

# El tiempo de «disponibilidad» no presencial puede no ser tiempo de trabajo

## Lourdes López Cumbre

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Cantabria  
Consejera académica de Gómez-Acebo & Pombo

*Un periodo de «guardia» a disposición del empleador puede ser considerado tiempo de trabajo o tiempo de descanso. Si se trata de una disponibilidad no presencial, se estimará determinante el que, de una apreciación global de las circunstancias, se desprenda que las limitaciones impuestas al trabajador afectan objetivamente y de manera considerable a su capacidad para administrar libremente, en ese mismo periodo, el tiempo durante el cual no se requieran sus servicios profesionales y para dedicarlo a sus propios intereses.*

1. Dos recientes pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (SSTJUE de 9 de marzo del 2021, as. C-344/19, D. J., y as. C-580/19, R. J.) revisan la consideración del periodo de disponibilidad al servicio del empleador como tiempo de trabajo. La principal base jurídica de la controversia es el artículo 2 de la Directiva 2003/88; en atención a éste, se considera *tiempo de trabajo* «todo periodo 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», siendo *periodo de descanso* todo tiempo que no sea tiempo de trabajo.

*Advertencia legal:* Este análisis sólo contiene información general y no se refiere a un supuesto en particular. Su contenido no se puede considerar en ningún caso recomendación o asesoramiento legal sobre cuestión alguna.

*N. de la C.:* En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

Maquetación: Rosana Sancho Muñoz • Diseño: José Ángel Rodríguez León y Ángela Brea Fernández

Al margen de las distintas situaciones particulares que originan sendas cuestiones prejudiciales, el tribunal recuerda que la citada Directiva 2003/88 tiene por objeto establecer disposiciones mínimas destinadas a mejorar las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores mediante una armonización de las normas nacionales relativas, en concreto, a la duración del tiempo de trabajo. Esta armonización tiene como fin promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores por medio de periodos mínimos de descanso diario y semanal, así como con periodos de pausa adecuados, y estableciendo una duración máxima del tiempo de trabajo semanal, entre otras posibilidades.

Por lo demás, de las definiciones contenidas y expuestas en el citado artículo 2 de la Directiva 2003/88 se deduce que *tiempo de trabajo* y *periodo de descanso* constituyen conceptos que se excluyen mutuamente. En consecuencia, el *tiempo de guardia* de un trabajador deberá calificarse de una forma u otra, pero no cabe categoría intermedia. Además, se trata de conceptos que deberán definirse según características objetivas, acordes con la finalidad de la norma europea, garantizando su plena eficacia y asegurando una aplicación uniforme de los mencionados conceptos en la totalidad de los Estados miembros. Eso significa que «a pesar de la referencia a las "legislaciones y/o prácticas nacionales" contenida en el artículo 2 de la Directiva 2003/88, los Estados miembros no pueden determinar unilateralmente el alcance de los conceptos de *tiempo de trabajo* y *periodo de descanso*, sometiendo a cualesquiera condiciones o restricciones el derecho, reconocido directamente a los trabajadores por esta directiva, a que se tengan debidamente en cuenta los periodos de trabajo y, correlativamente, los periodos de descanso» [(apdo. 31) las referencias se realizan siempre al primero de los pronunciamientos, dictado en el asunto C-344/19].

2. En cuanto al tiempo de guardia en cuestión, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia viene considerando que un periodo durante el cual el trabajador no lleva a cabo efectivamente ninguna actividad por cuenta del empresario no constituye necesariamente un *periodo de descanso* a efectos de la normativa europea. Así, se estima que el factor determinante para considerar que se dan los elementos característicos del concepto *tiempo de trabajo* a estos efectos es el hecho de que dicho trabajador esté obligado a hallarse físicamente en el lugar determinado por el empresario y a permanecer a disposición de éste para poder prestar sus servicios inmediatamente en caso de necesidad (SSTJUE de 3 de octubre del 2000, as. C-303/98, *Simap*; de 9 de septiembre del 2003, as. C-151/02, *Jaeger*, y de 1 de diciembre del 2005, as. C-14/04, *Dellas y otros*). Será *lugar de trabajo* todo aquel en el que el trabajador deba realizar una actividad por orden del empresario, aun cuando no sea el lugar en el que ejerza habitualmente su actividad profesional. En consecuencia, durante un periodo de guardia de tales características, el trabajador, que ha de permanecer en su lugar de trabajo a disposición inmediata del empresario, debe permanecer alejado de su entorno social y familiar y goza de poca libertad para administrar el tiempo durante el cual no se requieran sus servicios profesionales. Por lo tanto, todo ese periodo debe calificarse de *tiempo de trabajo* en el sentido de la Directiva 2003/88, independientemente de las prestaciones laborales realmente efectuadas por el trabajador durante ese periodo (SSTJUE

de 9 de septiembre del 2003, as. C-151/02, *Jaeger*; de 5 de octubre del 2004, ass. C-397/01 a C-403/01, *Pfeiffer y otros*, y de 1 de diciembre del 2005, as. C-14/04, *Dellas y otros*).

Por otra parte, el Tribunal de Justicia ha declarado que, aunque no obligue al trabajador a permanecer en su lugar de trabajo, un periodo de guardia en régimen de disponibilidad no presencial debe calificarse igualmente, en su totalidad, de *tiempo de trabajo* en el sentido de la normativa europea cuando, habida cuenta de la incidencia objetiva y considerable de las limitaciones impuestas al trabajador en lo que atañe a la posibilidad de dedicarse a sus intereses personales y sociales, se distinga de un periodo durante el cual el trabajador sólo debe estar a disposición de su empresario a los efectos de que éste pueda localizarlo (STJUE de 21 de febrero del 2018, as. C-518/15, *Matzak*).

