

Flexibilidad y limitaciones en el establecimiento de periodos de referencia para la fijación de la duración máxima del tiempo de trabajo semanal

STJUE (Sala Segunda) de 11 de abril de 2019 (asunto C-254/18)

Juan Martínez Moya

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

I. Introducción

La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que se comenta resuelve una cuestión prejudicial planteada por el Consejo de Estado francés, actuando en su función jurisdiccional, en relación con el período de referencia utilizado para calcular la duración media del trabajo semanal de los funcionarios en activo de los servicios de la Policía Nacional. El origen del litigio se halla en la demanda que un sindicato francés de policías presentó ante el Consejo de Estado interesando la nulidad de un Decreto que establece normas específicas de duración del tiempo de trabajo y de descanso aplicables al personal de la Policía Nacional francesa. Este Decreto establece que la duración del tiempo de trabajo semanal, computada por cada período de siete días, incluidas las horas extraordinarias, no podrá exceder de 48 horas de media a lo largo de un semestre del año civil. El sindicato demandante considera que dicha disposición incumple las normas de la Directiva 2003/88/CE, puesto que aplica para el cálculo de la duración media de trabajo semanal un período de referencia expresado en semestres del año civil y no un período de referencia de seis meses cuyo inicio y fin varíen en función del paso del tiempo. Pues bien, en este sentido se encaminan las preguntas formuladas por el Consejo de Estado francés. En la respuesta del Tribunal de Justicia se dan cita cuestiones conceptuales básicas para interpretar principalmente el art. 16 de la Directiva 2003/88/CE. Así, define qué debemos entender por periodo de referencia para fijar la duración máxima del tiempo de trabajo semanal; aborda, sin ambages, si los Estados miembros tienen libertad o no para elegir periodos de referencia fijos o variables en estos casos; y tras recordar la flexibilidad que inspira la aplicación de esta norma por parte de los Estados, marca como “línea roja” en la elección de una u otra metodología (ya de establecimiento de periodos fijos o variables) que se respeten los objetivos que persigue la citada Directiva, que no son otros que garantizar una mejor protección de la seguridad y de la salud de los trabajadores.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Segunda), integrado por el Sr. A. Arabadjiev (Presidente de Sala) y los Sres. T. von Danwitz, E. Evits, C. Vajda y P.G. Xuereb.

Ponente: C. Vajda.

Abogado General: Sr. G. Pitruzzella.

Fecha: 11 de abril de 2019.

Asunto: C-254/18.

Objeto: cuestión prejudicial planteada por el Consejo de Estado francés, actuando como Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo, en relación con el período de referencia utilizado para calcular la duración media del trabajo semanal de los funcionarios en activo de los servicios de la Policía Nacional.

Procedimiento: litigio entre el Sindicato de los Cargos de Rango Superior en el ámbito de la Seguridad Interna; y Primer Ministro, Ministros del Interior y de Actuación y Contabilidad Pública, de Francia.

ECLI: EU:C:2019:318.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

1. Objeto y fundamento de la demanda del sindicato de policías ante el Consejo de Estado francés

(a) *Objeto.* El litigio deriva de la demanda de un sindicato francés de policías (Sindicato de los Cargos de Rango Superior en el ámbito de la Seguridad Interna –en los sucesivo, SCSI- ante el Consejo de Estado interesando la anulación de una disposición administrativa, concretamente un Decreto que establece normas específicas de duración del tiempo de trabajo y de descanso aplicables al personal de la Policía Nacional francesa. Este Decreto establece en su artículo 1, que la duración del tiempo de trabajo semanal, computada por cada período de siete días, incluidas las horas extraordinarias, no podrá exceder de 48 horas de media a lo largo de un semestre del año civil.

(b) *Fundamento de la pretensión.* El sindicato alega que dicha disposición administrativa incumple las normas de la Directiva 2003/88/CE al aplicar, para el cálculo de la duración media de trabajo semanal, un período de referencia expresado en semestres del año civil y no un período de referencia de seis meses cuyo inicio y fin varían en función del paso del tiempo.

