

A group of healthcare professionals in white coats. In the foreground, a male doctor with a stethoscope around his neck is smiling and writing on a clipboard. Behind him, several other healthcare workers are visible, some looking towards the camera and others looking slightly away. The background is bright and out of focus.

# **REGIMEN JURIDICO DEL PERSONAL ESTATUTARIO**

# DEFINICION DE PERSONAL ESTATUTARIO

**El Estatuto Marco, Ley 55/2003, de 16 de Diciembre, a diferencia de lo que hace el Estatuto Básico del Empleado Público, Ley 7/2007, de 12 de abril, con los diversos tipos de empleados públicos, no define al personal estatutario. Únicamente, después de recoger en su Exposición de Motivos que la expresión “personal estatutario” deriva de la denominación de los tres estatutos de personal – el estatuto de personal médico, el estatuto de personal sanitario no facultativo y el estatuto de personal no sanitario- que recogía en régimen jurídico de los profesionales sanitarios y demás colectivos que prestan sus servicios en las instituciones sanitarias de la Seguridad Social, se limita a reconocer la situación existente y a declarar cuál es su objeto: el establecimiento de las bases reguladoras de la especial relación funcional que une a aquellos colectivos con los servicios de salud que conforman el Sistema Nacional de Salud.**

A partir de la definición que del funcionario de carrera hace el EBEP (con el que esta norma equipara en su artículo 2.4 al personal estatutario de los servicios de salud) y de la clasificación que de este tipo de personal hace el EM atendiendo a las funciones desarrolladas (artículos 5, 6 y 7), **se puede definir al personal estatutario como aquel que teniendo un nombramiento expedido para el ejercicio de una profesión o especialidad sanitaria o para el desempeño de funciones de gestión o para el desarrollo de profesiones u oficios que no tengan carácter sanitario, está vinculado a un servicio de salud integrado en el Sistema Nacional de Salud por una relación estatutaria regulada por el Derecho Administrativo para el desempeño de servicios profesionales retribuidos en los centros, servicios e instituciones sanitarias de aquel.**

**Naturaleza netamente administrativa.** Esta postura corresponde a la época preestatutaria, siendo exponente de la misma la sentencia de la Sala Social del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 1956.

**Inclusión de la relación estatutaria en la figura del contrato de arrendamiento de servicios** de los artículos 1.583 y siguientes del Código Civil. Este criterio, con escaso eco en doctrina y jurisprudencia, se mantiene por la sentencia de 7 de marzo de 1971.

**Naturaleza laboral,** como se entendió primeramente en la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1964.

**Naturaleza laboral de carácter especial** como se sostuvo en la sentencia de la Sala Social del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 1974.

**Naturaleza estatutaria con señalado matiz laboral,** según la doctrina iniciada por el Tribunal Central de Trabajo en 1979 y ratificada por el Tribunal Supremo con varias sentencias (por ejemplo, la de 18 de febrero de 1976).

**Naturaleza funcional de carácter especial.** Primero de forma matizada con la sentencia de 17 de octubre de 1991 y de forma más clara en la sentencia de 20 de julio de 1994.

El artículo 1 del EM lo conceptúa como relación funcional especial, soslayando, como indica la Doctrina las pretensiones de quienes han querido ver (...) una relación de naturaleza diversa de la relación funcional y de la laboral, pues efectivamente no hay más que dos posibilidades y así se recoge en la Constitución: relación funcional y relación laboral a las que se reconducen todas las relaciones de trabajo dependiente.

El personal estatutario se inserta en el ámbito de la función pública civil si bien manteniendo una especialidad en su relación, en su régimen jurídico, que la Exposición de Motivos del EM hace derivar de la necesidad de que este se adapte a las específicas características del ejercicio de las profesiones sanitarias y del servicio sanitario-asistencial, así como a las peculiaridades organizativas del Sistema Nacional de Salud.

Ha de considerarse al personal estatutario como un 'tertius genus', como un híbrido entre el personal funcionario y el laboral, distinto de ambos y al mismo tiempo ambas cosas a la vez. **Ver artículo 2 puntos 2 y 3**

# ESTATUTARIO

En desarrollo de la normativa básica contenida en esta ley, el Estado y las comunidades autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias, aprobarán los estatutos y las demás normas aplicables al personal estatutario de cada servicio de salud.

Para la elaboración de dichas normas, cuyas propuestas serán objeto de negociación en las mesas correspondientes en los términos establecidos en el capítulo III de la Ley 9/1987, de 12 de junio, de órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones públicas, los órganos en cada caso competentes tomarán en consideración los principios generales establecidos en el artículo siguiente, las peculiaridades propias del ejercicio de las profesiones sanitarias, y las características organizativas

# PERSONAL ESTATUTARIO

La ordenación del régimen del personal estatutario de los servicios de salud se rige por los siguientes principios y criterios:

**Sometimiento pleno a la ley y el derecho.**

**Igualdad, mérito, capacidad y publicidad** en el acceso a la condición de personal estatutario.

**Estabilidad en el empleo** y en el mantenimiento de la condición de personal estatutario fijo.

**Libre circulación del personal estatutario** en el conjunto del Sistema Nacional de Salud.

**Responsabilidad en el ejercicio profesional y objetividad** como garantías de la competencia e imparcialidad en el desempeño de las funciones.

**Planificación eficiente de las necesidades de recursos** y programación periódica de las convocatorias.

**Integración en el régimen organizativo y funcional** del servicio de salud y de sus centros e instituciones.

**Incorporación de los valores de integridad, neutralidad, transparencia en la gestión, deontología y servicio al interés público y a los ciudadanos**, tanto en la actuación profesional como en las relaciones con los usuarios.

**Dedicación prioritaria al servicio público y transparencia de los intereses y actividades privadas** como garantía de dicha preferencia.

**Coordinación, cooperación y mutua información** entre las Administraciones sanitarias públicas.

**Personal** al Servicio de las Administraciones Públicas, cuyo capítulo III fue nuevamente redactado por lo dispuesto en la Ley 7/1990, de 19 de Julio, sobre negociación colectiva y participación en la determinación de las condiciones de trabajo de los empleados públicos y posteriormente modificada por la Ley 18/1994, de 30 de Junio. Dicha Ley incluye en su artículo 1 a todo el **personal** que preste sus servicios en las distintas Administraciones Públicas siempre que esté vinculado a las mismas a través de una relación de carácter administrativo o **estatutario**. 2. -Real Decreto 1846/1994, de 17 de Septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de elecciones a los órganos de representación del **personal** al servicio de la Administración General del Estado.

**Incompatibilidades:** 1. -Ley 53/1984, de 26 de Diciembre, de Incompatibilidades del **personal** al servicio de las Administraciones Públicas, cuyo artículo segundo establece que la presente Ley será de aplicación: f) El **personal** al servicio de la Seguridad Social, de sus Entidades Gestoras o de cualquier otra entidad u organismo de la misma. 2. -Real Decreto 598/1985, de 30 de Abril, sobre incompatibilidades del **personal** al servicio de la Administración del Estado, de la Seguridad Social y de los Entes, Organismos y Empresas dependientes, completado con los criterios de aplicación establecidos por la Inspección General de Servicios de la Administración Pública sobre los artículos 2 y 11 en su nota de 10 de Diciembre de 1985.

