

**El Ministerio Fiscal y las guardias localizadas de 24 horas: ni son “tiempo trabajo” ni cabe su compensación económica a los efectos de la Directiva 2003/88/CE.**

**Juan Martínez Moya**

*Magistrado de la jurisdicción social. Vocal del Consejo General del Poder Judicial*

**Resumen:** *La sentencia del Tribunal Supremo (Sala de Contencioso-Administrativo) fija como doctrina en interés casacional que el periodo de guardia de 24 horas de localización permanente que realizan los miembros de Ministerio Fiscal, no pueden calificarse automáticamente de “tiempo de trabajo”, a los efectos de la compensación económica sustitutiva que prevé el artículo 3 de la Directiva 2003/88/CE. Corresponde a quien reclama alegar y probar las “limitaciones adicionales” a la capacidad para administrar con cierta libertad el tiempo durante el cual no se requieren sus servicios profesionales, y su poder de disposición durante el mismo.*

**Palabras clave:** *Fiscales. Guardias localizadas. Tiempo de trabajo. Limitaciones adicionales. Carga de la prueba. Directiva 2003/88/CE.*

**Abstract:** *L'arrêt de la Cour Suprême (Cour administrative suprême, Espagne) établit comme doctrine pourvoi en cassation que la période de garde de 24 heures de localisation permanente effectuée par les membres du ministère public (procureurs) ne peut pas être automatiquement qualifiée de “temps de travail”, à laquelle effets de la compensation financière de substitution prévue à l'article 3 de la directive 2003/88/CE. Il appartient au demandeur d'alléguer et de prouver les contraintes découlant du régime d'astreinte par rapport à la capacité de gérer avec une certaine liberté le temps pendant lequel ses services professionnels ne sont pas requis, et son pouvoir de disposition pendant celui-ci.*

**Keywords:** *Procureurs. Garde sous régime d'astreinte. Temps de travail. Contraintes découlant du régime d'astreinte. Directive 2003/88/CE.*

---

## **I. Introducción**

Miembros del Ministerio Fiscal solicitan del Ministerio de Justicia compensaciones económicas por días de descanso no disfrutados posteriores tras jornadas de guardias realizadas (de 24 y 48 horas, así como del día tras cada semana de guardia, según los casos). La sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid estimó en parte sus reclamaciones. Ante el Tribunal Supremo (Sala Contencioso Administrativa), la controversia casacional promovida por los reclamantes se centra en decidir si las guardias de 24 horas que desarrollan en régimen de localización permanente, con obligación de personación cuando son llamados, pueden ser consideradas tiempo de trabajo a los efectos de devengar una compensación económica.

La sentencia TS (Sala III) de 29 de marzo 2022 responde a la calificación que recibe este periodo de alerta localizable con relación al cuerpo de fiscales, teniendo muy presente la más reciente doctrina del TJUE en esta materia. Se acoge a una interpretación conforme a la Directiva 2003/88/CE y a las pautas que marca seguir dicha jurisprudencia en la ponderación casuística de estos casos. Deja claro que no procede realizar una aplicación automática del "tiempo de trabajo"; que existen limitaciones adicionales en las guardias localizadas que podrían matizar la situación y abrir paso a una compensación económica, pero que, en todo caso, tales limitaciones han de ser alegadas y probadas.

La sentencia del TS que seguidamente pasa a comentarse llama la atención al lector en un aspecto metodológico. Se emplea a fondo; pues "reformula" la cuestión de interés casacional que había sido admitida en la resolución que la precede.

## **II. Identificación de la resolución judicial comentada**

**Tipo de resolución judicial:** Sentencia.

**Órgano judicial:** Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso

**Fecha y número de resolución:** 29 de marzo 2022, núm. 394/2022

**Tipo y número recurso o procedimiento:** Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015), núm. 7946/2020

**ECLI:** ES:TS:2022:1283

**Fuente:** CENDOJ

**Ponente:** Excma Sra. María del Pilar Teso Gamella

**Votos particulares:** carece

## **III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes**

*1.- Objeto del recurso contencioso-administrativo:*

*(a) En el ámbito de la instancia:*

-Es objeto del recurso contencioso-administrativo la desestimación presunta por silencio administrativo de las reclamaciones dirigidas al Ministerio de Justicia por varios miembros del Ministerio Fiscal con destino en diversas ciudades españolas, en las que solicitaban, al amparo de lo previsto en la Directiva Comunitaria 2003/88/CE, la compensación por días de descanso no disfrutados posteriores a cada jornada de guardia, sea de 24 o de 48 horas (11 horas tras cada jornada de guardia de 24 horas) y la compensación económica después de cada semana de guardia (1 día tras cada semana de guardia).