2. Las dos cuestiones prejudiciales planteadas por el Consejo de Estado francés

El Consejo de Estado francés, en cuanto órgano jurisdiccional, decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia dos cuestiones prejudiciales, que, en síntesis se refieren a si los artículos 6, letra b), 16, letra b), y 19, párrafo primero, de la Directiva 2003/88/CE deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional que prevé, a efectos del cálculo de la duración media del trabajo semanal, períodos de referencia que comienzan y terminan en fechas fijas y no períodos de referencia definidos de modo variable.

IV. Posiciones de las partes

1. El sindicato demandante

El sindicato de la policía francesa (SCSI) solicita que se anule un Decreto que establece normas específicas de duración del tiempo de trabajo y de descanso aplicables al personal de la Policía Nacional francesa. Este Decreto establece, en particular, en su artículo 1, que la duración del tiempo de trabajo semanal, computada por cada período de siete días, incluidas las horas extraordinarias, no podrá exceder de 48 horas de media a lo largo de un semestre del año civil. disposición. El SCSI alega que, al aplicar, para el cálculo de la duración media de trabajo semanal, un período de referencia expresado en semestres del año civil y no un período de referencia de seis meses cuyo inicio y fin varíen en función del paso del tiempo, dicha disposición incumple las normas de la Directiva 2003/88/CE.

2. *El Gobierno francés*

El Gobierno francés sostiene la adecuación del Decreto cuestionado a la mencionada Directiva de tiempo de trabajo. Invoca como precedente la sentencia de 9 de noviembre de 2017, *Maio Marques da Rosa*, C-306/16, EU:C:2017:844, apartado 43, que declara, en relación con el «período de siete días» al que alude el artículo 5 de la Directiva 2003/88, relativo al descanso semanal y que el Tribunal de Justicia ha calificado como «período de referencia», en el sentido de dicha Directiva, que un período de referencia puede definirse, en este contexto, como un período fijo dentro del cual deben concederse un determinado número de horas de descanso consecutivas, con independencia del momento en que se concedan tales horas de descanso. A partir de ahí, deduce del empleo del término «fijo» en el apartado 43 de dicha sentencia que el concepto de «período de referencia» debería entenderse más bien como un período determinado de forma fija.

3. *El Abogado General*

En sus Conclusiones Generales –que sólo en algunos de sus pasajes aparecen recogidas en el texto de la sentencia - el Abogado General sostiene que “los artículos 6, letra b), 16, letra b), 17, apartado 3, y 19, párrafo primero, de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, deben interpretarse en el sentido de que los Estados miembros pueden optar entre conferir al período de referencia en que se basa el método de cálculo de la duración media máxima del trabajo semanal un carácter “variable” en el calendario, o bien un carácter “fijo”. No obstante, en el caso de que un Estado miembro opte por conferir un carácter fijo al período de referencia, deberá garantizar que se ponen en práctica mecanismos organizativos, procesales y jurisdiccionales que aseguren, en particular, que se atienden efectivamente las necesidades de protección de la seguridad y de la salud de los trabajadores en la ordenación del tiempo de trabajo y que no se producen situaciones de vulneración de dichas necesidades o, si llegan a producirse, que pueden eliminarse eficazmente sin demora. Corresponde al órgano jurisdiccional remitente, el único competente para interpretar el Derecho nacional, determinar si la normativa nacional cumple estos requisitos”^[1].

4. *Las observaciones de la Comisión Europea*

La Comisión Europea en sus observaciones escritas se pronuncia en la misma línea que el Gobierno francés al recordar que el Tribunal de Justicia se ha pronunciado ya en relación con el «período de siete días» al que alude el artículo 5 de la Directiva 2003/88 [...].

V. **Normativa aplicable al caso**

1. *Derecho de la Unión Europea*

(a) Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo

- El art. 2 establece: «1. «La presente Directiva se aplicará a todos los sectores de actividades, públicas o privadas (actividades industriales, agrícolas, comerciales, administrativas, de servicios, educativas, culturales, de ocio, etc.). 2.La presente Directiva no será de aplicación cuando se opongan a ello de manera concluyente las particularidades inherentes a determinadas actividades específicas de la función pública, por ejemplo, en las fuerzas armadas o la policía, o a determinadas actividades específicas en los servicios de protección civil. En este caso, será preciso velar para que la seguridad y la salud de los trabajadores queden aseguradas en la medida de lo posible, habida cuenta [de] los objetivos de la presente Directiva.»