**Retribuciones:** 1. -Real Decreto Ley 3/1987, de 11 de Septiembre, sobre retribuciones del **personal estatutario** del Instituto Nacional de la Seguridad Social. 2. -Ley 70/1978, de 26 de Diciembre, de reconocimiento de Servicios Previos en la Administración Pública. 3. -Real Decreto 1181/1989, de 17 de Septiembre, por el que se dictan normas de aplicación de la Ley 70/1978, de 26 de Diciembre, al **personal estatutario** del Instituto Nacional de la Seguridad Social. 4. -Además hay que tener en cuenta las siguientes disposiciones: D. Resolución de 25 de Abril de 1988, por la que se ordena la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros sobre Régimen retributivo del **Personal Estatutario** del INSALUD. Resolución de 30 de Diciembre de 1988, por la que se ordena la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros, por el que se asignan complementos de destino y complementos específicos a determinados puestos de trabajo de las Instituciones Sanitarias del INSALUD. Resolución de 11 de Septiembre de 1989, por la que se ordena la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros por el que se asigna complemento de destino y complemento específico a determinados puestos de trabajo de las Instituciones Sanitarias del INSALUD. Resolución de 19 de Febrero de 1990, por la que se ordena la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros por el que se aplica el Real Decreto Ley 3/1987, a determinadas categorías de **personal** que preste sus servicios en el INSALUD. Resolución de 17 de Julio de 1990, por la que se ordena la publicación en el BOE del Acuerdo del Consejo de Ministros de 29 de Junio de 1990. Resolución de 31 de Julio de 1990 por la que se corrigen errores de la de 17 de Julio de 1990 que ordena la publicación en el BOE del Acuerdo del Consejo de Ministros de 29 de Junio de 1990. Orden de 29 de Diciembre de 1992, por la que se adecúan las cantidades de las indemnizaciones por residencia a los grupos de clasificación regulados en el artículo 25 de la Ley 30/1984, de 2 de Agosto de Medidas para la Reforma de la Función Pública. Resolución de 3 de Enero de 1994, por la que se ordena la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros por el que se regula el complemento de atención continuada de los M.I.R. Resolución de 3 de Enero de 1994, por la que se ordena la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros por el que se modifican las retribuciones de los Supervisores de Área de Atención Primaria al servicio de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social dependientes del INSALUD.

**Selección de Personal y Provisión de vacantes:** 1. -Orden de 5 de Febrero de 1985, por la que se regula el sistema de promoción a los puestos de Jefe de Servicio y de Sección de los Servicios Jerarquizados de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social. 2. -Real Decreto 118/1991, de 17 de Enero, sobre selección de **personal estatutario** y provisión de plazas en las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social.

**Vacaciones, permisos y licencias:** Pacto de 1 de Junio de 1993, entre la Administración Sanitaria del Estado y Organizaciones Sindicales representativas en el Sector, sobre permisos, licencias y vacaciones.

**G. Otras disposiciones que afectan al régimen jurídico de este personal:** 1. -Resolución de 20 de Febrero de 1990, por la que se publica el texto del acuerdo suscrito por las representaciones de la Administración sanitaria del Estado y las Centrales Sindicales, presentes en la Mesa Sectorial Sanitaria sobre determinación de las condiciones de Trabajo y régimen retributivo de los funcionarios sanitarios locales. 2. -Resolución de 10 de Junio de 1990, por la que se ordena la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros por el que se aprueba el celebrado entre la Administración y las Organizaciones Sindicales más representativas sobre aspectos profesionales, económicos y organizativos en las Instituciones Sanitarias dependientes del INSALUD. Resolución de 15 de Enero de 1993, por la que se ordena la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros por el que se aprueba el celebrado entre la Administración Sanitaria del Estado y las Organizaciones Sindicales más representativas en el Sector, sobre atención primaria.

del personal docente e investigador, sanitario y de servicios postales y de personal destinado en el extranjero'. Más adelante, la Disposición cuarta vino a concretar este mandato estableciendo: 'El personal de la Seguridad Social regulado en el Estatuto jurídico del personal médico de la Seguridad Social .... se regirá de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.2 de esta Ley, por la legislación que al respecto se dicte.

Por otra parte, la Disposición Adicional 16 autorizaba al Gobierno a asimilar y homologar el régimen del personal funcionario de la Administración de la Seguridad Social al de la Administración del Estado, proceso de homologación que se consumó por el Real Decreto 2664/1986, de 19 de Diciembre y así la Disposición Derogatoria de la Ley 30/1984 derogó el artículo 45.2 de la L.G.S.S. en relación con este personal, lo que supone que sus conflictos se residenciarían a partir de entonces en la Jurisdicción Contenciosa.

De todo ello cabe extraer algunas conclusiones que podemos sistematizar así:

El personal sanitario tendrá en un futuro la condición de funcionario pero su régimen será regulado por una legislación específica;

Esta legislación específica se referirá tan sólo a las peculiaridades de este personal rigiendo en todo lo demás la legislación general de funcionarios y

Se mantiene la competencia de la Jurisdicción laboral.

#### -Incidencia de la Ley General de Sanidad.

Sobre la situación anterior vino a incidir el artículo 84 de la Ley General de Sanidad que establece: "1.-El personal de la Seguridad Social regulado en el Estatuto Jurídico del Personal Médico de la Seguridad Social, en el Estatuto del Personal Sanitario Titulado y Auxiliar de Clínica de la Seguridad Social, en el Estatuto del Personal no Sanitario al Servicio de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social, el personal de las Entidades Gestoras que asuman los servicios no transferibles y los que desempeñen su trabajo en los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas, se regirán por lo establecido en el Estatuto-Marco que aprobará el Gobierno en desarrollo de esta Ley, todo ello sin perjuicio de lo previsto en el artículo 87 de esta Ley. 2.Este Estatuto-Marco contendrá la normativa básica aplicable en materia de clasificación, selección, provisión de puestos de trabajo y situaciones, derechos, deberes, régimen disciplinario, incompatibilidades y sistema retributivo, garantizando la estabilidad en el empleo y su categoría profesional. En desarrollo de dicha normativa básica, la concreción de las funciones de cada estamento de los señalados en el apartado anterior se establecerá en sus respectivos Estatutos, que se mantendrán como tales. 3.-Las normas de las Comunidades Autónomas en materia de personal se ajustarán a lo previsto en dicho Estatuto-Marco. La selección de personal y su gestión y administración se hará por las Administraciones responsables de los servicios a que estén adscritos los diferentes efectivos. 4.-En las Comunidades Autónomas con lengua oficial propia, en el proceso de selección de personal y de provisión de puestos de trabajo de la Administración Sanitaria Pública, se tendrá en cuenta el conocimiento de ambas lenguas oficiales por parte del citado personal, en los términos del artículo 19 de la Ley 30/1984."

#### -Jurisdicción competente para conocer de los conflictos entre el personal estatutario y la Entidad Gestora.

El tema arranca del artículo 45.2 de la Ley General de la Seguridad Social de 1966 que estableció: "Sin perjuicio del carácter estatutario de dicha relación, la Jurisdicción de Trabajo será la competente para conocer de las cuestiones contenciosas que se susciten entre las Entidades Gestoras y su personal..."

Por su parte el artículo 63 del Estatuto de Personal Médico en la redacción dada por el Decreto 1033/1976, de 9 de abril, atribuía a la jurisdicción contenciosa las resoluciones relativas a la convocatoria, trámite y resolución de los concursos para la provisión de plazas. De donde se deduce sensu contrario que todas las demás cuestiones se residenciaban en la Jurisdicción Social por aplicación del artículo 45.2 L.G.S.S.. El artículo 63 del citado Estatuto ha sido derogado expresamente por la Disposición derogatoria del Real Decreto 118/1991, de 25 de Enero, pero la solución sigue siendo la misma, a tenor de lo establecido en el artículo 4 de dicho Real Decreto, así como por lo dispuesto en el artículo 11 de la Orden de 5 de Febrero de 1985, que regula el sistema de promoción a los puestos de Jefe de Servicio y de Sección de los Servicios jerarquizados de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social. En definitiva la Jurisdicción Social será la competente para conocer de los conflictos suscitados una vez que exista la relación estatutaria, por lo que los ocurridos en el período en el que se pretende el ingreso en dicha relación se sustanciarán en sede contenciosa (Sta. T.S. de 2 de Diciembre de 1977).

Además de este supuesto existen otras excepciones al principio general consagrado en el artículo 45.2 de la L.G.S.S., que podemos enumerar así:

El artículo 123 de la L.G.S.S. (en vigor, pues no fue derogado por la Disposición derogatoria del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de Junio), dispone que: 'la facultad disciplinaria sobre el personal sanitario que preste, por cualquier título, servicios a la Seguridad Social, corresponde al Ministerio de Trabajo con independencia de cualquier otra jurisdicción a que aquél esté sujeto en razón de actividades ajenas a la Seguridad Social...'. En el mismo sentido se pronuncia el artículo 65 del Estatuto Jurídico del personal médico que precisa en su artículo 71 que, contra los acuerdos de sanción por faltas leves se podrá recurrir ante la Dirección General de Previsión en el plazo de 15 días y contra los acuerdos de sanción por faltas graves y muy graves ante el Ministerio de Trabajo en igual plazo. Por tanto, en este supuesto contra los acuerdos del INSALUD o el Ministerio de Sanidad la competencia para su sustanciación corresponde a la Jurisdicción Contenciosa (entre otras Sta. T.C.T. de 26-6-85 o Sta. T.S. 4-3-88).