-La sentencia del Tribunal Superior de Justicia (Contencioso-Administrativo) de Madrid de 1 de octubre de 2020<sup>[1]</sup>, estimó en parte las reclamaciones de aquellos fiscales que solicitaron el derecho a la compensación económica por no haber disfrutado del descanso de un día tras a la salida de la guardia semanal por el tiempo trabajado durante el período anterior al 29 de octubre de 2013 y que se incluyen dentro de los cuatro años anteriores a su reclamación en vía administrativa. Cifró al respecto el importe de la compensación económica traduciéndolo al salario/día bruto por día no descansado conforme a las retribuciones de cada demandante en los períodos en los que les hubiera correspondido el descanso

*(b) En el nivel casacional:*

-El ATS Contencioso-Administrativo, de 15 de julio de 2021<sup>[2]</sup> tuvo por admitidos los recursos de casación de los recurrentes, miembros de la carrera fiscal, e inadmitido el de la Abogacía del Estado;

-La sentencia del TS (Contencioso-Administrativo) de 29 de marzo de 2022 desestima los recursos de los/as fiscales.

2. La “*progresiva delimitación*” del interés casacional, y la “*reformulación de la cuestión casacional en fase de decisión*”.

- El Auto del TS que admitió el recurso de los Fiscales identificó la siguiente cuestión de interés casacional: “*si el derecho al descanso, o en su caso, a una compensación económica sustitutiva, por el desempeño de guardias de 24 horas por parte de los integrantes de la carrera fiscal, se integra o no en el artículo 3 de la Directiva 2003/88/CE, del Parlamento Europeo y Consejo, de 4 de noviembre, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo*”.

-La STS se ve en la obligación de matizar y concretar el alcance de la cuestión casacional. Hace una doble observación: 1ª) Entiende que la cuestión relativa a la determinación de la compensación económica sustitutiva del derecho al descanso, por haber desempeñado guardias de 24 horas por los miembros de la Carrera Fiscal, según lo dispuesto en el *artículo 3 de la Directiva 2003/88/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo*, de 4 de noviembre, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, es una cuestión que ya ha resuelto la sentencia recurrida y que es firme porque no ha sido impugnada por el Abogado del Estado, parte recurrida; 2ª) Además, considera hecho admitido que el *artículo 3 de la citada Directiva 2003/88/CE* resulta aplicable a los servicios de guardia de los miembros de la Carrera Judicial y de la Carrera Fiscal y así “*ha sido reconocida por las autoridades nacionales, pese a su falta de transposición plena*”. Por ello concluye que “[S]e ha garantizado, por tanto, el descanso de 11 horas, tras el desarrollo de una jornada de 24 horas de guardia de permanencia en el órgano jurisdiccional. La sentencia así lo declara y no ha sido impugnada por el Abogado del Estado, por lo que se trata de un pronunciamiento que ha devenido firme”.

-Ahora bien, centra la controversia casacional en las consecuencias económicas de esta permanencia que no resultan aplicables, a tenor del contenido de la sentencia.

-El problema planteado es determinar si en los casos en que dichas guardias de 24 horas se desarrollan en régimen de localización permanente (no presencial o localizadas) con obligación de personación cuando resulta llamado, también procede, o no, la compensación económica solicitada por los recurrentes.

#### **IV. Posición de las partes**

Tratándose del “nuevo” recurso de casación (L.O. 7/2015) del art. 89.2 de la LJCA basado en el interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, la posición de las partes recurrentes aparecen en toda su amplitud recogida en el Auto de admisión del recurso, y después, más sintéticamente, pero con notable claridad expositiva, en el fundamento jurídico Tercero de la sentencia, bajo el epígrafe “La posición de la partes procesales”.