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

- Considerando 15: «Habida cuenta de las posibles repercusiones de la ordenación del tiempo de trabajo en las empresas, parece oportuno prever cierta flexibilidad en la aplicación de determinadas disposiciones de la presente Directiva, al tiempo que se garantiza el cumplimiento de los principios de protección de la seguridad y la salud de los trabajadores.»

- El art. 1 dispone: «[...] 2. La presente Directiva se aplicará: a) a los períodos mínimos de descanso diario, de descanso semanal y de vacaciones anuales, así como a las pausas y a la duración máxima de trabajo semanal, y b) determinados aspectos del trabajo nocturno, del trabajo por turnos y del ritmo de trabajo. 3. La presente Directiva se aplicará a todos los sectores de actividad, privados y públicos, en el sentido del artículo 2 de la Directiva 89/391/CEE, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 14, 17, 18 y 19 de la presente Directiva. [...]»

- El art. 3, relativo al descanso diario, indica: «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.»

- El art. 5, titulado «Descanso semanal», establece: «Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que todos los trabajadores disfruten, por cada período de siete días, de un período mínimo de descanso ininterrumpido de veinticuatro horas, a las que se añadirán las 11 horas de descanso diario establecidas en el artículo 3. [...]».

- El art. 6, titulado «Duración máxima del tiempo de trabajo semanal», tiene el siguiente tenor: «Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que, en función de las necesidades de protección de la seguridad y de la salud de los trabajadores: [...] b) la duración media del trabajo no exceda de 48 horas, incluidas las horas extraordinarias, por cada período de siete días.»

- El art. 16, titulado «Períodos de referencia», dispone: «Los Estados miembros podrán establecer: [...] b) para la aplicación del artículo 6 (duración máxima del tiempo de trabajo semanal), un período de referencia que no exceda de cuatro meses. Los períodos de vacaciones anuales pagadas, concedidas de conformidad con el artículo 7, y los períodos de bajas por enfermedad no se tendrán en cuenta o serán neutros para el cálculo del promedio; [...]».

- El art. 17 establece, entre otras, las siguientes excepciones: «[...] 2. Mediante procedimientos legales, reglamentarios o administrativos o mediante convenios colectivos o acuerdos celebrados entre interlocutores sociales y siempre que se concedan períodos equivalentes de descanso compensatorio a los trabajadores de que se trate, o siempre que, en casos excepcionales en que por razones objetivas no sea posible la concesión de tales períodos equivalentes de descanso compensatorio, se conceda una protección equivalente a los trabajadores de que se trate, podrán establecerse las excepciones previstas en los apartados 3, 4 y 5. 3. De conformidad con el apartado 2 del presente artículo, podrán establecerse excepciones a los artículos 3, 4, 5, 8 y 16: [...] b) para las actividades de guardia y vigilancia que exijan una presencia continua con el fin de garantizar la protección de bienes y personas, y en particular cuando se trate de guardianes, conserjes o empresas de seguridad; c) para las actividades caracterizadas por la necesidad de garantizar la continuidad del servicio o de la producción [...]

- El art. 19, titulado «Límites a las excepciones a los períodos de referencia», dispone, en sus párrafos primero y segundo: «La facultad de establecer excepciones a lo dispuesto en la letra b) del artículo 16, prevista en el apartado 3 del artículo 17 y en el artículo 18, no podrá tener como consecuencia el establecimiento de un período de referencia superior a seis meses. No obstante, los Estados miembros, siempre que respeten los principios generales de protección de la seguridad y la salud de los trabajadores, tendrán la facultad de permitir que, por razones objetivas, técnicas o de organización del trabajo, los convenios colectivos o acuerdos celebrados entre

interlocutores sociales establezcan períodos de referencia que en ningún caso excederán de 12 meses.»