En materia de incompatibilidades, por aplicación de la Ley 53/1984, de 26 de Diciembre, en unas ocasiones ha conocido de estos supuestos la jurisdicción social y en otras la contencioso-administrativa. No obstante el criterio dominante es que estas cuestiones se sustancien en vía contenciosa (Stas. T.S. 16-4-85), pues esta materia hace referencia a unas facultades que la Administración Pública ejerce por la vinculación de este personal a un servicio público y dentro de un procedimiento típicamente administrativo.

De la tutela de los derechos de libertad sindical y de huelga relativa a los funcionarios públicos y al personal a que se refiere el artículo 1.3.a) del Estatuto de los Trabajadores no conocerán los órganos jurisdiccionales del orden social [artículo 3.c) del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral]. Artículo 1.3.a del E.T. en el que se incluye al personal estatutario. La competencia pues es de la Jurisdicción Contenciosa.

En conclusión, a la vista de lo expuesto parece claro que de futuro será necesario acabar con este desastre competencial, pues si existe una sola relación de servicios, lo lógico sería que un sólo orden jurisdiccional conociera de los distintos aspectos de la misma, pues así lo señala el artículo 24 de la Constitución Española al decir que 'todos tienen derecho al juez ordinario

Artículo 8 Personal estatutario fijo. Es personal estatutario fijo el que, una vez superado el correspondiente proceso selectivo, obtiene un nombramiento para el desempeño con carácter permanente de las funciones que de tal nombramiento se deriven.

Artículo 9 Personal estatutario temporal. **Por razones de necesidad, de urgencia o para el desarrollo de programas de carácter temporal, coyuntural o extraordinario, los servicios de salud podrán nombrar personal estatutario temporal.**

Los nombramientos de personal estatutario temporal **podrán ser de interinidad, de carácter eventual o de sustitución.**

El nombramiento de carácter interino se expedirá para el desempeño de una plaza vacante de los centros o servicios de salud, **cuando sea necesario atender las correspondientes funciones. Se acordará el cese del personal estatutario interino cuando se incorpore personal fijo, por el procedimiento legal o reglamentariamente establecido, a la plaza que desempeñe, así como cuando dicha plaza resulte amortizada.** El nombramiento de carácter eventual se expedirá en los siguientes supuestos: **a) Cuando se trate de la prestación de servicios determinados de naturaleza temporal, coyuntural o extraordinaria. b) Cuando sea necesario para garantizar el funcionamiento permanente y continuado de los centros sanitarios. c) Para la prestación de servicios complementarios de una reducción de jornada ordinaria.**

Se acordará el cese del personal estatutario eventual cuando se produzca la causa o venza el plazo que expresamente se determine en su nombramiento, así como cuando se supriman las funciones que en su día lo motivaron.

**Si se realizaran más de dos nombramientos para la prestación de los mismos servicios por un período acumulado de 12 o más meses en un período de dos años, procederá el estudio de las causas que lo motivaron, para valorar, en su caso, si procede la creación de una plaza estructural en la plantilla del centro.**

4. El nombramiento de sustitución se expedirá cuando resulte necesario atender las funciones de personal fijo o temporal, durante los períodos de vacaciones, permisos y demás ausencias de carácter temporal que comporten la reserva de la plaza.

Se acordará el cese del personal estatutario sustituto cuando se reincorpore la persona a la que sustituya, así como cuando ésta pierda su derecho a la reincorporación a la misma plaza o función.

5. Al personal estatutario temporal le será aplicable, en cuanto sea adecuado a la naturaleza de su condición, el régimen general del personal estatutario fijo.

En todas situaciones el personal incorporado a las Instituciones sanitarias de la Seguridad Social **tiene carácter estatutario, es decir, funcional, sometido al régimen jurídico predeterminado en el ordenamiento jurídico a través del Estatuto, no naciendo pues su relación jurídica de un contrato sino del nombramiento y la toma de posesión con el carácter de interino o eventual y su adhesión al régimen jurídico prefijado por la norma.** Ello tiene suma importancia a la hora de determinar el derecho supletorio aplicable, no pudiéndose considerar como tal el ordenamiento jurídico laboral por expresa aplicación del artículo 1.3 del Estatuto de los Trabajadores y si el funcional de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.5 de la Ley 30/1984 de Medidas para la Reforma de la Función Pública, y así lo ha recogido una abundante jurisprudencia, y ello sin perjuicio de lo que recoge hoy los puntos 2 y 3 del artículo 2 del EM.

El artículo 5 del antiguo Estatuto circunscribe las causas para el nombramiento de los interinos a la existencia de una vacante, bien porque su titular tiene derecho a reserva de esa plaza, bien porque ésta aún no se ha provisto de forma reglamentaria, pero mientras que en el primer caso el nombramiento no lleva aparejado un límite temporal preciso sino que el interino cesará cuando se incorpore el titular con derecho a la reserva y así lo señala el artículo 51 del propio Estatuto cuando precisa: **“la duración de las situaciones de interinidad, cuando se trate de supuestos de facultativos con derecho a la reserva de plaza podrá extenderse a todo el tiempo a que se refiere este derecho”**, en el segundo se establecía que el interino no podía permanecer en esta situación más de nueve meses y por otra parte, tanto en un caso como en otro **“la interinidad... no supone derecho alguno a la plaza que se ocupa...”** (artículo 51 del Estatuto).

La norma, trataba pues de evitar que la situación de interinidad, pensada por el legislador para dar una solución temporal al supuesto de vacantes no cubiertas reglamentariamente, deviniese en una situación definitiva por la pasividad de la Administración a la hora de proveer su cobertura por los procedimientos reglamentarios. No obstante ello numerosas Sentencias del Tribunal Supremo se apartaron de esta solución literal conjugando **la causalidad del nombramiento del interino con la norma que establecía que la interinidad... “no supone derecho alguno a la plaza que se ocupa...”** (artículo 51 del Estatuto) y que por tanto esta no terminaba una vez cumplidos los nueve meses que marcaba la norma, sino cuando desaparecía la causa que la motivaba, es decir, cuando la plaza fuese cubierta de forma reglamentaria.

La interpretación que hacía el Tribunal Supremo de la norma estudiada va encaminada pues, **a circunscribir el plazo impuesto, como una norma dirigida a la Administración para obligarla a proveer en un tiempo razonable la cobertura de la vacante y no como una limitación taxativa a la propia situación de interinidad, que lógicamente desaparecerá cuando cese la causa que la motiva pues entenderlo de otro modo supondría conceder un poder arbitrario a la administración para sustituir interinos en perjuicio de los propios facultativos, sin que desaparezca la causa que motivó la situación de interinidad.**

Ello supone- señaló la doctrina- que la interpretación causal que hace la Sentencia de 1 de Abril de 1991 (consolidada posteriormente por otras muchas de Tribunal Supremo, entre ellas la de 25 de Octubre de 1994) es perfectamente aplicable a la situación de interinidad prevista en el Estatuto de los Trabajadores, que obliga a mantener al contratado como interino hasta que desaparezca la causa que motivó su contratación (**“sustitución de trabajadores con derecho a reserva de puesto de trabajo”** artículo 15 Estatuto de los Trabajadores) sin que pueda el empresario sustituir al interino por otro, vigente la causa originaria, **pero no puede seguirse esta línea argumental en relaciones de Derecho Público sometidas al principio de legalidad y no al principio de causalidad propio del contrato** (artículo 1261 del Código Civil).