1.*La parte recurrente (fiscales)*: sostienen, en lo relativo, como es natural, a la parte desestimada por la sentencia, esto es, cuando no se ha prestado el servicio durante 24 horas en el órgano jurisdiccional, que la denegación de la compensación económica por ausencia de descanso no resulta conforme a Derecho. Consideran que privar a los miembros de la Carrera Fiscal de la compensación económica correspondiente a la falta de descanso, cuando las guardias se han realizado en régimen de localización permanente con obligación de presencia inmediata si resulta llamado al efecto, no se ajusta al contenido de la Directiva 2003/88/CE, ni a la interpretación que de dicha norma viene realizando el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

2.*La parte recurrida (Abogacía del Estado en representación del Ministerio de Justicia)*: considera que la sentencia se funda en una premisa de carácter fáctico, excluida por tanto de la casación, como es la falta de acreditación por parte de los recurrentes del desempeño efectivo del trabajo por un periodo de 24 horas

ininterrumpidas en el órgano judicial cuando se trata de guardias no presenciales. Añade "que, en este caso, en definitiva, faltan las notas características que son necesarias para que las 24 horas de guardia puedan considerarse en su totalidad como tiempo de trabajo, según la definición que establece la propia Directiva 2003/88/CE".

#### **V. Normativa aplicable al caso**

Directiva 2003/88 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003 relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo,

-En el artículo 2 , titulado «Definiciones», establece:

«A efectos de la presente Directiva, se entenderá por:

1) tiempo de trabajo: 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;

2) período de descanso: todo período que no sea tiempo de trabajo;

- El artículo 3 de la citada Directiva, que lleva por rúbrica «Descanso diario»:

«Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que todos los trabajadores disfruten de un período mínimo de descanso diario de 11 horas consecutivas en el curso de cada período de 24 horas.»

#### **VI. Doctrina básica**

- Con carácter general, las guardias no presenciales o guardias localizadas no suponen "tiempo de trabajo", a los efectos del artículo 2.1 de la Directiva 2003/88/CE.
- Excepcionalmente, conforme a la doctrina del TJUE ese tiempo de guardia localizada podría llegar a calificarse tiempo de trabajo si concurren limitaciones adicionales que restrinjan considerablemente la actividad de movimientos y de dedicarse a sus propios intereses personales durante el tiempo de guardia.
- En consecuencia, la determinación del "tiempo de trabajo" es esencialmente casuística, debiendo tener en consideración todas las circunstancias del caso.
- En el caso de los miembros del Ministerio Fiscal que realizan guardias localizadas, la doctrina de casación del TS (Sala Contencioso- Administrativa) precisa que en el periodo de guardia localizada (no presencial) no puede calificarse automáticamente de "tiempo de trabajo", en el sentido de la Directiva 2003/88/CE y a los efectos sobre la repercusión económica por el descanso de 11 horas no realizado. En el supuesto examinado no procede la compensación económica sustitutiva del indicado descanso de 11 horas no realizado que prevé el artículo 3 de la Directiva 2003/88/CE, pues los miembros de la carrera fiscal que reclamaron no han alegado de modo concreto y específico, ni han justificado las limitaciones añadidas que se anudan a la prestación del servicio durante ese tipo de guardias. Si no queda acreditado que el modo de realización de la guardia afecta de manera relevante a su capacidad para administrar con cierta libertad el tiempo durante el cual no se requieren sus servicios profesionales, y su poder de disposición durante el mismo, dicha compensación económica no procede.

## VII. Parte dispositiva

*\*Pronunciamiento principal:* se desestima el recurso de casación interpuesto por los miembros de la carrera fiscal, confirmándose así uno de los pronunciamientos (otros ya habían devenido firmes) de la sentencia de 1 de octubre de 2020, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, referido a que no procede, en el caso, la compensación económica de las guardias de 24 horas no presenciales o localizadas.

*\*Pronunciamiento accesorio:* no se hace imposición de costas, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.