2. Derecho francés

- El art. 3 del Decreto n.º 2000-815, de 25 de agosto de 2000, relativo a la ordenación y la reducción del tiempo de trabajo en la función pública del Estado y en la función judicial, en su versión modificada por el Decreto n.º 2011-184, de 15 de febrero de 2011, dispone: «I. La organización del trabajo respetará las garantías mínimas que se enumeran a continuación. La duración efectiva del tiempo de trabajo semanal, incluidas las horas extraordinarias, no podrá exceder de 48 horas en el transcurso de una misma semana, ni de un promedio de 44 horas a lo largo de un período de doce semanas consecutivas, y el descanso semanal, que en principio comprenderá el domingo, no podrá ser inferior a treinta y cinco horas. [...] II. Solo podrán establecerse excepciones a las normas establecidas en el apartado I en los casos y condiciones siguientes: a) Cuando el propio objeto del servicio público de que se trate exija una presencia continua, especialmente para proteger a las personas y los bienes, mediante Decreto del Conseil d'État)[...], previo dictamen del Comité de Higiene y de Seguridad, en su caso, del Comité técnico ministerial y del Consejo Superior de la Función Pública, que determina las contrapartidas concedidas a las categorías de agentes afectados; [...]».

- El art. 1 del Decreto n.º 2002-1279, de 23 de octubre de 2002, por el que se establecen excepciones a las garantías mínimas de la duración del tiempo de trabajo y de descanso aplicables al personal de la Policía Nacional, en su versión modificada por el Decreto n.º 2017-109, de 30 de enero de 2017), tiene la siguiente redacción: «Las garantías mínimas establecidas en el artículo 3, apartado I, del Decreto de 25 de agosto de 2000 antes citado no se aplicarán a la organización del trabajo de los funcionarios públicos en activo de los servicios de la Policía Nacional cuando así lo exijan las funciones de seguridad y orden público, policía judicial, e inteligencia e información que les han sido confiadas. No obstante, esta excepción deberá cumplir los requisitos siguientes: 1. La duración del tiempo de trabajo semanal, computada por cada período de siete días, incluidas las horas extraordinarias, no podrá exceder de 48 horas de media a lo largo de un semestre del año civil; [...]».

VI. Doctrina básica

Los arts. 6, letra b), 16, letra b), y 19, párrafo primero, de la Directiva 2003/88/CE deben interpretarse en el sentido de que los Estados tienen, en principio, libertad para establecer periodos de referencia (fijos o variables) para el cálculo de la duración máxima del tiempo de trabajo semanal, siempre que no comprometan el objetivo de la Directiva de garantizar una mejor protección de la seguridad y de la salud de los trabajadores y no conculque el art. 6, letra b), que establece un límite máximo a la duración media del tiempo de trabajo semanal, previsión que constituye una regla del Derecho social de la Unión de la que debe disfrutar todo trabajador como disposición mínima destinada a garantizar la protección de su seguridad y su salud.

En el caso examinado, los citados preceptos de la Directiva 2003/88/CE no se oponen a una normativa nacional que prevé, a efectos del cálculo de la duración media del trabajo semanal, períodos de referencia que comienzan y terminan en fechas fijas, siempre que dicha normativa contenga mecanismos que permitan garantizar que la duración media máxima del tiempo de trabajo semanal de 48 horas se respeta durante cada período de seis meses a caballo entre dos períodos de referencia fijos sucesivos. Será el órgano jurisdiccional remitente (en el caso, el Consejo de Estado francés) quien, en aplicación del principio de efectividad, debe examinar, en particular, la efectividad de los recursos que el Derecho nacional ofrece a los trabajadores afectados para que cese sin demora, en su caso mediante procedimientos acelerados o de medidas provisionales, toda práctica que no respete las exigencias del art. 6, letra b), de la Directiva 2003/88/CE, tal como han de resultar de una adaptación correcta del Derecho nacional.

VII. Parte dispositiva

Los arts. 6, letra b), 16, letra b), y 19, párrafo primero, de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional que prevé, a efectos del cálculo de la duración media del trabajo semanal, períodos de referencia que comienzan y terminan en fechas fijas, siempre que dicha normativa contenga mecanismos que permitan garantizar que la duración media máxima del tiempo de trabajo semanal de 48 horas se respeta durante cada período de seis meses a caballo entre dos períodos de referencia fijos sucesivos.