“Lo que realmente ha hecho la doctrina legal es una tarea de interpretación del Decreto 1033/1976, entre dos posibles sentidos del mismo: o bien el prohibitivo, que parece desprenderse de la lectura literal del precepto, de manera que impide la permanencia de la situación de interinidad más allá del término fijado, o el imperativo, que puede encerrarse en el espíritu de la norma, de manera que lo que hace es imponer a la Administración una cobertura definitiva de la plaza en plazo concreto”. Por tanto, teniendo en cuenta los criterios fijados en el artículo 3.1 del Código Civil para la interpretación de las normas y siendo problemático averiguar cual pueda ser la voluntad de la ley había de estarse a la voluntad del legislador que no es otra que la de establecer límites a la situación de interinidad. Voluntad del legislador que quedó posteriormente expresada en la **Instrucción de la Dirección General de Recursos Humanos, Suministros e Instalaciones (modificada por las Instrucciones de la Dirección General del INSALUD de 17 de Abril de 1995) sobre vinculaciones del personal temporal de las Instituciones Sanitarias del INSALUD** y los modelos de nombramientos y contratos a cumplimentar, que vino a establecer que los **nombramientos de interinidad para la cobertura de las plazas vacantes se prolongarán hasta que se produzca la cobertura en propiedad de la plaza por el procedimiento reglamentariamente establecido o hasta que en su caso se supriman o amorticen las plazas vacantes.**

Finalmente debemos decir que la cuestión **ha quedado definitivamente resuelta en el Real Decreto 118/1991 de 25 de Enero, sobre**

d.1) En el supuesto de interinidad cuando se trate de supuestos de facultativos con derecho a la reserva de plaza podrá extenderse a todo el tiempo a que se refiere este derecho'.

d.2) En el supuesto de interinos por falta de cobertura reglamentaria de la vacante, la Disposición Adicional 4ª párrafo 2º del Real Decreto 118/1991 establecía: 'El personal así nombrado podrá mantenerse en la plaza hasta la incorporación a la misma del personal estatutario fijo designado para su desempeño, o hasta que la misma sea amortizada'.

Selección del Personal médico interino. La naturaleza jurídica propia de la relación estatutaria supone que es aplicable a la misma lo establecido en el artículo 103.3 de la Constitución Española, que supone que la Administración Sanitaria seleccionará su personal, también el interino, de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, principios que, al igual que el principio básico de igualdad, aparecen, asimismo, recogidos en la Disposición Adicional Cuarta del Real Decreto 118/1991, de 25 de enero.

Por otra parte, a la hora de efectuar la convocatoria, en el supuesto de la interinidad por la existencia de vacante aún no provista de forma reglamentaria, se ha de precisar con toda claridad la plaza vacante que se pretende ocupar. Determinación precisa de la plaza que actuará como regla básica de seguridad jurídica a la hora de su cobertura mediante los procedimientos selectivos o por los procedimientos de provisión que regula el Real Decreto 118/1991, amen de ser un freno a la posible arbitrariedad de la Administración a la hora de efectuar la provisión o el cese del interino.

Derecho del interino a ocupar la plaza de forma definitiva: En este aspecto, las normas jurídicas citadas son tajantes: 'La interinidad será siempre de duración limitada y no supone derecho alguno a la plaza que se ocupa... sin que en ningún caso los nombramientos interinos prejuzguen la provisión definitiva de la plaza desempeñada en virtud de aquellos' (artículo 51. Uno del Estatuto). Ello es consecuencia de la naturaleza jurídica de la relación estatutaria, que supone que tal condición sólo puede adquirirse a través de pruebas objetivas que garanticen los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad sin que por contra sea aplicable aquí de manera supletoria el Derecho del Trabajo donde el transcurso de cierto tiempo en las relaciones laborales temporales o el incumplimiento del empresario convierten a la relación temporal en definitiva.

Cese del personal interino. Dado que el nombramiento del personal médico interino obedece a unas causas tasadas en la ley y sólo a éstas, el principio de legalidad inspirador de la relación jurídica de derecho público en la que se asienta el nombramiento del interino ha de proyectar asimismo sus efectos sobre las causas del cese de este que serán validamente establecidas como tales en el ordenamiento jurídico. Ahora bien, es fácilmente comprensible como la Administración ha intentado en múltiples supuestos ampliar el listado de causas por las cuales pueden cesar los médicos interinos mediante la incorporación a su nombramiento de cláusulas en virtud de las cuales puede producirse este cese. Tal añadido debe en principio, y con carácter general considerarse contrario a derecho y por tanto nulo.

Veamos sin embargo de manera concreta cuales son las causas que dan lugar al cese del personal médico interino distinguiendo los distintos supuestos por los que estos son nombrados.

**Interino nombrado para sustituir a un titular con derecho a reserva de plaza.** Con carácter general podemos decir que si el interino fue nombrado para cubrir la vacante dejada por el titular de la plaza por pasar a otra situación en la que tiene derecho a reservar aquella, el nombramiento del interino cesará cuando el titular de la plaza se reincorpore a ésta. Esta regla lógica se ha complicado con lo establecido en el párrafo segundo de la Disposición Adicional cuarta del Real Decreto 118/1991 al establecer que: 'el personal así nombrado podrá mantenerse en la plaza hasta la incorporación a la misma del personal estatutario fijo designado para su desempeño, o hasta que la misma sea amortizada'. Ello supone que el interino nombrado para sustituir a un titular con derecho a reserva de plaza, en el caso de que éste por cualquier causa pierda el derecho a la reserva, no supone el cese inmediato del interino, sino que éste podrá permanecer en esta situación hasta la cobertura de la plaza en forma reglamentaria o hasta que la plaza se amortice. Se produce pues

**Renuncia del titular.** El artículo 42 del Estatuto del Personal Médico establece que: 'En cualquier momento el personal sanitario podrá renunciar al desempeño de sus funciones al servicio de la Seguridad Social. Desde el momento en que dicha renuncia sea aceptada se perderán los derechos a la plaza que se viniera desempeñando.' De esta manera, siguiendo la doctrina anterior la renuncia del titular supone la pérdida del derecho a la reserva de plaza pero no supone el cese automático del interino, salvo si se incorpora a la plaza vacante un nuevo titular [Sentencia del Tribunal Supremo 27 de febrero de 1991 (A.880)].

**Jubilación del titular.** Señala el artículo 8.3 del Estatuto que 'El personal médico de la Seguridad Social podrá cesar en el desempeño de la plaza que ocupe: ... por pase a la situación de jubilado'. En este supuesto se producen las mismas consecuencias que en el caso anterior. El cese del titular por jubilación lleva consigo la pérdida lógica de su derecho a reserva pero no supone el cese automático del interino, sino cuando la plaza sea provista por un titular en propiedad.

**Excedencia voluntaria del titular.** De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 8.2 y 14.2 del Estatuto el pase a la situación de excedencia voluntaria supone el cese de su derecho a reserva de plaza, pero la solución para el interino es idéntica que en los casos anteriores [Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 1994 (A.5425)].

**Invalidez permanente del titular.** La solución es idéntica a las anteriores pues la invalidez permanente del titular produce la pérdida del derecho a la reserva de plaza.

**Interino nombrado para cubrir vacante aún no provista de forma reglamentaria.** De acuerdo con la regulación anteriormente vista el interino nombrado para cubrir una plaza vacante cesará en su puesto cuando, o bien la plaza sea provista de forma reglamentaria, o bien cuando dicha plaza sea amortizada. En cuanto a la amortización de las plazas, supuesto el hecho de una plaza vacante y ocupada temporalmente por un interino, si la Administración en virtud de su potestad autoorganizativa decide amortizar la plaza por no considerarla necesaria, lógicamente tal situación deviene en el cese del médico que la ocupaba de manera temporal, sin que quepa indagar en la voluntad de la Administración sobre tal decisión pues pertenece a la esfera de sus potestades discrecionales.

No obstante ello, si que es absolutamente necesario, que la Administración una vez tomada la decisión de amortizar siga escrupulosamente el procedimiento administrativo prefijado para ello pues de lo contrario la amortización devendría nula y consecuentemente el cese del interino. Es por ello que la labor del Juez de lo Social, en este caso, se centrará en analizar, si por la Administración se han seguido los trámites esenciales del procedimiento prefijado para la amortización de las plazas, lo que no deja de ser una razón más de la inconsecuencia de la distribución de competencias jurisdiccionales que afectan a este personal pues el Juez de lo Social deberá analizar aquí la legalidad o no de un típico procedimiento administrativo.