## VIII. Pasajes decisivos

\*Fundamento jurídico CUARTO.-

“[...] Se ha garantizado, por tanto, el descanso de 11 horas, tras el desarrollo de una jornada de 24 horas de guardia de permanencia en el órgano jurisdiccional. La sentencia así lo declara y no ha sido impugnada por el Abogado del Estado, por lo que se trata de un pronunciamiento que ha devenido firme.

Ahora bien, las consecuencias económicas de esta permanencia no resultan aplicables, a tenor del contenido de la sentencia, y aquí es dónde surge la controversia en este recurso, a los casos en que dichas guardias de 24 horas se desarrollan en régimen de localización permanente con obligación de personación cuando resulta llamado. De manera que nos corresponde resolver, reformulando la cuestión de interés casacional, si respecto de este tipo de guardias no presenciales o localizadas, también procede, o no, la compensación económica solicitada por los recurrentes”.

\*Fundamento jurídico QUINTO.-

“[...]La jurisprudencia de Tribunal de Justicia de la Unión Europea señala que el factor determinante para la calificación de "tiempo de trabajo", en el sentido de la Directiva 2003/88, se produce cuando el trabajador está obligado a hallarse físicamente presente en el lugar determinado por el empresario, y a permanecer a disposición de éste para prestar sus servicios inmediatamente en caso de necesidad. En efecto, estas obligaciones, que impiden que los trabajadores afectados elijan su lugar de estancia durante los períodos de guardia, deben considerarse comprendidas en el ejercicio de sus funciones (véanse, en este sentido, la *sentencia del TJUE de 9 de septiembre de 2003 (asunto C-151/02)* , el *auto de 4 de marzo de 2011 (asunto C-258/10)* , y la *sentencia de 21 de febrero de 2018 (asunto C-518/15)* ).

La citada sentencia de 21 de febrero de 2018 declara que no ocurre lo mismo en la situación en la que el trabajador efectúa una guardia según el sistema de guardia localizada, que implica que esté accesible permanentemente sin estar presente en el lugar de trabajo.” [...] De modo que, con carácter general, las guardias no presenciales o guardias localizadas no suponen "tiempo de trabajo", a los efectos de la Directiva 2003/88/CE.

\*Fundamento jurídico SEXTO.-

*“Las limitaciones adicionales en las guardias localizadas*

Ahora bien, aunque, con carácter general, el tiempo de las guardias localizadas no es "tiempo de trabajo" a los efectos del artículo 2.1 de la Directiva 2003/88/CE , toda vez que permite a quien realiza ese tipo de guardias, administrar su tiempo, tener cierta libertad de movimientos, y dedicarse a sus propios intereses personales. Sin embargo, podría suceder que ese tiempo de la guardia localizada se someta a una serie de limitaciones adicionales, que van más allá de la mera localización. Pues bien, en ese caso y si dichas limitaciones adicionales revistieran la intensidad necesaria

podrían llegar a variar la calificación de ese tiempo de la guardia localizada, que podría pasar a ser tiempo de trabajo.

En este sentido se pronuncia la jurisprudencia del *Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, en la ya citada sentencia de 21 de febrero de 2018 , que abordaba el supuesto de las guardias localizadas de un bombero belga [...]”.

Sin embargo, a diferente conclusión llega la *sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de noviembre de 2021 (asunto C-214/20 )*, cuando considera que el deber de acudir al trabajo en 10 minutos no supone una limitación, teniendo en cuenta que se trata de un bombero de retén, que tiene autorización para realizar otra actividad profesional y que no ha de acudir a todas y cada una de las intervenciones. De modo que considera que en este caso el tiempo de la guardia localizada no es "tiempo de trabajo".

En definitiva, la determinación del "tiempo de trabajo" es esencialmente casuística, debiendo tener en consideración todas las circunstancias del caso.

