

**UNA NECESARIA REVISIÓN DE LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL
SUPREMO SOBRE EL TIEMPO DE TRABAJO EN LAS GUARDIAS
LOCALIZADAS CONFORME AL CONTENIDO DE LA CARTA
SOCIAL EUROPEA Y SU INTERPRETACIÓN POR EL COMITÉ
EUROPEO DE DERECHOS SOCIALES¹**

***A NECESSARY REVISION OF THE DOCTRINE OF THE SUPREME
COURT REGARDING ON-CALL WORKING TIME IN
ACCORDANCE WITH THE CONTENT OF THE EUROPEAN
SOCIAL CHARTER AND ITS INTERPRETATION BY THE
EUROPEAN COMMITTEE OF SOCIAL RIGHTS***

FRANCISCO VILA TIERNO

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Málaga

<https://orcid.org/0000-0001-5718-4160>

¹ Este comentario es una versión extensa del trabajo publicado en la sección de Briefs de la AEDTSS: Vila Tierno, F. “Tiempo de trabajo, tiempo de descanso y guardias localizadas ¿una nueva lectura a la luz de la Carta Social Europea?”, Briefs, AEDTSS, 5, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2023. <https://www.aedtss.com/tiempo-de-trabajo-tiempo-de-descanso-y-guardias-localizadas-una-nueva-lectura-a-la-luz-de-la-carta-social-europea/> y se corresponde con una parte esencial de la intervención en la Universidad de León, con la exposición “Tiempo de trabajo y desconexión”, desarrollado en el marco del Módulo Jean Monet, Actions in the field of Higher Education, Erasmus-JMO-2011-Module), Avanzando en transiciones justas en la Unión Europea: el trabajo decente como motor de cambio [ATJUE].

El trabajo se enmarca, además, en el contexto de actividades de la Red interuniversitaria sobre nuevas formas de prestación laboral y vulnerabilidad sobrevenida para el colectivo de mayores (UMA con participación de la UCM, UGR y UCAN).

Se quiere agradecer, de manera expresa, las relevantes sugerencias y aportaciones que han tenido un reflejo directo en el texto final de este trabajo, a la prof. Carmen Salcedo Beltrán, como gran especialista en la materia.

Cómo citar este trabajo: Vila Tierno, F. (2023). Una necesaria revisión de la doctrina del Tribunal Supremo sobre el tiempo de trabajo en las guardias localizadas conforme al contenido de la Carta Social Europea y su interpretación por el Comité Europeo De Derechos Sociales. *Lex Social, Revista De Derechos Sociales*, 13 (1), 1–16. <https://doi.org/10.46661/lexsocial.7889>

Cuando salgas de esa tormenta, no serás la misma persona que entró en ella. De eso se trata la tormenta
Haruki Murakami, *Kafka en la orilla*²

RESUMEN

La doctrina del Tribunal Supremo viene resolviendo sobre el tiempo de disponibilidad al que la persona trabajadora se obliga en las denominadas guardias localizadas, conforme a las resoluciones del TJUE en aplicación de la normativa comunitaria. Sin embargo, el mismo Tribunal Supremo, de conformidad con el control de convencionalidad, no descarta la aplicabilidad de la Carta Social Europea -en cuanto que resulta vinculante para nuestro país- de acuerdo con la doctrina emanada por el Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS), pero sin que ello haya llegado a la resolución de las citadas guardias localizadas. Algunos órganos de justicia, no obstante, ya han empezado a resolver atendiendo a la referida interpretación del CEDS planteando, de este modo, una auténtica revolución que antes o después llegará a Casación, pero que ya ha llegado a la realidad de nuestras relaciones laborales.

PALABRAS CLAVE: Carta Social Europea, Comité Europeo de Derechos Sociales, Tiempo de trabajo, Tiempo de descanso, Derecho Comunitario

ABSTRACT

The doctrine of the Supreme Court has been deciding on the time of availability to which the worker is obliged when on call, in accordance with the CJEU resolutions in application of European Union law. However, the same Supreme Court, taking under consideration the conventionality control, does not rule out the applicability of the European Social Charter -as it is binding for our country- in accordance with the doctrine issued by the European Committee of Social Rights (ECSR), but without this having reached the decisions of the aforementioned Court regarding on-call working time. Some judicial bodies, however, have already begun to decide based on this interpretation of the ECSR, thus proposing a true revolution that sooner or later will reach Cassation, but which has already reached the reality of our labor relations.

² Barcelona, 2008, Tusquets Editores.

KEYWORDS: European Social Charter, European Committee of Social Rights, Working time, Leisure time, European Union Law

SUMARIO

1.- Introducción

2.- La regulación comunitaria del Tiempo de trabajo y su aplicabilidad respecto a los tiempos de disposición de la persona trabajadora

3.- La interpretación del Tribunal Supremo. Una escueta aproximación

4.- La conexión del tiempo de trabajo con la Salud Laboral. Una aproximación

5.- Las resoluciones judiciales que se apoyan en la doctrina del CEDS sobre el contenido de la CSE

6.- A modo de conclusión

Bibliografía

1.- Introducción

El artículo 34 del Estatuto de los Trabajadores (ET), se destina, de manera amplia, a la regulación de la jornada laboral. En este sentido, dos son los parámetros que debemos tener presentes como punto de partida, cuando nos queremos referir a las personas trabajadoras que acuerdan con el empleador una disponibilidad para prestar servicios más allá de la jornada ordinaria que se prevé de manera directa como trabajo efectivo.