Además del análisis de la Jurisprudencia pueden destacarse algunas peculiaridades en este régimen, como la de que a la hora de amortizar plazas tienen preferencia las ocupadas por interinos antes que aquellas otras que cuenten con titular cuando en el procedimiento no quedó precisado cual fuera la plaza concreta a amortizar. Por otra parte, hay que tener en cuenta que la Disposición Transitoria 5ª del Real Decreto 137/1984 sobre Estructuras Básicas de Salud dispone: 'Toda plaza de personal sanitario de la Seguridad Social de cupo que se haya transformado en una plaza de Equipo de Atención Primaria se considerará amortizada.' En este caso si la plaza estaba ocupada por un interno y este es cesado al considerarse amortizada la plaza, es perfectamente posible que la Administración pueda crear otra distinta que se ocupe por un interino también distinto siempre que se haya modificado el trabajo desarrollado, las horas de servicio, el modelo organizativo y la retribución.

Por lo que respecta a la cobertura reglamentaria de la vacante ya vimos anteriormente la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en su sentencia de 1 de abril de 1991 (A.3241), donde se concluía que el encadenamiento de sucesivos e ilimitados nombramientos de médicos para cubrir la vacante con carácter temporal, comportaría la desnaturalización de la institución de la interinidad y propiciaría, a su vez, la arbitraria y peligrosa utilización de un sistema de ocupación provisional.

**Reingreso de personal en excedencia voluntaria.** La Disposición Adicional 6ª 1.2 del Real Decreto 118/1991 señala: "El reingreso al servicio activo del personal que no tenga reservada plaza se efectuará mediante su participación en la convocatoria de concursos de traslado, conforme a lo establecido en el artículo 17 de este Real Decreto. Asimismo, el reingreso podrá producirse con carácter provisional por adscripción a una plaza de la correspondiente categoría y especialidad, con ocasión de vacante. A estos efectos tendrán consideración de vacantes las plazas básicas de la categoría desempeñadas por personal temporal." De esta norma se deduce pues, que el excedente que quiera reingresar puede, o bien esperar sin trabajar a que se convoque el oportuno concurso, o bien si existiese vacante, quedar temporalmente asignado a ella hasta tanto se inicie y resuelva el concurso. Es en este último caso si la vacante está temporalmente cubierta por un interino se produce el cese de éste. No obstante citar la interesante sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 18 de julio de 1994 (A.2900), que recoge el mejor derecho del interino cesado a ocupar la vacante una vez que el excedente obtenga plaza definitiva en el concurso, frente a un tercero. Señala la Sentencia: "No se produce la extinción definitiva del contrato de interinidad por la provisión reglamentaria temporal del excedente, pero si que se extingue también provisionalmente, en tanto en cuanto el excedente reingresado ocupe provisionalmente tal vacante, con el consecuente derecho de volver a ocuparla interinamente de aquél que cedió ante el mejor derecho de un tercero."

**Integración de personal laboral fijo en el correspondiente régimen estatutario.** Como consecuencia del proceso de racionalización y simplificación de la Administración sanitaria en muchos supuestos se ha producido la coexistencia de personal con distintos regímenes jurídicos: laboral, funcional y estatutario. Para solucionar esta cuestión en muchos supuestos se ha dispuesto un procedimiento para que el personal laboral fijo se integre en los distintos regímenes estatutarios existentes.

La duda en este supuesto se plantea sobre la legalidad del cese del interino cuando sea sustituido por un médico titular integrado desde una relación laboral fija previa. La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 18 de enero de 1993 (A.536) citada, por La Doctrina más autorizada resuelve la cuestión señalando que el procedimiento '...significa un sistema excepcional pero reglamentario de cobertura de vacantes'.

**Readmisión, mediante resolución judicial, del interino previamente cesado.** El supuesto de hecho contemplado es el siguiente: La Administración Sanitaria utilizando la ya derogada limitación de los nueve meses de duración de la interinidad, cesa a un interino y lo sustituye por otro. El primero recurre judicialmente y su cese es declarado nulo con lo cual la Administración está obligada a readmitir al primero y cesar al segundo y aquí se plantea la duda de la licitud o no de este segundo cese. La Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de Abril de 1994 (A.3241) resuelve la cuestión señalando: 'La asignación de plaza por determinación judicial es una provisión de vacante por acto de autoridad que es subsumible o puede ser equiparada a la cobertura reglamentaria de la misma. La solución contraria conducida al absurdo de mantener simultáneamente a dos médicos, para la misma plaza o de asignar otra plaza de manera irregular.'

**Sustitución del interino mediante personal en comisión de servicios** El mecanismo de la Comisión de Servicios, típicamente funcional, ha sido importado al ámbito estatutario. Mediante él es posible que un médico que está desempeñando una plaza en propiedad pueda, de manera temporal, pasar a desempeñar otra distinta y el problema se plantea cuando esta segunda, está siendo desempeñada por un interino. La respuesta del Tribunal Supremo a esta cuestión ha sido fijada en su Sentencia de 2 de Abril de 1993 (A. 2902) estableciendo: "... resulta, realmente, inaceptable... el admitir el que la cobertura reglamentaria de la vacante ocupada en régimen de interinidad pueda entenderse producida por el nombramiento, para la misma, de un facultativo médico en régimen de comisión de servicios... resulta ciertamente anómalo el entender que -cobertura reglamentaria de la vacante ocupada en régimen de interinidad pueda entenderse como ocupación temporal en situación de comisión de servicios".

Continúa la sentencia indicada estableciendo en su fundamento cuarto: "Finalmente y desde un orden lógico de enjuiciamiento resulta ciertamente extraño que a una situación de provisionalidad y temporalidad, como la que comporta la interinidad, haya de ponerle fin otra situación de similares categorías -la comisión de servicios y no, en cambio, la adjudicación de la plaza en régimen de propiedad. Tal planteamiento carece de toda explicación razonable, puesto que no tiene sentido el que se sustituya una situación de provisionalidad o temporalidad por otra de similares características y no se provea, en cambio, como establecen los artículos 5 y 51 del reseñado Estatuto de Personal Médico de la Seguridad Social y ahora, la mencionada Disposición Adicional 4ª del Real Decreto 118/1991..." En definitiva por el Tribunal Supremo se ha venido a señalar y sin entrar en el enjuiciamiento de la aplicabilidad de esta figura al ámbito estatutario, que el mecanismo de la comisión de servicios no puede entenderse como cobertura reglamentaria de la plaza, así como que no es razonable que a una situación de provisionalidad y temporalidad como la interinidad pueda ponerle fin otra de similares características como la comisión de servicios y que propicia la arbitrariedad de la Administración en la cobertura de las plazas y el cese del interino.

**Sustitución de un interino por un médico eventual** El Tribunal Superior de Justicia de Galicia en su Sentencia de 9 de marzo de 1993 (A.1345) ha establecido '... el cese al que sucede un contrato eventual que para prestar los mismos servicios se viene prorrogando, mes a mes, sin solución de continuidad,... comporta la desnaturalización de la situación de interinidad... y propicia la arbitraria y peligrosa utilización de un sistema de ocupación provisional en perjuicio del médico interino y del beneficiario de la asistencia sanitaria, que no debe verse sometido a un continuo cambio en el facultativo que le atiende'. En definitiva, se considera contrario a derecho sustituir a un interino por un eventual para realizar los mismos servicios, sustituyéndose una situación temporal por otra de las mismas características.