\*Fundamento jurídico SÉPTIMO. -

*“No se aprecian limitaciones adicionales a la localización propia de este tipo de guardias*

[...] El periodo de guardia localizada, en definitiva, no puede calificarse automáticamente de "tiempo de trabajo", en el sentido de la Directiva 2003/88/CE y a los efectos ahora examinados sobre la repercusión económica por el descanso de 11 horas no realizado, que es lo que parecen postular los recurrentes, toda vez que no se somete a limitaciones adicionales intensas. Así es, ni se limita el lugar en el que debe estarse durante dichas guardias, ni se señala la frecuencia de las intervenciones, ni el plazo de respuesta en que han de realizarse, ni cualesquiera otras limitaciones concretas más allá de la genérica alusión a la penosidad de la guardia o a la inmediatez de la respuesta [...]

Atendidas las circunstancias de hecho del caso concreto y lo alegado y justificado por las partes en el proceso, insistimos, no se han puesto de manifiesto, ni justificado, ni probado, que se hayan establecido en este caso limitaciones adicionales más allá de la localización propia de este tipo de guardias. No se han evidenciado ni limitaciones de orden geográfico, ni tampoco de naturaleza temporal, ni relativas a la frecuencia con que se producen las intervenciones, de modo que no podemos concluir que en este caso concurren restricciones intensas que limiten de modo significativo la capacidad de administrar con cierta libertad su tiempo y dedicar el mismo a asuntos personales.

Por lo demás, teniendo en cuenta la reformulación de la cuestión de interés casacional expuesta en fundamentos anteriores, debemos señalar, en relación con las guardias no presenciales o localizadas, que no procede la compensación económica sustitutiva del indicado descanso de 11 horas no realizado que prevé el *artículo 3 de la Directiva 2003/88/CE* , que ahora se solicita, pues ni se han alegado de modo concreto y específico, ni se han justificado las limitaciones añadidas que se anudan a la prestación del servicio durante ese tipo de guardias. De manera que no podemos concluir que el modo de realización de la guardia afecta de manera relevante a su capacidad para administrar con cierta libertad el tiempo durante el cual no se requieren sus servicios profesionales, y su poder de disposición durante el mismo”.

## **IX. Comentario**

- **Tiempo de trabajo efectivo, periodos de descanso y tiempos de disponibilidad**

Doctrinalmente se han denominado los tiempos de disponibilidad como un *tercer tiempo* entre el trabajo efectivo y el descanso<sup>[3]</sup>. Así ocurre en las guardias de presencia física, en las de localización y en los tiempos de presencia.

El artículo 2 de la Directiva 2003/88 antes transcrito define los conceptos de “tiempo de trabajo” y de “periodo de descanso”. Como ha precisado el TJUE se trata de conceptos de derecho de la Unión Europea, por lo que los Estados miembros no pueden delimitar unilateralmente el alcance de los mismos ya que haría peligrar el efecto útil de la Directiva, pues la interpretación conforme se impone para garantizar la plena eficacia de la Directiva y la aplicación uniforme de estos conceptos en la totalidad de los Estados miembros sin que sea posible establecer excepciones ya que no viene contempladas en los artículos 17 y 18 de la Directiva<sup>[4]</sup>. En este sentido la STJUE de 9 de septiembre de 2003, Jaeger C-151/02<sup>[5]</sup> señaló: (i) que la presencia física del personal sanitario (en el hospital) equivale a tiempo de trabajo (no descanso), aunque sea posible descansar mientras no se solicitan sus servicios durante los periodos de inactividad existentes en la atención continuada; (ii) el Derecho de la UE se oponen a compensar con periodos de descanso solo el tiempo de efectiva prestación de servicios cuando hay presencia física en el hospital.

- **Sucinta noticia de la doctrina TJUE sobre la calificación de las guardias localizadas a efectos de compensación: reglas generales y matizaciones**

Con carácter general, las guardias no presenciales o guardias localizadas no suponen “tiempo de trabajo”, a los efectos del artículo 2.1 de la Directiva 2003/88/CE.

Esta regla general, sin embargo, admite ciertas matizaciones. Excepcionalmente, ese tiempo de guardia localizada podría llegar a calificarse tiempo de trabajo si concurren limitaciones adicionales que restrinjan considerablemente la actividad de movimientos y de dedicarse a sus propios intereses personales durante el tiempo de guardia.