En cualquier caso, ese período de tiempo, en el que aquella persona trabajadora debe estar a disposición de la empresa necesita, como no puede ser de otro modo, una calificación jurídica. Y ello nos permitirá, según su calificación, situarlo, o no, en la órbita de los apartados 5º y 9º del citado artículo 34 ET. En este sentido, debe recordarse que el primero de los apartados aludidos dispone que la jornada se computará en el período que se inicia y finaliza con el trabajador en su puesto de trabajo. Y ello, de conformidad con lo establecido en el art. 34.9 ET constituirá el objeto de la obligación de registro de jornada.

Sin embargo, cuando aludimos a aquellos tiempos de disponibilidad, la persona trabajadora no tiene porqué encontrarse en su puesto de trabajo. La duda, por tanto, es si entonces puede considerarse tiempo de trabajo efectivo para el cómputo de la jornada.

Hasta ahora, el Tribunal Supremo ha tenido una línea basada en la doctrina del TJUE sobre la materia, pero se trata de una doctrina que no ha tenido en cuenta, sin embargo, la interpretación que el Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS), en cuanto intérprete auténtico, hace de la Carta Social Europea (CSE) que, como es sabido, está ratificada por España.

Lo que hasta ahora venía siendo un debate doctrinal, ya se ha visto reflejado en el ámbito de los órganos de justicia, existiendo ya resoluciones judiciales en el Orden Social que se apartan del criterio del Tribunal Supremo. Esto es, se ha pasado de lo abstracto, a lo concreto, del mundo de las ideas, a la aplicación práctica. Y ello sitúa, necesariamente, al operador jurídico en un marco de incertidumbre y de inseguridad jurídica muy significativo. Al final, debe optar entre seguir al Tribunal Supremo teniendo en cuenta que es el que marca la doctrina imperante, o la incipiente doctrina que se va abriendo paso en algunos juzgados de lo social, pero que puede ser la que entienda aplicable el juez de instancia en un asunto concreto que sea, precisamente, el que toque en suerte a aquel operador.

Hoy, de nuevo, ante este panorama, podemos decir que vivimos tiempos convulsos, pero, en este caso, en el mundo jurídico. Veamos, en los siguientes epígrafes como se plantea este tema complejo.

2.- La regulación comunitaria del Tiempo de trabajo y su aplicabilidad respecto a los tiempos de disposición de la persona trabajadora

Hemos de partir, de manera forzosa en esta materia, de la Directiva 2003\88\CE, de 4 noviembre, que establece las disposiciones mínimas en la citada materia y se declara aplicable a todos los sectores de actividad, privados y públicos, salvo excepciones. Directiva que marca las pautas comunes relativa a tiempo de trabajo para todos los países de la Unión. Y, en este sentido, lo primero que formula, con carácter general, son los conceptos jurídicos que sirven de referencia para cualquier norma de transposición. Para ello, en el art. 2 se recogen las distintas definiciones que recogen los diferentes elementos que deben tenerse presente cuando se trata de la ordenación del tiempo de trabajo.

De particular interés, resulta, en este punto, las definiciones del art. 2, sobre los conceptos de tiempo de trabajo y tiempo de descanso. En dicho precepto se identifica el tiempo de trabajo a partir de tres parámetros: “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*". Lo que viene a completar la previsión de la STJUE 10-9-2015 (C 266/14, asunto TYCO) cuando afirma que "para que se pueda considerar que un trabajador está a disposición de su empresario, este trabajador debe hallarse en una situación en la que esté obligado jurídicamente a obedecer las instrucciones de su empresario y a ejercer su actividad por cuenta de éste" (Vid. tb. STJUE de 21-2-2018, C-518/15, asunto Matzak). Por contraposición, el art. 2 de la Directiva identifica el tiempo de descanso como "todo período que no sea tiempo de trabajo". Con una previsión adicional que a veces se ignora sobre el concepto de "descanso adecuado" como los "períodos regulares de descanso de los trabajadores, cuya duración se expresa en unidades de tiempo, suficientemente largos y continuos para evitar que, debido al cansancio o a ritmos de trabajo irregulares, aquellos se produzcan lesiones a sí mismos, a sus compañeros o a terceros, y que perjudiquen su salud, a corto o a largo plazo".

Sea como fuere, no se define, en ningún caso, que es el tiempo de disponibilidad que, por tanto, debe reconducirse al de tiempo de trabajo o, como contraposición, al de tiempo de descanso.

En este sentido, el intérprete del ordenamiento comunitario, el TJUE, ha venido distinguiendo, a la hora de establecer su reconocimiento como tiempo de trabajo o de descanso, según se trataran de guardias con presencia física o sin que ésta fuera precisa en un lugar de trabajo predeterminado, las conocidas como guardias localizadas.

En cuanto a las primeras, se han venido considerando, de manera regular, como tiempo de trabajo, por las limitaciones que suponían para el disfrute del descanso y de su ocio por el trabajador, independientemente de que se dispongan de espacios destinados al reposo en el lugar de trabajo [de manera evolutiva, hasta la consideración de todo como tiempo de trabajo: SSTJUE 3-10-2000 (SIMAP, C-303/98), 9-9-2003 (Jaeger, C-151/02), 1-12-2005 (Dellas, C-14/04) o ATJUE de 11 de enero de 2007, Asunto C-437/05].

Respecto a las segundas, esto es, a las que se prestan en régimen de localización, se ha venido considerando, salvo excepciones, que el tiempo de trabajo se limita al de la efectiva prestación, mientras que el resto se consideraba descanso.