**Sustitución del interino por un médico especialista también interino** El supuesto de hecho que se discute es el siguiente: Vacante una plaza de médico especialista en la sanidad pública, y ante la ausencia de un especialista que quiera ocuparla, la Administración Sanitaria recurre para su cobertura al nombramiento como interino de un generalista. Posteriormente la propia Administración pretende cesar al generalista para que dicha plaza la ocupe otro médico, pero éste ya con el título de la especialidad correspondiente a través de un nombramiento como interino. No existe en este supuesto una línea jurisprudencial clara a favor o en contra de

## Artículo 10.- Principios generales

## Artículo 11.- Foro Marco para el Diálogo Social.

## Artículo 12.- Planificación de recursos humanos.

La planificación de los recursos humanos en los servicios de salud estará orientada a su adecuado dimensionamiento, distribución, estabilidad, desarrollo, formación capacitación, en orden a mejorar la calidad, eficacia y eficiencia de los servicios. En el ámbito de cada servicio de salud, y previa negociación en las mesas correspondientes, se adoptarán las medidas necesarias para la planificación eficiente de las necesidades de personal y situaciones administrativas derivadas de la reasignación de efectivos, y para la programación periódica de las convocatorias de selección, promoción interna y movilidad. Los cambios en la distribución o necesidades de personal que se deriven de reordenaciones funcionales, organizativas o asistenciales se articularán de conformidad con las normas aplicables en cada servicio de salud. En todo caso, el personal podrá ser adscrito a los centros o unidades ubicados dentro del ámbito que en su nombramiento se precise.

## Artículo 13.- Planes de Ordenación de Recursos Humanos.

Los planes de ordenación de recursos humanos constituyen el instrumento básico de planificación global de los mismos dentro del servicio de salud o en el ámbito que en los mismos se precise. Especificarán los objetivos a conseguir en materia de personal y los efectivos y la estructura de recursos humanos que se consideren adecuados para cumplir tales objetivos. Asimismo, podrán establecer las medidas necesarias para conseguir dicha estructura, especialmente en materia de cuantificación de recursos, programación del acceso, movilidad geográfica y funcional y promoción y reclasificación profesional. Los planes de ordenación de recursos humanos se aprobarán y publicarán o, en su caso, se notificarán, en la forma en que en cada servicio de salud se determine. Serán previamente objeto de negociación en las mesas correspondientes.

## Artículo 14 Ordenación del personal estatutario

De acuerdo con el criterio de agrupación unitaria de las funciones, competencias y aptitudes profesionales, de las titulaciones y de los contenidos específicos de la función a desarrollar, los servicios de salud establecerán las diferentes categorías o grupos profesionales existentes en su ámbito .La integración del personal estatutario en las distintas instituciones o centros se realizará mediante su incorporación a una plaza, puesto de trabajo o función. En el ámbito de cada servicio de salud, atendiendo a las características de su organización sanitaria y previa negociación en las mesas correspondientes, se establecerán los sistemas de agrupamiento y enumeración de dichos puestos o plazas.

## Artículo 17 Derechos individuales

1. El personal estatutario de los servicios de salud ostenta los siguientes derechos:

- a) A la estabilidad en el empleo y al ejercicio o desempeño efectivo de la profesión o funciones que correspondan a su nombramiento.
  - b) A la percepción puntual de las retribuciones e indemnizaciones por razón del servicio en cada caso establecidas.
  - c) A la formación continuada adecuada a la función desempeñada y al reconocimiento de su cualificación profesional en relación a dichas funciones.
  - d) A recibir protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo, así como sobre riesgos generales en el centro sanitario o derivados del trabajo habitual, y a la información y formación específica en esta materia conforme a lo dispuesto en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales.
  - e) A la movilidad voluntaria, promoción interna y desarrollo profesional, en la forma en que prevean las disposiciones en cada caso aplicables.
  - f) A que sea respetada su dignidad e intimidad personal en el trabajo y a ser tratado con corrección, consideración y respeto por sus jefes y superiores, sus compañeros y sus subordinados.
  - g) Al descanso necesario, mediante la limitación de la jornada, las vacaciones periódicas retribuidas y permisos en los términos que se establezcan.
  - h) A recibir asistencia y protección de las Administraciones públicas y servicios de salud en el ejercicio de su profesión o en el desempeño de sus funciones.
  - i) Al encuadramiento en el Régimen General de la Seguridad Social, con los derechos y obligaciones que de ello se derivan.
  - j) A ser informado de las funciones, tareas, cometidos, programación funcional y objetivos asignados a su unidad, centro o institución, y de los sistemas establecidos para la evaluación del cumplimiento de los mismos.
  - k) A la no discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión, orientación sexual o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.
  - l) A la jubilación en los términos y condiciones establecidas en las normas en cada caso aplicables.
  - m) A la acción social en los términos y ámbitos subjetivos que se determinen en las normas, acuerdos o convenios aplicables.
2. El régimen de derechos establecido en el apartado anterior será aplicable al personal temporal, en la medida en que la naturaleza del derecho lo permita.

## Artículo 18 Derechos colectivos

El personal estatutario ostenta, en los términos establecidos en la Constitución y en la legislación específicamente aplicable, los siguientes derechos colectivos:

- a) A la libre sindicación.
- b) A la actividad sindical.
- c) A la huelga, garantizándose en todo caso el mantenimiento de los servicios que resulten esenciales para la atención sanitaria a la población.
- d) A la negociación colectiva, representación y participación en la determinación de las condiciones de trabajo.
- e) A la reunión.
- f) A disponer de servicios de prevención y de órganos representativos en materia de seguridad laboral.

## Artículo 19 Deberes

**Artículo 19. Deberes.** El personal estatutario de los servicios de salud viene obligado a:

- a) Respetar la Constitución, el Estatuto de Autonomía correspondiente y el resto del ordenamiento jurídico.
- b) Ejercer la profesión o desarrollar el conjunto de las funciones que correspondan a su nombramiento, plaza o puesto de trabajo con lealtad, eficacia y con observancia de los principios técnicos, científicos, éticos y deontológicos que sean aplicables.
- c) Mantener debidamente actualizados los conocimientos y aptitudes necesarios para el correcto ejercicio de la profesión o para el desarrollo de las funciones que correspondan a su nombramiento, a cuyo fin los centros sanitarios facilitarán el desarrollo de actividades de formación continuada.
- d) Cumplir con diligencia las instrucciones recibidas de sus superiores jerárquicos en relación con las funciones propias de su nombramiento, y colaborar leal y activamente en el trabajo en equipo.
- e) Participar y colaborar eficazmente, en el nivel que corresponda en función de su categoría profesional, en la fijación y consecución de los objetivos cuantitativos y cualitativos asignados a la institución, centro o unidad en la que preste servicios.
- f) Prestar colaboración profesional cuando así sea requerido por las autoridades como consecuencia de la adopción de medidas especiales por razones de urgencia o necesidad.
- g) Cumplir el régimen de horarios y jornada, atendiendo a la cobertura de las jornadas complementarias que se hayan establecido para garantizar de forma permanente el funcionamiento de las instituciones, centros y servicios.
- h) Informar debidamente, de acuerdo con las normas y procedimientos aplicables en cada caso y dentro del ámbito de sus competencias, a los usuarios y pacientes sobre su proceso asistencial y sobre los servicios disponibles.
- i) Respetar la dignidad e intimidad personal de los usuarios de los servicios de salud, su libre disposición en las decisiones que le conciernen y el resto de los derechos que les reconocen las disposiciones aplicables, así como a no realizar discriminación alguna por motivos de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra circunstancia personal o social, incluyendo la condición en virtud de la cual los usuarios de los centros e instituciones sanitarias accedan a los mismos.
- j) Mantener la debida reserva y confidencialidad de la información y documentación relativa a los centros sanitarios y a los usuarios obtenida, o a la que tenga acceso, en el ejercicio de sus funciones.
- k) Utilizar los medios, instrumental e instalaciones de los servicios de salud en beneficio del paciente, con criterios de eficiencia, y evitar su uso ilegítimo en beneficio propio o de terceras personas.
- l) Cumplimentar los registros, informes y demás documentación clínica o administrativa establecidos en la correspondiente institución, centro o servicio de salud.
- m) Cumplir las normas relativas a la seguridad y salud en el trabajo, así como las disposiciones adoptadas en el centro sanitario en relación con esta materia.
- n) Cumplir el régimen sobre incompatibilidades.
- ñ) Ser identificados por su nombre y categoría profesional por los usuarios del Sistema Nacional de Salud.

Son causas de extinción de la condición de personal estatutario fijo:

- a) La renuncia.
- b) La pérdida de la nacionalidad tomada en consideración para el nombramiento.
- c) La sanción disciplinaria firme de separación del servicio.
- d) La pena principal o accesoria de inhabilitación absoluta y, en su caso, la especial para empleo o cargo público o para el ejercicio de la correspondiente profesión.
- e) La jubilación.
- f) La incapacidad permanente, en los términos previstos en esta ley.