VIII. Pasajes decisivos

Los destacaremos, agrupándolos, en los siguientes apartados:

1.- *En cuanto al objeto de las cuestiones prejudiciales*

“Mediante sus dos cuestiones prejudiciales, que procede examinar conjuntamente, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si los artículos 6, letra b), 16, letra b), y 19, párrafo primero, de la Directiva 2003/88 deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional que prevé, a efectos del cálculo de la duración media del trabajo semanal, períodos de referencia que comienzan y terminan en fechas fijas y no períodos de referencia definidos de modo variable (apartado 19)”.

2.- *Sobre la libertad de los Estados para determinar los periodos de referencia*

“De lo anterior se desprende que, a falta de indicaciones resultantes de los términos y del contexto de los artículos 16 y 19 de la Directiva 2003/88, los Estados miembros tienen, en principio, libertad para determinar los períodos de referencia según el método de su elección, siempre que se respeten los objetivos perseguidos por dicha Directiva (apartado 31)”.

3.- *La protección de la seguridad y de la salud de los trabajadores como límites de la flexibilidad y libertad del método de determinación de los periodos de referencia por parte de los Estados*

“En tercer lugar, por lo que respecta a los objetivos perseguidos por la Directiva 2003/88, procede recordar que, según reiterada jurisprudencia, esta Directiva tiene por objeto garantizar una mejor protección de la seguridad y de la salud de los trabajadores, estableciendo, en particular, en su artículo 6, letra b), un límite máximo a la duración media del tiempo de trabajo semanal. Este límite máximo constituye una regla del Derecho social de la Unión que reviste especial importancia y de la que debe disfrutar todo trabajador como disposición mínima destinada a garantizar la protección de su seguridad y su salud (sentencias de 14 de octubre de 2010, *Fuß*, C-243/09, EU:C:2010:609, apartados 32 y 33 y jurisprudencia citada, y de 10 de septiembre de 2015, *Federación de Servicios Privados del sindicato Comisiones obreras*, C-266/14, EU:C:2015:578, apartados 23 y 24 y jurisprudencia citada) (apartado 32)”.

“Debe subrayarse asimismo que, como se desprende del considerando 15 de la Directiva 2003/88, la flexibilidad que esta Directiva concede en sus artículos 16 y 19 en lo que respecta a la aplicación, en particular, del artículo 6, letra b), de esta se entiende sin perjuicio del respeto de los principios de protección de la seguridad y la salud de los trabajadores (apartado 35)”.

“Además, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que las excepciones previstas en el artículo 17 de la Directiva 2003/88 deben ser objeto de una interpretación que limite su alcance a lo estrictamente necesario para salvaguardar los intereses que estas excepciones permiten proteger (véanse, en este sentido, las sentencias de 26 de julio de 2017, *Hälvä* y otros, C-175/16, EU:C:2017:617, apartado 31, y de 21 de febrero de 2018, *Matzak*, C-518/15, EU:C:2018:82, apartado 38) (apartado 36)”.

4.- Sobre periodos de referencia fijos y variables, y su incidencia en la protección de seguridad y salud de los trabajadores

“De este modo, si bien considerados aisladamente los periodos de referencia fijos y variables son, en sí mismos, conformes con el objetivo de protección de la salud y la seguridad de los trabajadores, la combinación de dos periodos de referencia fijos sucesivos puede, en función de la duración máxima del tiempo de trabajo semanal y de la duración del periodo de referencia determinadas por el Estado miembro de que se trate, dar lugar a situaciones en las que ese objetivo puede verse comprometido, aun cuando se observen los periodos de descanso previstos en los artículos 3 y 5 de la Directiva 2003/88 (apartado 41).