No obstante, estas últimas son las que han ofrecido mayor complejidad, en tanto que el propio TJUE ha ido estableciendo posibles factores que permiten salvar aquella regla general, de manera que, en determinadas circunstancias, se entienden que son tiempo de trabajo y no tiempo de descanso. Son las limitaciones que afectan a la libertad del trabajador (derivadas de la norma legal o convencional o de las obligaciones contractuales), así como el mayor o menor tiempo de respuesta (no siendo finalmente éste el elemento determinante frente al primero citado), o la frecuencia en que es requerida la persona trabajadora, lo que lleva al TJUE a concretar si estamos ante la regla general - tiempo de descanso- o ante un supuesto en el que aquellas limitaciones no permiten

calificarlo de este modo (vid. SSTJUE 21-2-2018, Matzak, C-518/15; 9-3-2021 Radiotelevizija Slovenija C-344/19, Stadt Offenbach am Main, C-580/19; 9-9-2021, XR, C-107/19; 11.11.2021, Dublin City Council, C-214/20)³.

En síntesis, se apunta respecto de las guardias localizadas, la posible existencia de un campo abonado a la casuística donde los tres factores señalados -limitaciones sobre la libertad para organizar el descanso, tiempo de respuesta y frecuencia de servicios- los que determinarán si hablamos de tiempo de trabajo en su totalidad, o de tiempo de descanso con prestaciones concretas como tiempo de trabajo.

Y ello a salvo de otras consideraciones que posponemos a un epígrafe posterior.

3.- La interpretación del Tribunal Supremo. Una escueta aproximación

Nuestro ordenamiento interno, intenta ordenar esta realidad en el marco de la sección 5^a del capítulo II, del Título I, del Estatuto de los Trabajadores. Precisamente bajo el título de Tiempo de trabajo, partiendo del ya citado art. 34 cuando regula la jornada

En cualquier caso, ni nuestra normativa, ni la propia regulación comunitaria, resulta completamente clara con relación a circunstancias o modos de prestación en los que no concurre una continuidad en los servicios, sino que se alternan períodos de actividad con otros de mera disponibilidad. Nos estamos refiriendo, en concreto, a las guardias, bien sean con presencia física, bien sean “localizadas”.

Y es que, sea por vía contractual o convencional, se pueden establecer supuestos en los que, de manera obligada o voluntaria, se contrae el deber de estar a disposición de la empresa sin que exista, en todo momento, una prestación de servicios. El problema es que conforme a la misma Directiva, el tiempo de guardia o a disposición del empresario, puede considerarse o tiempo de trabajo o tiempo de descanso.

Siguiendo tal doctrina, se pronuncia la STS 4471/2020, de 2 de diciembre, en la que se concreta:

a) Guardias con presencia física: “Será tiempo de trabajo cuando la guardia exige la obligada permanencia en un determinado espacio físico y dar respuesta inmediata en

³ Afirman MONEREO PÉREZ y MUROS POLO que el TJUE “ha aquilatado la calificación del período de guardia en régimen de disponibilidad no presencial como «tiempo de trabajo» con base en criterios ciertamente ambiguos y pudiera decirse, incluso, estrictos”, pero la llamada de atención que hace en esos pronunciamientos “en cuanto al respeto al derecho a la seguridad y salud de los trabajadores, aun cuando dichos periodos sean considerados como tiempo de descanso” se ha de valorar positivamente., en “El «tiempo de trabajo» y el «período de descanso» a debate en las guardias en régimen de disponibilidad no presencial”, *La Ley Unión Europea*, nº 92, 2021, versión on line, pp. 1-20.

caso de necesidad, porque en tales circunstancias el trabajador se encuentra en el ejercicio de sus funciones laborales”

b) Guardias localizadas: “Mientras que se considerarán como tiempo de descanso, si el trabajador puede dedicarse a las actividades personales y de ocio que libremente quisiera realizar, en los que solo será tiempo de trabajo el dedicado a la prestación efectiva de servicios que requiera la intervención necesaria para atender la incidencia” (y sobre tiempo de descanso en general: STS 2747/2020, de 18 de junio).

4.- La conexión del tiempo de trabajo con la Salud Laboral. Una aproximación

En cualquier caso, hay un nexo de conexión en todos los supuestos que se deriva de la propia normativa comunitaria, pero que atiende, en este punto, a la garantía de la Salud de los trabajadores (partiendo de la Directiva Marco 89/391/CEE).

Y, en este contexto, el art. 15 de la Directiva 2003/88/CE prevé que esta norma “se entenderá sin perjuicio de la facultad de los Estados miembros de aplicar o establecer disposiciones legales, reglamentarias o administrativas más favorables a la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores, o de favorecer o permitir la aplicación de convenios colectivos o acuerdos celebrados entre interlocutores sociales que sean más favorables a la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores”.

Esto es, que se reconoce, de manera expresa, la aplicabilidad de disposiciones más favorables en materia de Salud laboral, constituyendo, a estos efectos, la misma Directiva el suelo mínimo de protección de los trabajadores en esta materia, sin que la misma pueda servir como justificación para rebajar dicho nivel de protección respecto de otra disposición invocable (art. 23).

Tengamos en cuenta que cuando se regula el tiempo de trabajo se está, ciertamente, acotando los límites en los que un trabajador se va a encontrar a disposición de la empresa, el período en el que la prestación laboral se va a desarrollar. No es menos cierto, sin embargo, que se está garantizando, a través de esta vía, el derecho al descanso en los términos que dispone el mandato del art. 40.2 CE a los poderes públicos.

Existe, en esta línea, un importante componente de protección de la Salud laboral, lo que no puede perderse de perspectiva en cuanto a la configuración de los derechos y deberes en esta materia.

Así lo ha determinado también el CEDS incluyendo en las Conclusiones de 2021 una *Observación interpretativa* sobre el art. 3 de la CSE, que garantiza el derecho a una seguridad y salud en el trabajo. Su finalidad ha sido la de proteger la salud física y mental

de las personas que practican el teletrabajo o trabajo a distancia y garantizar el derecho de todo trabajador a un entorno de trabajo seguro y saludable⁴.