En este sentido, la jurisprudencia del TJUE:

(a) Ha considerado *tiempo de trabajo* los siguientes supuestos:

-El efectivamente prestado por médicos de atención primaria en régimen de guardia localizada -STJUE 10 de octubre 2000, C-303/98, SIMAP-<sup>[6]</sup>,

-El de un bombero que realiza guardia en su domicilio, pero con obligación de presentarse en el lugar de trabajo en un plazo de ocho minutos – STJUE 21 de febrero de 2018, C-518/15, Matzak-<sup>[7]</sup>.

(b) Ha expuesto los *factores (“limitaciones adicionales”) que han de ser objeto de ponderación* para considerar tiempo de trabajo efectivo cuando se realiza guardia localizable:

- El de un técnico especialista en los centros de transmisión, cuyo periodo de disponibilidad se realiza en lugar remoto puesto que solo debe estar localizable por teléfono y poder presentarse en su lugar de trabajo, en caso de necesidad, en el plazo de una hora, pudiendo residir en un alojamiento de servicio puesto a su disposición por el empresario en dicho lugar de trabajo, pero sin estar obligado a permanecer en él.

En este caso, el TJUE considera que solo constituye, en su totalidad, tiempo de trabajo en el sentido del artículo 2, punto 1, de la Directiva 2003/88/CE si de una apreciación global de todas las circunstancias del caso de autos, en particular de las consecuencias de dicho plazo y, en su caso, de la frecuencia media de intervención en el transcurso de ese período, se desprende que las limitaciones impuestas a dicho trabajador durante ese período son de tal naturaleza que afectan objetivamente y de manera considerable a su capacidad para administrar libremente, en ese mismo período, el tiempo durante el cual no se requieren sus servicios profesionales y para dedicarlo a sus propios intereses – STJUE 9 de marzo de 2021 C-344/19, D. J. y Radiotelevizija Slovenija<sup>[8]</sup>.

-El de un bombero, en régimen de disponibilidad no presencial puesto que debe poder presentarse en el término municipal de la ciudad en la que está destinado en un plazo de veinte minutos, con su uniforme de intervención y el vehículo de servicio puesto a su disposición por su empresario, haciendo uso de las excepciones a las normas de tráfico de aplicación general y de los derechos de preferencia vinculados a ese vehículo – STJUE 9 de marzo de 2021 el asunto C-580/19, RJ / Stadt Offenbach am Main -.<sup>[9]</sup>

(c) *No ha considerado tiempo de trabajo:*

Un período de guardia en régimen de disponibilidad no presencial cubierto por un bombero del retén, durante el cual dicho trabajador ejerce, con la autorización de su empresario, una actividad profesional por cuenta propia, pero debe, en caso de llamada de urgencia, incorporarse a su parque de bomberos de adscripción en un plazo máximo de diez minutos, no constituye «tiempo de trabajo», en el sentido de dicha disposición, si de una apreciación global del conjunto de circunstancias del caso concreto, en particular de la extensión y condiciones de esa facultad de ejercer otra actividad profesional y de la inexistencia de obligación de participar en todas las intervenciones realizadas desde ese parque se desprende que las limitaciones impuestas al citado trabajador durante ese período no son de tal naturaleza que afecten objetiva y muy significativamente su facultad para administrar libremente, en el referido período, el tiempo durante el cual no se requieren sus servicios profesionales como bombero - STJUE de 11 de noviembre de 2021 MG / Dublin City Council ( Ayuntamiento de Dublín, Irlanda)<sup>[10]</sup> .

En consecuencia, la determinación del "tiempo de trabajo" es esencialmente casuística, debiendo tener en consideración todas las circunstancias del caso.

- **Notas sobre el régimen jurídico de las guardias que realiza el Ministerio Fiscal: las (no probadas) limitaciones adicionales en las guardias localizadas. Carga de la prueba**

En el caso de los miembros del Ministerio Fiscal que realizan guardias, la doctrina de casación del TS (Sala Contencioso- Administrativa) precisa:

-Constituye *premisa de partida*, por entrañar pronunciamiento firme de la sentencia de instancia que el artículo 3 de la citada Directiva 2003/88/CE resulta aplicable a los servicios de guardia de los miembros de la Carrera Judicial y de la Carrera Fiscal y así " *ha sido reconocida por las autoridades nacionales, pese a su falta de transposición plena* ". Por lo que se garantiza el descanso de 11 horas, tras el desarrollo de una jornada de 24 horas de guardia de permanencia en el órgano jurisdiccional.