5.- Sobre la aplicación de la doctrina de los periodos de referencia al caso concreto

a) Lo que decide el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la cuestión prejudicial

“La República Francesa no solo ha agotado el margen que le ofrece la Directiva 2003/88 en cuanto a la duración máxima del tiempo de trabajo semanal, al fijarla en 48 horas, sino que también ha hecho uso de la excepción prevista en el artículo 17, apartado 3, de dicha Directiva, en relación con el artículo 19, párrafo primero, de esta, con el fin de ampliar a seis meses el periodo de referencia utilizado para calcular la media de la duración máxima del tiempo de trabajo semanal. En estas circunstancias, la utilización de periodos de referencia fijos no permite garantizar que la duración media máxima del tiempo de trabajo semanal de 48 horas se respete durante todo periodo de seis meses a caballo entre dos periodos de referencia fijos sucesivos (apartado 42)”.

“Pues bien, habida cuenta de la jurisprudencia recordada en los apartados 32 y 33 de la presente sentencia, ha de considerarse que se pondría en peligro la consecución del objetivo de la Directiva 2003/88 si la utilización de periodos de referencia fijos no fuera acompañada de mecanismos que permitan garantizar que la duración media máxima del tiempo de trabajo semanal de 48 horas se respeta durante cada periodo de seis meses a caballo entre dos periodos de referencia fijos sucesivos (apartado 43)”.

“Por otra parte, procede recordar también que, en virtud del artículo 19, párrafo segundo, de la Directiva 2003/88, cuando un Estado miembro desee ampliar el periodo de referencia a más de seis meses, será necesario a tal efecto un convenio colectivo o un acuerdo entre interlocutores sociales. En el supuesto de que un periodo de referencia contemplado en el artículo 19, párrafo primero, de esta Directiva se defina sobre una base fija, ello puede conducir a que, durante un periodo de seis meses situado a caballo entre dos periodos de referencia fijos sucesivos, el trabajador se vea obligado a trabajar más de 48 horas por semana de media, sin que se haya celebrado a tal efecto un convenio colectivo o un acuerdo entre interlocutores sociales. Así, ese periodo puede conducir a situaciones que, en realidad, solo serían posibles en el marco de un periodo de referencia previsto en el artículo 19, párrafo segundo, de la citada Directiva. Tal resultado supondría un menoscabo de la excepción prevista en esa disposición (apartado 44).

b) Lo que le corresponde decidir al Consejo de Estado francés en el litigio a tenor de la sentencia del Tribunal de Justicia

“Por consiguiente, corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar si la normativa nacional controvertida en el litigio principal ha previsto mecanismos que, como se desprende del apartado 43 de la presente sentencia, permitan garantizar que la duración media máxima del tiempo de trabajo semanal de 48 horas se respeta durante cada periodo de seis meses a caballo entre dos periodos de referencia fijos sucesivos (apartado 45)”. “Además, ha de recordarse que la regulación procesal de los recursos destinados a garantizar la salvaguardia de los derechos que el Derecho de la Unión confiere a los justiciables no debe ser menos favorable que la de los recursos

similares de Derecho interno (principio de equivalencia) y no debe hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión (principio de efectividad) (sentencia de 24 de octubre de 2018, XC y otros C-234/17, EU:C:2018:853, apartado 22 y jurisprudencia citada) (apartado 46). “Por lo que se refiere, más concretamente, al principio de efectividad, el órgano jurisdiccional remitente debe examinar, en particular, la efectividad de los recursos que el Derecho nacional ofrece a los trabajadores afectados para que cese sin demora, en su caso mediante procedimientos acelerados o de medidas provisionales, toda práctica que no respete las exigencias del artículo 6, letra b), de la Directiva 2003/88, tal como han de resultar de una adaptación correcta del Derecho nacional (apartado 47).

IX. Comentario

El tema litigioso suscitado se enmarca en la tendencia a la flexibilidad de la gestión del tiempo de trabajo, y específicamente en la interpretación de los periodos de referencia para la fijación de la duración máxima del tiempo de trabajo semanal. El art. 16 de la Directiva 2003/88/CE amplía notablemente el periodo de referencia que ha de tomarse en consideración para fijar el descanso mínimo semanal y la duración máxima del tiempo de trabajo semanal. El art. 19, por su parte, establece límites a las excepciones contempladas en los arts. 17 y 18, de cuatro y seis meses, y excepciones a este límite al disponer que los Estados miembros por razones objetivas, técnicas o de organización de trabajo tiene la facultad de permitir que los convenios colectivos o los acuerdos celebrados entre los interlocutores sociales establezcan periodos de referencia que ningún caso excederán de los doce meses. La sentencia tiene la virtualidad de profundizar en las circunstancias particulares del caso, pues si bien establece la libertad en la fijación y elección de tipología de periodos de referencia, hace conjeturas sobre los efectos en la salud y protección de los trabajadores que pueden provocar los periodos fijos en la en la cuando se dan dos periodos consecutivos de cálculo.