5.- Las resoluciones judiciales que se apoyan en la doctrina del CEDS sobre el contenido de la CSE

Partiendo de estas premisas pueden surgir dudas que nos hagan plantearnos si la doctrina seguida por el Tribunal Supremo debe ser rectificada, en coherencia con un contexto de la protección multinivel⁵, debiendo atender a nivel europeo al otro marco jurídico equivalente de reconocimiento de los derechos sociales que representa la Carta Social Europea, integrado en nuestro sistema de fuentes desde el 29 de abril de 1980, por lo que se refiere al texto de 1961, y desde el 11 de junio de 2021, en cuanto a la versión revisada.

La ratificación de esta última, con la aceptación simultánea del procedimiento de reclamaciones colectivas, además de incrementar cuantitativa y cualitativamente el ordenamiento jurídico laboral, fortalece sus garantías. Con ello, los argumentos que se oponen y resisten a una aplicabilidad directa del tratado pierden aún más consistencia⁶.

Se ha formulado, en esta línea, una interesante interpretación que ya se había apuntado, v.gr., con gran detalle en la SJS n.3 de Barcelona, 321/2015, de 27 de octubre: “Si la Carta Social Europea és dret intern i és obligatori aplicar-la, i a més els informes emesos pel Comitè Europeu de Drets Socials tenen el caràcter d’interpretació autèntica de la Carta, la única conclusió possible al cas que ens ocupa és que els períodes de disponibilitat no presencials no poden ser considerats com a períodes de descans”⁷. Resolución que se dicta

⁴ SALCEDO BELTRÁN, C., “Inteligencia artificial y derechos sociales”, en ABADÍAS SELMA, A. Y GARCÍA GONZÁLEZ, G. (Coords.), *Protección de los trabajadores e inteligencia artificial: La tutela de los derechos sociales en la cuarta revolución industrial*, Barcelona, 2022, Atelier, pp. 75 y ss.

⁵ Oportunamente MONEREO PÉREZ subraya que “La articulación de distintos niveles de garantía de los derechos fundamentales en el espacio jurídico internacional y europeo en particular constituye en sí misma una garantía reforzada de tales derechos en una lógica universalista vinculada a la dignidad de la persona como tal y no sólo a la condición de ciudadanía nacional”, en “La garantía de los derechos sociales en la Carta Social Europea como ‘Constitución Social’ de la Europa amplia”, *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo. Laborum*, n° 4, 2022, pp. 233-234.

⁶ Vid una fundamentada respuesta en JIMENA QUESADA, L., y SALCEDO BELTRÁN, C. “Carta Social Europea, despido y control de convencionalidad: la odisea por alcanzar el reconocimiento de los derechos y sus garantías navegando en las procelosas aguas de las instancias superiores (*excusatio non petita*...), *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, 12 (1), 2022, <https://doi.org/10.46661/lexsocial.7257>, pp. 622-624

⁷ En el análisis pormenorizado de este pronunciamiento que SALCEDO BELTRÁN ha realizado señala que “efectúa una correcta articulación de las fuentes del derecho internacional, supranacional e internas, arbitrando una complementariedad y absoluta compatibilidad entre las mismas como consecuencia de la aplicación del estándar de protección más favorable, es decir, resuelve de forma “pacífica” la existencia de valoraciones dispares por parte de los organismos internacionales, huyendo de posibles antagonismos”. En “Tiempo de trabajo en la sociedad digital: jornada de trabajo y “conexión” en los períodos de guardia localizada”, en GARCÍA GONZÁLEZ, G. Y REGINA REDINHA, M. (Dir.), *Relaciones contractuales en la economía colaborativa y en la sociedad digital*, 2019, Madrid, Dykinson, p. 166

antes de la ratificación por España de la versión revisada de la Carta, en tanto que el precepto en el que se basan, no ha tenido modificación respecto de la original.

Y, en este mismo orden, la SJS n.2 de Guadalajara 3017/2022, de 28 de enero contempla que las Guardias localizadas y su consideración o no como tiempo de trabajo, debe hacerse en atención a la regulación del tiempo de trabajo que debe derivarse de la Carta Social Europea (CSE) y la interpretación por el Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS) a partir de las Conclusiones y Decisiones de Fondo. Más aún en el marco constitucional que se desprende de los arts. 10.2 y 93 a 96 CE⁸.

Expresamente viene a señalar que “Aunque los períodos de guardia localizada en los que no haya intervención no pueden ser considerados como tiempo de trabajo efectivo, no obstante, no pueden ser, sin límite alguno, asimilados a un tiempo de descanso en el sentido del art. 2 de la CSE, salvo en el marco de profesiones concretas (que no dice) o en circunstancias particulares (que no precisa, por cierto)”. Y añade: “Por más que la realización de la prestación presente un carácter meramente eventual, la puesta a disposición del empleador para cumplir, si este le requiere, una prestación laboral, impide incontestablemente al asalariado que pueda dedicarse a otras actividades de su libre elección, programadas dentro de los límites del tiempo disponible antes de ponerse a trabajar en un término preciso y sin que se vea sometido al azar en el ejercicio de la actividad asalariada o en la situación de dependencia que con aquella obligación se genera”.

Esta resolución se apoya, de manera concreta, en la Decisión de Fondo de 23.VI.2010, Confederación General del Trabajo contra Francia, Reclamación colectiva n° 55/2009, y en la Decisión de Fondo de 19.V.2021, Confederación General del Trabajo y Confederación General de directivos-Confederación General de Ejecutivos contra Francia, Reclamación colectiva n° 149/2017⁹, para afirmar que “Para el CEDS, la ausencia de trabajo efectivo, observada con posterioridad para un período temporal del cual el asalariado no pudo disponer libremente a priori, no constituye un criterio suficiente de equiparación de este período a uno de descanso. Y hacerlo así atenta contra el derecho a una duración razonable del trabajo, aunque se trate de un tiempo de guardia en el lugar

⁸ Vid. entre otros: JIMENA QUESADA, L. “La consagración del control de convencionalidad por la jurisdicción constitucional en España y su impacto en materia de derechos socio-laborales (comentario a la STC 140/2018, de 20 de diciembre)”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* 53, 2018, pp. 434-461. SALCEDO BELTRÁN, C. “La aplicabilidad directa de la Carta Social Europea por los órganos judiciales”, *Trabajo y Derecho*, n° 13, 2016, pp. 1-27.

