establecer válidamente una excepción a la duración máxima del tiempo de trabajo semanal, el consentimiento del trabajador debe ser no solamente individual, sino también expreso y libremente manifestado⁴⁹.

En segundo lugar, el TJE se ha pronunciado sobre otra condición para la aplicación de la cláusula de exclusión voluntaria, el registro por parte del empresario y su control por las autoridades competentes. En efecto el art. 22.1.d) y e) de la Directiva 2003/88 prevé que los Estados miembros puedan dejar inaplicadas las disposiciones del artículo 6 de la misma Directiva, a condición de que adopten las medidas necesarias para garantizar que el empresario lleve registros actualizados de todos los trabajadores de que se trate y que los registros mencionados se pongan a disposición de las autoridades competentes, que podrán prohibir o restringir, por razones de seguridad o de salud de los trabajadores, la posibilidad de sobrepasar la duración máxima del tiempo de trabajo semanal.

Aunque ciertamente la Directiva no obliga a los Estados a establecer una normativa concreta para el cumplimiento de tal condición, el control de la observancia de las obligaciones que impone sí puede implicar que, dentro de las “medidas necesarias” para la realización de los objetivos que persigue, se establezcan medidas de supervisión. La obligación del empleador de permitir la consulta inmediata del registro del tiempo de trabajo podría evitar cualquier posibilidad de alteración de los datos en el intervalo que media entre la visita de inspección efectuada por las autoridades nacionales competentes y el control efectivo de tales datos por dichas autoridades⁵⁰.

En definitiva, sobre esta cuestión el TJE ha declarado ajustada al Derecho de la Unión Europea⁵¹ una normativa nacional que impone al empleador la obligación de poner a disposición de la autoridad nacional competente, para la supervisión de las condiciones de trabajo, el registro del tiempo de trabajo, de forma que se permita su consulta inmediata, siempre que esta obligación sea necesaria para el cumplimiento por esta autoridad de la misión de supervisión que le incumbe en relación con la aplicación de la normativa sobre condiciones de trabajo y, especialmente, de la relativa al tiempo de trabajo.

⁴⁹ Cfr., Sentencias SIMAP, apartado 74 y Pfeiffer, apartados 82 y 84.

⁵⁰ STJUE de 30 de mayo de 2013, Asunto C 342/12, Worten, apartado 41.

⁵¹ No supone una injerencia en la intimidad de los trabajadores ni afecta a la Directiva 95/46, y es acorde con el art. 22 de la Directiva 2003/88: Cfr., Sentencia Worten citada.

5. DOCTRINA DEL TJE SOBRE INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA SOBRE TIEMPO DE TRABAJO

Finalmente, otra cuestión que debe ser analizada, atendiendo a los problemas de ajuste entre la Directiva y las legislaciones nacionales, tal y como se deduce de lo anteriormente descrito, es la aplicación de la Directiva sobre ordenación del tiempo de trabajo. En concreto, el Tribunal ha afirmado el efecto directo de ciertas disposiciones de dicha Directiva, que confieren derechos de forma incondicionada a los trabajadores así como el derecho a la reparación de los daños en caso de incumplimiento de la Directiva por parte de los Estados.

De partida, hemos de recordar que el órgano jurisdiccional nacional cuando conoce de un litigio exclusivamente entre particulares, está obligado, a aplicar las normas del Derecho interno adoptadas con objeto de adaptarlo a las obligaciones establecidas por una directiva, a tomar en consideración todas las normas del Derecho nacional y a interpretarlas, en la medida de lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de dicha directiva para llegar a una solución conforme con el objetivo perseguido por ésta.

De otra parte, la obligación, derivada de una directiva, de que los Estados miembros alcancen el resultado previsto por ésta y su deber, conforme al artículo 4 TUE, apartado 3, de adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de dicha obligación, se imponen a todas las autoridades de los Estados miembros. Tales obligaciones pesan sobre estas autoridades, incluidas, en su caso, las autoridades en su condición de empleador público⁵². De ello se desprende, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que, cuando no resulte posible interpretar y aplicar la normativa nacional conforme con las exigencias del Derecho de la Unión, los órganos jurisdiccionales nacionales y los órganos de la Administración están obligados a aplicar íntegramente el Derecho de la Unión y tutelar los derechos que éste concede a los particulares, así como abstenerse de aplicar, en su caso, cualquier disposición contraria del Derecho interno⁵³.

⁵² Cfr., Sentencia de 15 de abril de 2008, Impact, C 268/06, apartado 85.

⁵³ Cfr. Sentencias de 22 de junio 1989, Costanzo, apartado 33; de 11 de enero de 2007, ITC, C 208/05, apartados 68 y 69, y Fuß (I), sentencia de 14 de octubre de 2010, Aunto C 243/09, apartado 63.

Siempre que las disposiciones de una directiva resulten, desde el punto de vista de su contenido, incondicionales y suficientemente precisas, los particulares podrán invocarlas frente al Estado, incluso cuando actúa en su condición de empleador, sobre todo cuando no haya adaptado el Derecho nacional a la Directiva comunitaria dentro del plazo señalado o cuando se haya producido una adaptación incorrecta⁵⁴. Sin embargo, a este respecto, es importante recordar que, de acuerdo con reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, una directiva no puede, por sí sola, crear obligaciones a cargo de un particular y, por consiguiente, no puede ser invocada, en su calidad de tal, contra dicha persona⁵⁵.