Básicamente, el aporte doctrinal de la sentencia se centra en los siguientes aspectos:

1. *Se delimita conceptualmente lo que debe entenderse por periodo de referencia y la clasificación de estos en fijos y variables.* El concepto de «periodo de referencia» es, por un lado, un concepto único que tiene el mismo significado en el régimen común y en el régimen excepcional y, por otro lado, un concepto que no contiene remisión alguna al Derecho nacional de los Estados miembros y que debe, por ende, entenderse como concepto autónomo del Derecho de la Unión e interpretarse de manera uniforme en el territorio de esta, con independencia de las calificaciones utilizadas en los Estados miembros y teniendo en cuenta tanto los términos de la disposición en cuestión como su contexto y los objetivos perseguidos por la normativa de la que forma parte (véase, por analogía, la sentencia de 9 de noviembre de 2017, Maio Marques da Rosa, C-306/16, EU:C:2017:844, apartado 38 y jurisprudencia citada). Los periodos de referencia pueden definirse como periodos que comienzan y terminan en fechas fijas (periodos de referencia fijos), o bien como periodos en los que el comienzo y el fin varían permanentemente en función del paso del tiempo (periodos de referencia variables). Los periodos de referencia fijos y variables se ajustan, en sí mismos, a ese objetivo de la Directiva 2003/88/CE, ya que permiten comprobar que el trabajador no trabaje más de 48 horas como media por semana a lo largo de todo el periodo en cuestión y que de este modo se respetan los imperativos relacionados con su salud y su seguridad. A estos efectos, es irrelevante que el inicio y el final del periodo de referencia se determinen en función de fechas fijas o bien en función del paso del tiempo.

2. *Los Estados tienen, en principio, libertad para establecer los periodos de referencia para la fijación de la duración máxima del tiempo de trabajo semanal.* La aplicación de la Directiva en esta materia es flexible. En defecto de previsión expresa y del contexto de los arts. 16 y 19 de la Directiva 2003/88/CE, los Estados miembros tienen, en principio, libertad para determinar los periodos de referencia, para calcular

la duración media del trabajo semanal de los funcionarios en activo de los servicios de la Policía Nacional siempre que se respeten los objetivos perseguidos por dicha Directiva 2003/88/CE.

3. *La protección de la seguridad y salud de los trabajadores actúa como límite en la libertad de aplicación del periodo de referencia.* Según reiterada jurisprudencia, esta Directiva tiene por objeto garantizar una mejor protección de la seguridad y de la salud de los trabajadores, estableciendo, en particular, en su art. 6, letra b), un límite máximo a la duración media del tiempo de trabajo semanal. Este límite máximo constituye una regla del Derecho social de la Unión que reviste especial importancia y de la que debe disfrutar todo trabajador como disposición mínima destinada a garantizar la protección de su seguridad y su salud.

4. *El control de los efectos del uso de periodos de referencia fijos y variables sobre la seguridad y salud de los trabajadores.* Si bien considerados aisladamente los periodos de referencia fijos y variables son, en sí mismos, conformes con el objetivo de protección de la salud y la seguridad de los trabajadores, la combinación de dos periodos de referencia fijos sucesivos puede, en función de la duración máxima del tiempo de trabajo semanal y de la duración del periodo de referencia determinadas por el Estado miembro de que se trate, dar lugar a situaciones en las que ese objetivo puede verse comprometido, aun cuando se observen los periodos de descanso previstos en los arts. 3 y 5 de la Directiva 2003/88/CE.