⁹ Es la cuarta decisión de fondo sobre las guardias de localización no presenciales. Las tres anteriores son la decisión de fondo de 12.X.2004, Confederación francesa de directivos-Confederación general de ejecutivos (CFE-CGC), Reclamación colectiva n°16/2003; la decisión sobre el fondo de 8.XII.2004, Confederación General del Trabajo (CGT) contra Francia, Reclamación colectiva n° 22/2003 y la decisión sobre el fondo de 23.VI.2020, Confederación General del Trabajo (CGT) contra Francia, Reclamación colectiva n° 55/2009. El CEDS lleva solicitando a los Estados Parte información sobre el régimen jurídico de esta materia en el marco del procedimiento del sistema de informes. Véase SALCEDO BELTRÁN, C., “Conclusiones XXI-3 (2018) del Comité Europeo de Derechos Sociales: Evidencias de la “indiferencia” y “resistencia” a la Carta Social Europea”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, n° 5, 2019, pp.549 y 550.

de trabajo o en el domicilio. Lo que constituye -insiste una vez más- una violación del art. 2.1º CSE [...] no se puede garantizar el derecho al descanso suficiente si se posibilita que el trabajador esté pendiente constantemente de los encargos que le ordene el empresario durante el período de guardia localizada.

Se trata, por tanto, de una interpretación más protectora que la que ha elaborado el TJUE hasta el momento, para admitir (este último), sólo en supuestos muy restrictivos, la asimilación del período de guardia no presencial a la condición de tiempo de trabajo [...]

Y es que, en efecto, la mera amenaza de reincorporación a la prestación de trabajo durante la guardia supone que el trabajador de facto ya se vea sometido a una presión psicológica impeditiva de que pueda organizar adecuadamente su tiempo libre y dedicarlo a sus asuntos personales, con los riesgos que ello acarrea para el efectivo descanso y la salud del trabajador”¹⁰.

España, en este sentido, no puede desconocer las obligaciones que adquiere en el marco internacional, de acuerdo con su propio ordenamiento constitucional y si el CEDS,

¹⁰ La sentencia parece tomar como referente la posición doctrinal defendida por MONEREO PÉREZ Y MUROS POLO cuando expresamente señalan que “el CEDS entiende que no se puede garantizar el derecho al descanso suficiente si se posibilita que el trabajador esté pendiente constantemente de los encargos que le preste u ordene el empresario durante el período de guardia localizada. Se trata, por tanto, de una interpretación más protectora que la que ha elaborado el TJUE para admitir, solo en supuestos muy restrictivos, la asimilación del período de guardia no presencial a la condición de tiempo de trabajo. Tal y como recuerda el CEDS en sus Conclusiones XX-3 (2014) para España «el hecho de equiparar a tiempo de descanso los periodos de guardia durante los cuales no se ha realizado ningún trabajo efectivo constituye una infracción del art. 2. 1º de la Carta» ya que «la ausencia de trabajo efectivo, observada con posterioridad para un período temporal del cual el asalariado no pudo disponer libremente a priori, no constituye un criterio suficiente de equiparación de este período a uno de descanso. El Comité estima que una equiparación de los periodos de guardia en general al tiempo de descanso atenta contra el derecho a una duración razonable del trabajo, aunque se trate de un tiempo de guardia en el lugar de trabajo o en el domicilio».

Sin embargo, a la luz del estudio de la jurisprudencia española se puede inferir que se han obviado las decisiones más garantistas del CEDS y se han asumido plenamente las decisiones del TJUE (vid., entre otras, STS 19 de noviembre de 2019, rec. 1249/2017). Nos encontramos, por tanto, ante una contradicción entre las diversas interpretaciones dadas por el TJUE a su Directiva 2003/88 y por el CEDS a la Carta Social Europea. Controversia que se ha resuelto a favor de la jurisprudencia elaborada por el Tribunal de Justicia al asumir plenamente esta doctrina nuestro Tribunal Supremo y el casi conjunto de la doctrina judicial.

Solución que contraviene de forma clara el sistema multinivel de protección de los derechos sociales fundamentales, en especial, de los derechos a la limitación de jornada y al descanso. No se puede olvidar que en virtud del art. 96 C y del desarrollo dado por la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales, los tratados internacionales forman parte del derecho interno y son aplicables como tal”.

En efecto, la Carta Social Europea revisada —tras su ratificación por España y entrada en vigor el pasado julio de 2021—, y la jurisprudencia elaborada por su órgano de control, el CEDS, que fija «la interpretación auténtica», forman parte del derecho plenamente aplicable en el ordenamiento jurídico español”. MONEREO PÉREZ. J.L y MUROS POLO, A., “De nuevo sobre los criterios del Tribunal de Justicia de la Unión Europea para calificar las guardias como tiempo de trabajo y su compatibilidad con la doctrina del Comité Europeo de Derechos Sociales de la Carta Social Europea”, *La Ley Unión Europea*, nº 98, 2021, versión on line.

soberano en la competencia de supervisión del cumplimiento¹¹, concluye que el período de guardia localizada y su asimilación a período de descanso conculca el art. 2.1º CSE, debería hacernos replantearnos, seriamente, la doctrina del TS que únicamente atiende al TJUE, que pone de manifiesto una postura que ha sido calificada en alguna ocasión por la doctrina como anclada “en viejas concepciones acerca de los sistemas de fuentes (con desdén hacia las normas internacionales), de derechos y libertades (con reticencia hacia los derechos sociales) y de órganos (con desconfianza hacia las instancias internacionales)”¹².