Pues bien, trasladando esta doctrina general a la aplicación de la Directiva sobre tiempo de trabajo, el Tribunal de Justicia ha apreciado que el artículo 6, letra b), de la Directiva 2003/88 que fija la duración máxima de 48 horas semanales, incluidas las horas extraordinarias tiene efecto directo, en la medida en que confiere a los particulares derechos que pueden invocar directamente ante los órganos jurisdiccionales nacionales⁵⁶. Por el contrario, el TJE ha negado la posibilidad de aplicación directa de las excepciones establecidas por los arts. 17 y 18 de la Directiva y en la medida en que las excepciones en cuestión no se hayan incorporado válidamente al Derecho interno (lo cual debe comprobar el órgano jurisdiccional nacional) las autoridades de un Estado miembro que no hayan ejercido dicha facultad no pueden invocar su propia omisión para denegar a los trabajadores el disfrute de períodos de descanso, establecidos de conformidad con las exigencias de la Directiva⁵⁷.

⁵⁴ Cfr., Sentencias de 26 febrero 1986, caso Marshall, y de 23 abril 2009, caso Angelidaki. Cfr., Sentencias de 19 de noviembre de 1991, Francovich y Bonifaci, asuntos acumulados C 6/90 y C 9/90, apartado 11, y de 11 de julio de 2002, Marks & Spencer, C 62/00, apartado 25.

⁵⁵ Cfr., Sentencias Marshall, apartado 48; de 14 de julio de 1994, Faccini Dori, C 91/92, apartado 20; de 7 de enero de 2004, Wells, C 201/02, apartado 56; de 5 de octubre de 2004, Pfeiffer y otros, C 397/01 a C 403/01, apartado 108; de 19 de enero de 2010, Küçükdeveci, C 555/07, apartado 46 y de 21 de octubre de 2010, Asunto C 227/09, Accardo, apartado 45.

⁵⁶ Cfr., Sentencia Pfeiffer, apartado 104. Por el contrario, en la conocida Sentencia SIMAP, en relación con la regulación del trabajo nocturno se afirmó que al no haber adoptado el Reino de España ninguna medida, conforme al artículo 2, punto 4, letra b), de la Directiva 93/104, por lo que respecta a los trabajadores sujetos a una relación de Derecho público, los médicos de Equipos de Atención Primaria que prestan cíclicamente sus servicios en turnos de atención continuada durante la noche no pueden considerarse trabajadores nocturnos con arreglo únicamente a esta disposición.

⁵⁷ Cfr., Sentencia Accardo, apartado 46.

Atendiendo a la anterior doctrina, el Tribunal también se ha pronunciado a favor de la reparación del daño causado por una violación del Derecho de la Unión, en concreto, del art. 6 b) y del art. 7 de la Directiva que regulan respectivamente el derecho a una jornada máxima de 48 horas semanales y el derecho a las vacaciones.

Partiendo del efecto directo del citado art. 6 b) de la Directiva 2003/88, ante la falta de adaptación por parte de la normativa interna, y resultando acreditado el incumplimiento de la jornada semanal máxima establecida por la Directiva, sin que tampoco se hubiera incorporado al Derecho interno la facultad, prevista en el artículo 22, apartado 1, de esta Directiva (y cuya aplicación requiere, en particular, el consentimiento del trabajador afectado, de establecer excepciones a esta regla) el TJE ha declarado el derecho del trabajador a obtener una reparación adecuada⁵⁸.

Igualmente, en relación con el artículo 7 de la Directiva 2003/88, que prevé el derecho a vacaciones anuales retribuidas, el TJE afirma que si no es posible una interpretación del Derecho nacional conforme con esa Directiva (lo que corresponde comprobar al tribunal nacional) el citado art. 7 no puede ser invocado en un litigio entre particulares para garantizar el pleno efecto del derecho a vacaciones anuales retribuidas y dejar inaplicada toda disposición nacional contraria. Pero, por otro lado, en esa situación la parte perjudicada por la falta de conformidad del Derecho nacional con el Derecho de la Unión podrá invocar, la jurisprudencia derivada de la sentencia *Francovich* para obtener, en su caso, reparación del daño sufrido⁵⁹.

Para el TJE la reparación, a cargo de las autoridades de los Estados miembros, de los daños que estos han causado a los particulares por violaciones del Derecho de la Unión debe ser adecuada al perjuicio sufrido. A falta de disposiciones del Derecho de la Unión en la materia, corresponde al Derecho interno del correspondiente Estado miembro determinar, siempre dentro del respeto de los principios de equivalencia y de efectividad, por una parte, si el daño sufrido por un trabajador, como consecuencia de la violación de una norma del Derecho de la Unión debe repararse mediante la concesión a éste de un tiempo de

⁵⁸ Cfr., Sentencia de 25 de noviembre de 2010 asunto C 429/09, *Fuß* (II) apartado 33.

⁵⁹ Cfr., Sentencia *Dominguez*, C 282/10, apartado 43 y Sentencia *Fenoll*, apartado 48.

descanso adicional o el reconocimiento de una indemnización económica, y, por otra parte, las reglas relativas al procedimiento de cálculo de esta reparación⁶⁰.

En definitiva, no es preciso ningún argumento para concluir que se trata de una doctrina extremadamente importante en un contexto de incumplimiento de la Directiva 2003/88/CE, en muchos Estados de la Unión Europea.

⁶⁰ Cfr., Sentencia Fuß (II) apartado 98. Además, el TJE afirma que el Derecho de la Unión se opone a una norma nacional, que supedita el derecho de un trabajador perteneciente al sector público a obtener la reparación del daño sufrido como consecuencia de la violación, por parte de las autoridades del Estado miembro de que se trate, del artículo 6, letra b), de la Directiva 2003/88 al requisito de que presente un recurso administrativo previo ante su empleador solicitando el cumplimiento de esta disposición: Cfr., Sentencia Fuß (II) apartado 90.