5. *En el caso concreto, la utilización de periodos fijos permite garantizar que la duración máxima del tiempo de jornada semanal de 48 horas se respete.* La República Francesa no solo ha agotado el margen que le ofrece la Directiva 2003/88/C en cuanto a la duración máxima del tiempo de trabajo semanal, al fijarla en 48 horas, sino que también ha hecho uso de la excepción prevista en el art. 17, apartado 3, de dicha Directiva, en relación con el art. 19, párrafo primero, de esta, con el fin de ampliar a seis meses el periodo de referencia utilizado para calcular la media de la duración máxima del tiempo de trabajo semanal. En estas circunstancias, la utilización de periodos de referencia fijos no permite garantizar que la duración media máxima del tiempo de trabajo semanal de 48 horas se respete durante todo periodo de seis meses a caballo entre dos periodos de referencia fijos sucesivos.

X. Apunte final

Las crecientes demandas de flexibilidad en la ordenación del tiempo de trabajo procedentes del entorno productivo constituyen una de las principales preocupaciones en la aplicación de la Directiva 2003/88/CE^[2]. Baste recordar, que este fue uno de los temas más debatidos en la tentativa de reforma de dicha Directiva.

La sentencia comentada avanza en el terreno de la amplitud y flexibilidad para la fijación de los periodos de referencia. Ahora bien, este avance es muy “reflexivo” y “casuístico”. Sienta el criterio que podríamos denominar de amplitud en clave de “flexibilidad mitigada”, en cuanto que hay libertad en la fijación y métodos de periodos de referencia solo condicionados, de ahí la mitigación, únicamente a la protección de la seguridad y salud de los trabajadores en relación a la fijación de esos periodos de referencia para la fijación de la duración máxima del tiempo de trabajo semanal. Viene a constituir un complemento interpretativo - el asunto guarda cierta analogía pero difiere en los hechos y en el concepto litigioso - de la doctrina establecida en el asunto *Maio Marqués Da Rosa* (2-11-2017, C-316 ECLI: EU::C:2017:844) para descansos semanales que permite que sean disfrutados dentro del periodo a que corresponde, aunque los Estados pueden activar periodos de referencia de dos semanas, admitiendo así que un descanso semanal ininterrumpido de 24 horas, al que tiene derecho todo trabajador, no tenga necesariamente que concederse, a más tardar, el día siguiente un periodo de seis días consecutivos de trabajo.

En el escenario de fondo de la sentencia analizada están muy presentes las cautelas y garantías que ofrece la cláusula *opting-out*^[3], que abre la posibilidad de que los Estados inapliquen el art. 6 sobre duración máxima de tiempo de trabajo semanal

siempre que se adopten determinadas garantías y cautelas que impidan el abuso y garantizar el libre consentimiento del trabajador. La proyección de lo expuesto al ordenamiento jurídico español nos conduce a poner la mirada en dos aspectos: (1) a la limitación a las 48 horas en un concreto cuatrimestre que no se establece en la legislación española, aunque queda abierto a la negociación colectiva^[4]; y (2) a la cautela que para evitar excesos generará la aplicación de la nueva normativa sobre registro de jornada realizada por el Real Decreto 8/2019, de 8 de marzo de medidas urgentes y de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo, que modifica el apartado 7 y adiciona un nuevo apartado, el 9, al art. 34 del Estatuto de los Trabajadores (Real Decreto Legislativo 2/2015, de 13 de octubre).

Referencias:

1. [^] [ECLI:EU:C:2019:153](#)
2. [^] López Álvarez, M^aJ., “La ordenación comunitaria del tiempo de trabajo. Puntos críticos”, en AAVV (Dir., Mirando Boto, J. M^a): *El Derecho del Trabajo español ante el Tribunal de Justicia: problemas y soluciones*, Cinca, Madrid, 2018, pg. 378.
3. [^] Segoviano Astaburuaga. M^a L., “Jornada, Descanso, Trabajo Efectivo”, en AAVV ((Dir., Mirando Boto, J. M^a): *Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia*, Lefebvre, 2^a edición, Madrid, 2019, pg. 977.
4. [^] Mercader Uguina, J R., *Lecciones de Derecho del Trabajo*, 11^a edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pg. 440.