-Ahora bien, conforme a la jurisprudencia de la UE, no procede realizar una aplicación automática del "tiempo de trabajo", cuya calificación es esencialmente casuística, pues corresponde a los órganos jurisdiccionales. Corresponde a los tribunales nacionales verificar si procede o no aplicar dicha calificación al tiempo de la guardia localizable. Esta valoración ha de hacerse teniendo en cuenta las consecuencias que se derivan de las limitaciones adicionales impuestas, si es que concurren.

-El periodo de guardia localizada (no presencial) *no puede calificarse automáticamente* de "tiempo de trabajo", en el sentido de la Directiva 2003/88/CE y a los efectos examinados por la sentencia del TS que analizamos, sobre la repercusión económica por el descanso de 11 horas no realizado, toda vez que no se somete a limitaciones adicionales intensas. Atendidas las circunstancias de hecho del caso concreto y lo alegado y justificado por las partes en el proceso, "insiste" la sentencia de casación comentada que:

(i) "no se han puesto de manifiesto, ni justificado, ni probado, que se hayan establecido en este caso limitaciones adicionales más allá de la localización propia de este tipo de guardias; (ii) tampoco "se han evidenciado ni limitaciones de orden geográfico, ni tampoco de naturaleza temporal, ni relativas a la frecuencia con que se

producen las intervenciones, de modo que no podemos concluir que en este caso concurren restricciones intensas que limiten de modo significativo la capacidad de administrar con cierta libertad su tiempo y dedicar el mismo a asuntos personales”.

## X. Apunte final

Cuatro apuntes finales a modo de conclusión y una conjetura sobre la doctrina casacional de la Sala III del TS con relación a las guardias localizadas que realizan los miembros del Ministerio Fiscal, a los efectos de su compensación económica sustitutiva que prevé el artículo 3 de la Directiva 2003/88/CE.

*\*Primera constatación:* es un tema absolutamente pacífico la amplitud del ámbito subjetivo de aplicación de la mencionada Directiva a miembros de la carrera judicial y también a fiscales, éstos últimos quienes como funcionarios públicos que prestan servicios en un órgano público del Estado que constitucionalmente tiene atribuida la función de promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y el interés público. Son “trabajadores” a los efectos de esta Directiva.

*\*Segunda valoración:* el TS (Sala Contenciosa-Administrativa) en la sentencia analizada *asume con convicción su papel de “Tribunal nacional”* que pondera el caso sobre la base de las matizaciones que expresadas por la jurisprudencia de la UE acerca si se aprecian o no limitaciones adicionales a la localización propia de este tipo de guardias que realizan los fiscales.

*\* Tercera valoración:* no pasa desapercibida la *técnica jurídica de abordaje de la cuestión de fondo*. En la sentencia del Alto Tribunal se dice que *va a reformular el recurso de casación*, esto es, lo que es el objeto de interés casacional. Y lo hace. Se aparta así de los términos del Auto de admisión puesto que depura el objeto de la cuestión controvertida en dos aspectos muy claros: (a) *ciñe la cuestión sobre si las guardias no presenciales de 24 horas que realizan los fiscales pueden dar derecho o no a compensaciones económicas;* (b) *se fija solo en la Directiva como norma interpretable;* c) *en cambio margina de toda discusión interpretativa el bloque normativo relativo al Reglamento del CGPJ 1/2005 de Aspectos Accesorios de las actuaciones judiciales que ordena la disponibilidad y continua localización para atender puntualmente a cualesquiera incidencias propias del servicio de guardia que pudieren suscitarse, en cuyo caso se incorporarán al mismo de forma inmediata; los apartados undécimo, y duodécimo de la Orden PRE 417/2003, de 3 de junio, por la que se regula el servicio especial de guardia de disponibilidad, para atender cualquier incidencia derivada de la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores, en condiciones de continua localización, y el artículo 14 de la CE en relación con el principio de igualdad.*