De lo anterior se deduce que «el concepto de *tiempo de trabajo*, en el sentido de la referida directiva, incluye todos los periodos de guardia, incluidos aquellos que se realizan en régimen de disponibilidad no presencial, durante los cuales las limitaciones impuestas al trabajador son de tal naturaleza que afectan objetivamente y de manera considerable a su capacidad para administrar libremente, en esos periodos, 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 periodo de guardia no alcanzan tal grado de intensidad y le permiten administrar su tiempo y dedicarse a sus propios intereses sin grandes limitaciones, sólo 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 periodo» (apdos. 37 y 38).

3. Con estas premisas, se considera que, para que un periodo de guardia sea calificado de *tiempo de trabajo*, deberán tomarse en consideración las limitaciones impuestas al trabajador, ya sea por la normativa del Estado miembro de que se trate, por un convenio colectivo o por el contrato de trabajo. No así las dificultades organizativas que un periodo 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. «Así, en particular, el hecho de que el domicilio libremente elegido por el trabajador esté separado por una distancia considerable del lugar en el que debe poder presentarse dentro de un determinado plazo durante su periodo de guardia no es, como tal, un criterio pertinente para calificar todo ese periodo como *tiempo de trabajo* en el sentido del artículo 2, punto 1, de la Directiva 2003/88, al menos cuando dicho lugar es su lugar de trabajo habitual. En efecto, en tal caso, ese trabajador ha tenido la posibilidad de apreciar libremente la distancia que separa ese lugar de su domicilio [...]. Además, si el lugar de trabajo engloba o se confunde con el domicilio del trabajador, el mero hecho de que, durante un periodo de guardia determinado, este último deba permanecer en su lugar de trabajo para poder estar a disposición del empresario en caso de necesidad no basta para calificar dicho periodo de *tiempo de trabajo* en el sentido de la Directiva 2003/88» (apdos. 41 y 43, respectivamente). De ello se deriva que, cuando, por no existir una obligación de permanecer en el lugar de

trabajo, un periodo de guardia no pueda calificarse automáticamente de *tiempo de trabajo* en el sentido de la Directiva 2003/88, los órganos jurisdiccionales nacionales deberán verificar, no obstante, si no procede, aun así, aplicar dicha calificación, debido a las consecuencias que todas las limitaciones impuestas al trabajador tengan en lo que atañe a su capacidad para administrar libremente, en ese periodo, el tiempo durante el cual no se requieren sus servicios profesionales y para dedicarse a sus propios intereses.

A tal efecto, deberá valorarse el plazo de que dispone el trabajador durante su periodo de guardia para reanudar sus actividades profesionales a partir del momento en que el empresario requiere sus servicios, junto con, en su caso, la frecuencia media de las intervenciones que dicho trabajador ha de realizar efectivamente durante ese periodo. Porque, si existe un plazo breve en el que el trabajador debe volver al trabajo en caso de que sea necesario realizar una intervención —lo que, por regla general, le obliga a presentarse en su lugar de trabajo—, su capacidad para administrar libremente su tiempo se considerará mermada. A este respecto, se estima que «un periodo de guardia durante el cual un trabajador puede planificar sus ocupaciones personales y sociales, habida cuenta del plazo razonable que se le concede para retomar sus actividades profesionales, no constituye, *a priori*, tiempo de trabajo en el sentido de la Directiva 2003/88. En cambio, un periodo 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» (apdo. 48).

Deberá evaluarse asimismo la obligación del trabajador de permanecer en su domicilio, sin poder desplazarse libremente, a la espera de que su empresario contacte con él, o la de tener consigo un equipamiento específico cuando, a raíz de una llamada, deba presentarse en su lugar de trabajo; o 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, o, en fin, la frecuencia media de las prestaciones efectivas normalmente realizadas por el trabajador durante cada uno de sus periodos de guardia, siempre que ésta pueda estimarse de manera objetiva.

Procede subrayar, por último, que tal y como señalan los pronunciamientos objeto de análisis, el modo de retribución de los trabajadores por los periodos de guardia no se rige por la Directiva 2003/88, sino por las disposiciones pertinentes del Derecho nacional. Del mismo modo, si se decidiera que el periodo de guardia no es tiempo de trabajo, deberá contabilizarse en el cálculo de los periodos mínimos de descanso diario o semanal, si bien el empresario no podrá introducir periodos de guardia tan largos o frecuentes que constituyan un riesgo para la seguridad o la salud de los trabajadores, con independencia de que dichos periodos se califiquen de *periodos de descanso*.

Es un interesante planteamiento que obliga a valorar de forma casuística si las limitaciones impuestas al trabajador durante el periodo de disponibilidad no presencial —si se trata de un periodo en el centro de trabajo resultará más fácil, *a priori*, considerarlo *tiempo de trabajo*— son de tal naturaleza que afectan objetivamente a su capacidad para administrar libremente ese tiempo y dedicarlo a intereses particulares. Sin perjuicio del alcance que este tipo de pronunciamientos pueda tener en la interpretación de la normativa nacional, lo cierto es que generan expectativas, por ejemplo, en cuanto al teletrabajo o al «derecho a la desconexión digital». ¿Permite el teletrabajo aplicar una interpretación como la expuesta? ¿Podrá renunciarse a un derecho a la desconexión, al menos parcialmente, a cambio de un plus económico de «disponibilidad» parcial del trabajador? Aún es pronto para responder, pero decisiones judiciales como las expuestas, generadas en otro contexto invitan a reflexionar sobre el futuro más inmediato.