#### Artículo 22 Renuncia

1. La renuncia a la condición de personal estatutario tiene el carácter de acto voluntario y deberá ser solicitada por el interesado con una antelación mínima de 15 días a la fecha en que se desee hacer efectiva. La renuncia será aceptada en dicho plazo, salvo que el interesado esté sujeto a expediente disciplinario o haya sido dictado contra él auto de procesamiento o de apertura de juicio oral por la presunta comisión de un delito en el ejercicio de sus funciones.

2. La renuncia a la condición de personal estatutario no inhabilita para obtener nuevamente dicha condición a través de los procedimientos de selección establecidos.

Artículo 23 Pérdida de la nacionalidad. La pérdida de la nacionalidad española, o de la de otro Estado tomada en consideración para el nombramiento, determina la pérdida de la condición de personal estatutario, salvo que simultáneamente se adquiriera la nacionalidad de otro Estado que otorgue el derecho a acceder a tal condición.

Artículo 24 Sanción de separación del servicio La sanción disciplinaria de separación del servicio, cuando adquiriera carácter firme, supone la pérdida de la condición de personal estatutario.

Artículo 25 Penas de inhabilitación absoluta o especial La pena de inhabilitación absoluta, cuando hubiera adquirido firmeza, produce la pérdida de la condición de personal estatutario. Igual efecto tendrá la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público si afecta al correspondiente nombramiento. Supondrá la pérdida de la condición de personal estatutario la pena de inhabilitación especial para la correspondiente profesión, siempre que ésta exceda de seis años.

#### Artículo 27 Incapacidad permanente

La incapacidad permanente, cuando sea declarada en sus grados de incapacidad permanente total para la profesión habitual, absoluta para todo trabajo o gran invalidez conforme a las normas reguladoras del Régimen General de la Seguridad Social, supone la pérdida de la condición de personal estatutario.

El artículo 26 fija la edad de jubilación forzosa del personal estatutario en los 65 años de edad, disponiendo que habrá una declaración automática de la jubilación por el mero hecho de alcanzar la edad establecida en la ley y no prevé una aplicación paulatina de la misma, siendo aplicable inmediatamente desde su entrada en vigor.

Con esta nueva redacción el Estatuto Marco avanza a los 65 años la edad de jubilación del personal estatutario, que hasta su entrada en vigor estaba fijada en los 70 años por el artículo 17 del Decreto 3160/1966, de 23 de diciembre, del Estatuto Jurídico del personal Médico de la Seguridad Social .

En general, en el ámbito de la función pública la edad de jubilación se sitúa en los 65 años si bien ésta va acompañada de un derecho general a favor de los funcionarios para que se prorrogue la situación de servicio activo hasta los 70 años. Dispone el artículo 33 de la Ley 30/1984, de Reforma de la Función Pública, en la redacción dada por el artículo 107 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, que “ No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, tal declaración no se producirá hasta el momento en que los funcionarios cesen en la situación de servicio activo, en aquellos supuestos en que voluntariamente prolonguen su permanencia en la misma hasta, como máximo, los setenta años de edad.

El Tribunal Supremo, en Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 6ª, de 23 de febrero (RJ 1998\1787) declara que la jubilación forzosa del referido personal por causa de edad forma parte del contenido de la relación estatutaria que les vincula con el Estado, y la anticipación de la edad de jubilación constituye una legítima modificación legislativa de dicho régimen estatutario, fundada en razones sociológicas y económicas, que no produce a los afectados una lesión que deba ser indemnizada de un derecho subjetivo o de un interés cierto, efectivo y actual que existiese en su patrimonio, lo que constituye el fundamento esencial de la desestimación de la pretensión de resarcimiento que enjuiciamos. Ello lleva consigo que no puedan estimarse infringidos por la anticipación de la edad de jubilación forzosa el principio constitucional de igualdad en sus diversas manifestaciones, la intangibilidad de los derechos adquiridos o el postulado de irretroactividad de las leyes.

La Disposición Adicional Séptima de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social. (BOE 315/1996, de 31 diciembre 1996 ) establece el mecanismo de la prolongación de la permanencia en la situación de servicio activo de los funcionarios públicos conforme al referido artículo 33, articulando un sistema de silencio administrativo positivo . El artículo 33 de la Ley 30/1984, de Reforma de la Función Pública exceptúa de este derecho a continuar en la situación de servicio activo regulada en el mismo a los “funcionarios de aquellos cuerpos y escalas que tengan normas específicas de jubilación” por lo que cabría plantearnos si el personal estatutario queda al margen de la misma salvo que se admita que antes de la entrada en vigor de Estatuto Marco no existía una norma específica en materia de jubilación.

No obstante lo anterior, el Estatuto Marco contempla la posibilidad de prolongar la edad de jubilación, mediante autorización del servicio de salud correspondiente, a instancias del interesado, en tres supuestos: un supuesto ordinario regulado en el apartado 2 del mismo artículo, y dos supuestos que podemos calificar de especiales, **regulados en el apartado 3 del artículo 26 y en la Disposición Transitoria Séptima del Estatuto Marco.**

Dispone la norma que el servicio de salud correspondiente de cada Comunidad Autónoma podrá autorizar la prolongación de la edad de jubilación, como máximo hasta los 70 años de edad, a aquél personal estatutario que lo solicite cuando ésta sea conforme con las necesidades organizativas, de acuerdo con los planes de ordenación de los recursos humanos del servicio de salud.

Para ello el solicitante deberá formular su petición antes de haber alcanzado los 65 años de edad y deberá, además, tener la capacidad funcional para continuar ejerciendo la profesión o seguir desarrollando las actividades correspondientes a su plaza.

Parece resultar de la nueva regulación que la prolongación siempre dependerá de la previsión u organización de los puestos que trabajo que se determine en los planes de ordenación de recursos humanos, los cuales se erigen en un instrumento de planificación global, de nueva creación.

Este instrumento que constituyen los planes de ordenación de recursos humanos es básico, para cada servicio de salud, para fundamentar tanto las autorizaciones como las denegaciones de peticiones que reciba de prolongación en el servicio activo una vez superados los 65 años, por lo que se configura como el instrumento marco imprescindible y previo para autorizar o denegar motivadamente cualquier petición.

Del estudio comparativo entre el texto del Proyecto de Ley de Estatuto Marco y la propuesta presentada al Congreso de los Diputados por la Comisión de Sanidad y Consumo se aprecia que la introducción de la referencia a los planes de ordenación de recursos humanos como instrumento en base al cual se resolverán las peticiones se debe a la intervención de la Comisión.

En consonancia con la relevancia de este instrumento, se establece expresamente en los artículos 13 y 80 del Estatuto Marco que en la elaboración de los planes de ordenación de recursos humanos, por cada servicio de salud, su contenido deberán ser previamente objeto de negociación por las mesas, en los términos previstos en el capítulo III de la Ley 9/1987, de 12 de junio, reguladora de los órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación

En cuanto a la determinación del órgano administrativo competente para la aprobación de los planes de ordenación de recursos humanos por cada comunidad autónoma, se deberán examinar las normas de organización de competencias de cada Consejería o Departamento en que se ordene el gobierno autonómico, y en su caso a las entidades creadas por la comunidad autónoma para acoger los medios y recursos humanos y materiales procedentes de los procesos de transferencias del Insalud, como es el caso de dos organismos públicos catalanes dependientes del Departamento de Salut de la Generalitat de Catalunya: el Servei Català de la Salut y el Institut Català de la Salut.

En cuanto al contenido de los planes de ordenación de recursos humanos dispone el artículo 13 de esta misma ley que los planes de ordenación de recursos humanos especificarán los objetivos a conseguir en materia de personal y los efectivos y la estructura de recursos humanos que se consideren adecuados para cumplir tales objetivos, y que podrán establecer las medidas necesarias para conseguir dicha estructura, especialmente en materia de cuantificación de recursos, programación del acceso, movilidad geográfica y funcional y promoción y reclasificación profesional.