Entendemos, no obstante, que el propio TS no tiene una postura frontal frente a la aplicabilidad de la CSE, sino que la reconoce y admite en el propio Sistema de fuentes. Cuestión distinta es la interpretación sobre su alcance. En este sentido, tiene particular interés la STS núm. 268/2022, de 28 de marzo (Ponente: Sempere Navarro). En dicha resolución, siguiendo la doctrina que se establece, entre otras, en la STC 140/2018, de 20 de diciembre (sobre el control de convencionalidad); reconoce que “la jurisprudencia constitucional viene entendiendo que cualquier juez ordinario puede desplazar la aplicación de una norma interna con rango de Ley para aplicar de modo preferente la disposición contenida en un tratado internacional, sin que de tal desplazamiento derive la expulsión de la norma interna del ordenamiento, como resulta obvio, sino su mera inaplicación al caso concreto. El análisis de convencionalidad que tiene cabida en nuestro ordenamiento constitucional no es un juicio de validez de la norma interna o de constitucionalidad mediata de la misma, sino un mero juicio de aplicabilidad de disposiciones normativas; de selección de Derecho aplicable, que queda, en principio, extramuros de las competencias del Tribunal Constitucional [SSTC 10/2019 (FJ 4º), 23/2019 (FJ 2º), 35/2019 (FJ 2º), 36/2019 (FJ 2º), 80/2019 (FJ 3º) y 87/2019]”.

A partir de aquí, sin embargo, introduce dudas sobre la aplicabilidad del conjunto del contenido de la CSE, pero no descarta, en absoluto, su eficacia, sino que lo hace depender de la cuestión a dilucidar y del contenido concreto: “Puesto que el contenido de la CSE es muy heterogéneo, no es seguro que todo él posea la misma aplicabilidad directa en el ámbito de una relación de Derecho Privado como es el contrato de trabajo. Más bien creemos, incluso tras la vigencia de la versión revisada, solo a la vista de cada una de las prescripciones que alberga cabe una decisión sobre ese particular. En tal sentido, la solución que ahora adoptamos no prejuzga lo que proceda en otras materias [...]”

Concluye, sobre el particular, no obstante, de un modo categórico: “Las reservas sobre aplicabilidad directa de la CSE antes de ratificar su versión revisada [...] deben ser superadas por todos los argumentos expuestos. Como cualquier otra norma, la CSE forma

¹¹ Véase el argumentado análisis sobre la vinculación a los pronunciamientos de este órgano de JIMENA QUESADA, L., “El Comité Europeo de Derechos Sociales: valor jurídico de sus resoluciones”, *Documentación Laboral*, 2022, n° 125, pp. 75-90.

¹² JIMENA QUESADA, L., y SALCEDO BELTRÁN, C. “Carta Social Europea, despido y control de convencionalidad: la odisea por alcanzar el reconocimiento...”, *op. cit.* pp. 623-624.

parte del ordenamiento jurídico, y ha de interpretarse en concordancia con las restantes, no de forma aislada [...]”.

Si nos atenemos, en esta línea, al mismo art. 10.2 CE y las interpretaciones que viene haciendo sobre la materia que ahora analizamos -sobre las guardias localizadas- el CEDS, no deberían existir problemas para que el propio TS, al hilo de esta sentencia, planteara una solución distinta a la que ha venido manteniendo conforme a la doctrina del TJUE.

6.- A modo de conclusión

Aquella desconfianza o separación de las instancias internacionales, podría ser superada en virtud de la base constitucional habilitante y la seguridad jurídica, debiendo observar en esta materia la CSE, en cualquiera de sus versiones,¹³ como canon más favorable, y considerar, en consecuencia, que todo el tiempo de disponibilidad en las Guardias localizadas puede ser tiempo de trabajo¹⁴, lo que puede suponer una auténtica revolución en esta materia.

“En este sentido, el conocimiento de la jurisprudencia del CEDS no constituye un mero reto pedagógico o de difusión en el ámbito académico o en la praxis jurídica, sino un imperativo constitucional de optimización de los arts. 10.2 y 96 CE y, por tanto, de nuestro sistema constitucional de derechos fundamentales. El art. 10.2 CE inserta el orden constitucional español en el sistema global de derechos humano, y en lo que aquí respecta, en la ordenación de la Carta Social Europea y la interpretación que haya sido dada por el CEDS.

Teniendo en cuenta lo anterior, el juez nacional (sin distinción) tiene el deber constitucional de llevar a cabo un control de convencionalidad para seleccionar la norma aplicable al caso que más favorezca al derecho constitucionalmente reconocido, siguiendo el principio de favor libertatis. Y tal aplicación prevalente del CEDS en materia de guardias localizadas no entra en contradicción con la Directiva comunitaria y la interpretación dada por el TJUE ya que se configura como una Directiva de mínimos en

¹³ JIMENA QUESADA, L. “La aplicación judicial de la Carta Social Europea en España: nuevas garantías para los derechos sociales tras la ratificación de la versión revisada”, *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 50, 2022, pp. 247-290.

¹⁴ Con amplio detalle: SALCEDO BELTRÁN, C. “Las guardias de disponibilidad no presencial a examen según la Carta Social Europea: la decisión sobre el fondo del Comité Europeo de Derechos Sociales de 19 de mayo de 2021, Confederación General del Trabajo (CGT) y Confederación Francesa de Directivos-Confederación General de Ejecutivos (CFE-CGC) contra Francia”, *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 56/2022, pp. 232-263.

materia seguridad y salud (art. 1.1), que admite la aplicación de disposiciones más favorables (art. 15)”¹⁵.