*\* Cuarta conclusión:* la respuesta que da a la cuestión planteada resulta jurídicamente muy fundada, no exenta de conocimiento de causa. El TS lejos de orillar la problemática que acontece en este sector de la función pública con un régimen de prestación de servicios singular (en análoga situación se encuentran los miembros de la carrera judicial en los que concurre la doble faceta de empleados públicos y de titulares de la potestad jurisdiccional) y con una legislación en estos aspectos menos precisa si se compara con la de otros sectores del empleo público, afronta con claridad el debate y todas sus aristas. Da muestras el Tribunal de un conocimiento cabal del desarrollo de la función del Ministerio Fiscal en estos casos, pero a la vez tiene el cuidado en no cerrar o poner fin a la cuestión para futuros casos puesto que apela a la carga probatoria – que incumbe a quien lo alega – de las limitaciones adicionales que pudieran dar cabida a la compensación económica por esas guardias de disponibilidad. Lo dice en términos rotundos y claros: *para que haya lugar a compensaciones económicas han de justificarse y probarse “que se hayan establecido en este caso limitaciones adicionales más allá de la localización propia de este tipo de guardias.” “No se han evidenciado ni limitaciones de orden geográfico, ni tampoco de naturaleza temporal, ni relativas a la frecuencia con que se producen las intervenciones, de modo que no podemos concluir que en este caso concurren*

restricciones intensas que limiten de modo significativo la capacidad de administrar con cierta libertad su tiempo y dedicar el mismo a asuntos personales”. Tesis que quizá vaya más dirigida a dar una respuesta en el caso concreto que fijar una doctrina general sobre la normativa aplicable.

\**La conjetura o hipótesis.* Al margen de este caso, no podemos por menos que plantearnos qué ocurriría si los/as Fiscales reclamantes hubieran denunciado que esas esas limitaciones adicionales traían causa, o eran resultado, según se mire, de carencias de medios prestacionales y de recursos humanos disponibles por parte de la Administración titular de los mismos. ¿A quién incumbiría la carga de prueba si los propios reclamantes tienen dificultad en justificar o acreditar tales circunstancias en el proceso ¿Justificarían estas nuevas circunstancias *el planteamiento de una cuestión prejudicial* a fin de despejar quién tiene que facilitar esos datos al proceso, o en de qué manera inciden a la hora de concretar y justificar las denominadas “limitaciones adicionales a la localización propia de este tipo de guardias? Es más, convendría plantear cuestión prejudicial si es la legislación procesal, la que en su efectiva aplicación, conjugada con el volumen de actividad judicial que demanda esa guardias de localización a los Fiscales, la que provoca o acentúa esas restricciones intensas que limitan de modo significativo la capacidad de administrar con cierta libertad de tiempo y dedicar el mismo a otros asuntos personales. Y qué decir de la salud y normativa protectora de la misma. Ciertamente es que, de ser así, estaríamos, sin embargo, en otro pleito.

---

#### Referencias:

1. ^ STSJ M 11023/2020 - ECLI:ES:TSJM:2020:11023
2. ^ ECLI:ES:TS: 2021:10223A
3. ^ Bastera Hernández, Miguel. *Tiempo de trabajo y tiempo de descanso. Tirant lo blanch, Valencia 2017, págs. 51 y ss.*
4. ^ Segoviano Astaburuaga, María Luisa. *Jornadas, Descanso y Trabajo efectivo, En: Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia. Directores María Emilia Casas Baamonde y Román Gil Alburquerque; Coordinadores Ignacio García-Perrote Escartín; Antonio V. Sempere Navarro, Francis Lefebvre, Fide, Forelab, Asnala. 2ª edición, 2019, pág. 949*
5. ^ ECLI:EU:C: 2003:437
6. ^ ECLI:EU:C: 2000:528
7. ^ ECLI :EU:C:2018:82
8. ^ ECLI :EU:C:2021:182
9. ^ ECLI:EU:C: 2021:183
10. ^ ECLI:EU:C: 2021:909