Más aún ante las dudas que ofrece la misma doctrina del TJUE con relación a los factores que sirven para exceptuar su regla general sobre las reiteradas guardias localizadas. El propio TS, en la STS núm. 268/2022, de 28 de marzo da pie para ello.

El debate ha pasado ya del ámbito doctrinal a los juzgados, ya no nos quedamos en el marco del discurso teórico, sino de la aplicación práctica del Derecho y ello tiene una repercusión que, antes o después, podrá llegar al mismo Tribunal Supremo, pero que ya plantea una seria duda en cuanto a su consideración por el operador jurídico en su día a día.

Para finalizar, brevemente apunto que no será la única materia respecto de la que se tendrá que pronunciar puesto que la misma situación se presencia actualmente en cuanto a la indemnización por despido improcedente. Su confrontación con el estándar de protección de la CSEr¹⁶, al considerar que las indemnizaciones sujetas a un baremo pueden ser incompatibles con el art. 24 de este tratado, se inició en el año 2020¹⁷, estando de plena actualidad en estos momentos, por dos motivos. Por un lado, por la presentación de dos

¹⁵ MONEREO PÉREZ, J.L y MUROS POLO, A. *op. cit.* que añaden: “Con base en todo lo anterior, es más que necesario cumplir e implantar la doctrina del Comité Europeo de Derechos Sociales (jurídicamente vinculante ex arts. 10.2 y 96.1 de nuestra Carta Magna), por la que cualquier período de guardia localizada, en el que se desarrolle o no prestación efectiva, debe de ser considerado como tiempo de trabajo y, por tanto, computarse a efectos de los necesarios descansos (salvo excepciones muy justificadas). Aplicar la ambigua jurisprudencia del Tribunal de Justicia supone en la práctica dejar fuera de la calificación de tiempo de trabajo al grueso de las guardias localizadas, por no tener estas unos plazos de respuesta excesivamente breves (de «algunos minutos»), que incluso pueden ser matizados por otros condicionantes. En cambio, la mera amenaza de reincorporación a la prestación de trabajo durante la guardia supone que el trabajador de facto ya se vea sometido a una presión psicológica, que le impida organizar su tiempo libre y dedicarlo a sus asuntos personales, con los riesgos que ello acarrea para el efectivo descanso y la salud del trabajador. Es así que a falta de regulación expresa en el ordenamiento jurídico español (que también sería deseable implantar), el juez nacional debe de estar vinculado por el sistema multinivel de protección de los derechos sociales fundamentales (reténgase el grupo o bloque normativo formado por los arts. 10.2 y 93-96 de nuestra Constitución) y, en virtud del principio *iura novit curia*, aplicar la norma más favorable a la garantía del derecho al descanso que, en este caso, sería la Carta Social Europea Revisada de 1996”.

¹⁶ Adicionalmente con el Convenio nº 158 de la OIT.

¹⁷ Un detallado estudio de esa disposición, la jurisprudencia del CEDS y los pronunciamientos de primera y segunda instancia en SALCEDO BELTRÁN, C., “La Carta Social Europea y el procedimiento de reclamaciones colectivas: un nuevo y excepcional escenario en el marco legislativo laboral”, *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, nº 91-92, 2022, pp. 5-9. Sobre las últimas decisiones sobre el fondo véase SALCEDO BELTRÁN, C. “Las indemnizaciones por despido injustificado y el art. 24 de la Carta Social Europea revisada: no hay dos condenas (Finlandia e Italia) sin tres (Francia). *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, 2022, 12 (1), 2022, 625–631. <https://doi.org/10.46661/lexsocial.7485> y ROJO TORRECILLA, E., “Y ahora, Francia. Nueva Decisión del Comité Europeo de Derechos Sociales. La indemnización tasada por despido injustificado vulnera el art. 24 de la Carta Social Europea revisada”, 27 de septiembre de 2022, Blog El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales. Accesible en http://www.eduardorjotorrecilla.es/2022/09/y-ahora-francia-nueva-decision-del.html?fbclid=IwAR28_Vyc1_7FAvJETNmYhKgLbKASB8ZdIZRWxKfQgxxFCrH7MSC8J7TLUXA.

reclamaciones colectivas contra España. En concreto la nº 206/2021, por UGT¹⁸, y la nº 218/2021, por CCOO. Las resoluciones se esperan con impaciencia por su impacto en el ordenamiento jurídico laboral. En el caso de ser condenatorias, parece ser que cuentan con el respaldo de los responsables gubernamentales para cumplirlas, tras las recientes declaraciones de la Vicepresidenta segunda del Gobierno y Ministra de Trabajo y Economía Social, en las que manifiesta la necesidad de modificar la forma de cálculo e implantar un despido reparativo¹⁹.

Por otro lado, por la adopción de la reciente sentencia del TSJ de Cataluña de 30 de enero de 2023, rec. 6219/2022²⁰, que ha reconocido, por primera vez en segunda instancia, una indemnización adicional en un despido objetivo improcedente. Los cánones internacionales son claves para fundamentar jurídicamente el fallo²¹.

Bibliografía

JIMENA QUESADA, L. “La aplicación judicial de la Carta Social Europea en España: nuevas garantías para los derechos sociales tras la ratificación de la versión revisada”, *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 50, 2022.

JIMENA QUESADA, L., “El Comité Europeo de Derechos Sociales: valor jurídico de sus resoluciones”, *Documentación Laboral*, nº 125, 2022.

JIMENA QUESADA, L. “La consagración del control de convencionalidad por la jurisdicción constitucional en España y su impacto en materia de derechos socio-laborales (comentario a la STC 140/2018, de 20 de diciembre)”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 53, 2018.

JIMENA QUESADA, L., y SALCEDO BELTRÁN, C. “Carta Social Europea, despido y control de convencionalidad: la odisea por alcanzar el reconocimiento de los derechos y sus garantías navegando en las procelosas aguas de las instancias superiores (*excusatio non petita...*)”, *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, 12 (1), 2022, <https://doi.org/10.46661/lexsocial.7257>

¹⁸ Véase un análisis en ROJO TORRECILLA, E., “Hacia la ratificación definitiva del Protocolo adicional a la Carta Social Europea, y notas a la reclamación presentada por la UGT sobre la disconformidad de la normativa española (indemnización tasada en caso de despido según salario y antigüedad) con el art. 24 CSE revisada”, 23 de abril de 2022. Blog El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales. Accesible en <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2022/04/hacia-la-ratificacion-definitiva-del.html?fbclid=IwAR28j8V4HOCZQbLXDHT3nSM432KiLR424uT5NJVYquzUY9Fqi0w7kQFqmyw>

¹⁹ Fte: Ministerio de Trabajo y Economía Social, 16 de febrero de 2023, <https://t.me/MinisterioTrabajo/1990>

²⁰ Accesible en

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/e25bbde0dcc2bc2ea0a8778d75e36f0d/20230210>

²¹ En el momento del despido objetivo, el art. 24 de la CSEr no estaba en vigor, pero su interpretación se utiliza para integrar la del Convenio nº 158 de la OIT.

MONEREO PÉREZ, J.L y MUROS POLO, A., “De nuevo sobre los criterios del Tribunal de Justicia de la Unión Europea para calificar las guardias como tiempo de trabajo y su compatibilidad con la doctrina del Comité Europeo de Derechos Sociales de la Carta Social Europea”, *La Ley Unión Europea*, nº 98, 2021, (versión on line)

MONEREO PÉREZ, J.L y MUROS POLO, A., “El «tiempo de trabajo» y el «período de descanso» a debate en las guardias en régimen de disponibilidad no presencial”, *La Ley Unión Europea*, nº 92, 2021 (versión on line).

MONEREO PÉREZ, J. L., “La garantía de los derechos sociales en la Carta Social Europea como ‘Constitución Social’ de la Europa amplia”. *Revista Crítica De Relaciones De Trabajo, Laborum*, nº 4, 2022, recuperado a partir de <https://revista.laborum.es/index.php/revreltra/article/view/622> .

ROJO TORRECILLA, E., “Y ahora, Francia. Nueva Decisión del Comité Europeo de Derechos Sociales. La indemnización tasada por despido injustificado vulnera el art. 24 de la Carta Social Europea revisada”, 27 de septiembre de 2022, Blog El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales. Accesible en http://www.eduardorojotorrecilla.es/2022/09/y-ahora-francia-nueva-decision-del.html?fbclid=IwAR28_Vyc1_7FAvJETNmYhKgLBKASB8ZdIZRWxKFOgxxFCrH7MSC8J7TLUXA .

ROJO TORRECILLA, E., “Hacia la ratificación definitiva del Protocolo adicional a la Carta Social Europea, y notas a la reclamación presentada por la UGT sobre la disconformidad de la normativa española (indemnización tasada en caso de despido según salario y antigüedad) con el art. 24 CSE revisada”, 23 de abril de 2022. Blog El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales. Accesible en <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2022/04/hacia-la-ratificacion-definitiva-del.html?fbclid=IwAR28j8V4HOCZQbLXDHT3nSM432KiLR424uT5NJVyquzUY9Fqi0w7kQFqmyw>

SALCEDO BELTRÁN, C. “La aplicabilidad directa de la Carta Social Europea por los órganos judiciales”, *Trabajo y Derecho*, nº 13, 2016.

SALCEDO BELTRÁN, C., “Conclusiones XXI-3 (2018) del Comité Europeo de Derechos Sociales: Evidencias de la “indiferencia” y “resistencia” a la Carta Social Europea”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, nº 5, 2019.

SALCEDO BELTRÁN, C., “Tiempo de trabajo en la sociedad digital: jornada de trabajo y “conexión” en los períodos de guardia localizada”, en GARCÍA GONZÁLEZ, G. y REGINA REDINHA, M. (Dirs.), *Relaciones contractuales en la economía colaborativa y en la sociedad digital*, 2019, Madrid, Dykinson.

SALCEDO BELTRÁN, C. “Las guardias de disponibilidad no presencial a examen según la carta social europea: la decisión sobre el fondo del Comité Europeo de Derechos

Sociales de 19 de mayo de 2021, Confederación General del Trabajo (CGT) y Confederación Francesa de Directivos-Confederación General de Ejecutivos (CFE-CGC) contra Francia”. *Revista General de Derecho Europeo*, nº 56, 2022.

SALCEDO BELTRÁN, C., “Inteligencia artificial y derechos sociales”, en ABADÍAS SELMA, A. y GARCÍA GONZÁLEZ, G. (Coords.), *Protección de los trabajadores e inteligencia artificial: La tutela de los derechos sociales en la cuarta revolución industrial*, Barcelona, 2022, Atelier.

SALCEDO BELTRÁN, C., “La Carta Social Europea y el procedimiento de reclamaciones colectivas: un nuevo y excepcional escenario en el marco legislativo laboral”, *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, nº 91-92, 2022.

SALCEDO BELTRÁN, C. “Las indemnizaciones por despido injustificado y el art. 24 de la Carta Social Europea revisada: no hay dos condenas (Finlandia e Italia) sin tres (Francia)”, *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, 12 (1), 2022, <https://doi.org/10.46661/lexsocial.7485>