Mediante los planes de ordenación de recursos humanos se afectará a aspectos muy importantes en la regulación del trabajo del personal estatutario, el cual no solamente está legitimado para acceder a su contenido siempre que lo necesite sino que corresponde a la administración facilitar su conocimiento a los interesados mediante su publicación o notificación, correspondiendo a cada servicio de salud determinar como se llevará a cabo.

Por lo tanto resulta que la norma estatal fija en los 65 años la edad de jubilación forzosa de todo el personal estatutario pero deja en manos de cada comunidad autónoma su aplicación de acuerdo con sus necesidades, las cuales se reflejaran en los instrumentos adecuados que son los planes de ordenación de recursos humanos.

La aplicación a los 65 años de la edad de jubilación del personal estatutario y de la posibilidad de prórroga en el servicio activo contemplada en el artículo 26 ha sido irregular entre las comunidades autónomas:

Así, Cataluña ha sido la comunidad que se ha dado más prisa en aplicar el artículo 26 del Estatuto Marco y acordar la jubilación de todo el personal estatutario mayor de 65 años. Durante el primer semestre de 2004 han sido afectados un total de 332 médicos ( 105 del ámbito hospitalario y 227 del ámbito de la atención primaria) que en fecha 30 de junio de 2004 han pasado a la situación de jubilación forzosa, y está previsto que se declare la jubilación automáticamente a medida que vayan cumpliendo los 65 años.

La medida ha generado pluralidad de peticiones de prolongación en el servicio activo, de conformidad con el artículo 26.2, las cuales han sido denegadas mediante resolución fundada en que la prórroga no sería conforme con los planes de ordenación de los recursos humanos.

El artículo 26.4 prevé, en consonancia con la normativa general de los trabajadores sobre tipos de jubilación, que para el personal estatutario la jubilación voluntaria sea también parcial y no solamente total, en los casos admitidos por la legislación vigente.

En el supuesto de que se produzca una situación de jubilación voluntaria parcial la percepción de la pensión de jubilación correspondiente a la situación de jubilación parcial será compatible con las retribuciones derivadas de una actividad a tiempo parcial.

Dispone el Real Decreto Legislativo 670/1987, de 20 de abril por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Clases Pasivas que la jubilación de carácter voluntario, que se declarará a instancia de parte, siempre que el interesado tenga cumplidos los sesenta años de edad y reconocidos treinta años de servicios efectivos al Estado. También podrá anticiparse la edad de jubilación o retiro con carácter voluntario cuando así lo disponga una ley, y se cumplan por el solicitante las condiciones y requisitos que, a tal efecto, se determinen.

Por último, el artículo 26 reitera la importancia del instrumento organizador del servicio de salud de las comunidades autónomas que constituyen los Planes de Ordenación de los Recursos Humanos al indicar que en ellos se podrán establecer mecanismos para promover la jubilación voluntaria.

El artículo 30 del Estatuto Jurídico del Personal Médico estableció hasta cinco modalidades o sistemas de retribución posibles.

Por cantidad fija por cada titular de derecho o beneficiario a la prestación de la asistencia sanitaria que tenga asignado cada facultativo.

Por sueldo.

Por cantidades fijas y periódicas, para el personal adscrito a determinados Servicios jerarquizados.

Por cantidades calculadas en función del número y clase de las intervenciones realizadas o procesos clínicos asistidos, con arreglo al baremo que se establezca.

Por acto médico, con arreglo a tarifa.

Sin embargo, estas previsiones se han visto radicalmente alteradas en virtud del Real Decreto-Ley 3/1987, de 11 de septiembre, sobre retribuciones del personal estatutario del INSALUD.

El Real Decreto-Ley 3/1987 se configura como una norma de coyuntura, según se expresa en su propio preámbulo, toda vez que se presenta como una anticipación del régimen retributivo a contemplar en el Estatuto-Marco futuro, nota esta de temporalidad que viene señalando la misma jurisprudencia (sentencias del Tribunal Supremo de 4 de julio de 1991, 8 de noviembre de 1991 y 14 de febrero de 1992, entre otras).

Por otra parte, el Real Decreto-Ley 3/1987 establece una nueva estructura retributiva inspirada en el acercamiento al régimen retributivo de la legislación básica en materia de función pública, y en particular a lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley 30/1984, como se desprende de la lectura del articulado del Decreto-Ley y como así lo corrobora la jurisprudencia (por todas, sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 1993).

Su estructura retributiva establecida por el Real Decreto-Ley 3/1987 distingue entre retribuciones básicas y retribuciones complementarias.

Retribuciones básicas son el sueldo (igual para todos los médicos, clasificados en el grupo A), los trienios, consistentes en una cantidad igual por cada tres años de servicios, y las pagas extraordinarias, que serán dos al año, por un importe mínimo, cada una, equivalente a una mensualidad de sueldo y trienios, y a devengar los meses de junio y diciembre.

Respecto a los trienios, hay que tener en cuenta los conflictos suscitados en relación con el reconocimiento de los servicios previos al personal estatutario. Los criterios sentados en este punto por la jurisprudencia, interpretando la Ley 70/1978, de 26 de diciembre, han sido recogidos por el Real Decreto 1181/1989, de 29 de septiembre, que establece el procedimiento y los requisitos formales para obtener el reconocimiento efectivo de esos servicios previos por parte del personal estatutario del INSALUD a efectos de trienios [44].

En cuanto a las retribuciones complementarias son las siguientes:

El complemento de destino correspondiente al nivel del puesto que ocupe.

El complemento específico, destinado a retribuir las condiciones particulares del puesto de trabajo.

El complemento de productividad, destinado a retribuir el especial rendimiento, interés, iniciativa o participación en programas o actuaciones concretas.

El complemento de atención continuada, destinado a remunerar la atención a los usuarios de los servicios de salud de manera continuada, incluso fuera de la jornada establecida (que sustituye a guardias y horas extraordinarias).

Por tanto, como puede apreciarse el Real Decreto-Ley 3/1987 estructura las retribuciones del personal estatutario de modo prácticamente idéntico a como lo hace la Ley 30/1984, de 2 de agosto para los funcionarios públicos, con la única excepción del 'complemento de atención continuada' (que sustituye al importe de las guardias y horas extraordinarias), si bien en realidad es el equivalente a las 'gratificaciones por servicios extraordinarios fuera de la jornada laboral' que regula la Ley 30/1984, adaptando a las circunstancias del sector sanitario.

La regulación del Real Decreto-Ley 3/1987 ha sido desarrollada fundamentalmente a través de diversos Acuerdos del Consejo de Ministros, que concretan el ámbito de aplicación de la nueva estructura retributiva.

En general, tal como ha reconocido la jurisprudencia (sentencias del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 1992, 15 de febrero y 12 de abril de 1993, entre otras), el sistema retributivo implantado por el Real Decreto-Ley 3/1987 sustituye íntegramente al previsto por el Estatuto Jurídico del Personal Médico, de suerte que, tras la entrada en vigor de aquél, el personal médico sólo puede ser retribuido por el nuevo sistema.

No obstante, como no hay regla sin excepción, resulta que no todo el personal estatutario queda sujeto al nuevo régimen retributivo. Así, fundamentalmente, los facultativos 'de cupo' siguen rigiéndose por el sistema contemplado en el Estatuto Jurídico del Personal Médico, de conformidad con lo dispuesto en el número 2.º del Acuerdo del Consejo de Ministros de 18 de septiembre de 1987, y como corroboró la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 1991.

De esta suerte, los facultativos del sistema de cupo y zona continúan percibiendo sus retribuciones, en función del número de titulares y beneficiarios que le son adscritos, a través del sistema de determinación de honorarios, y no por el sistema del Real Decreto-Ley 3/1987.

La Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (coloquialmente conocida como de 'acompañamiento' a la Ley de Presupuestos para 1997) faculta en su artículo 118 al Gobierno para regular la sustitución del pago por cartilla (titulares) a pago por Tarjeta Individual Sanitaria (titulares y beneficiarios), sin que ello pueda suponer incremento en los correspondientes costes globales derivados de las nuevas retribuciones de dicho personal de cupo y zona.

Asimismo, por vía jurisprudencial se ha excluido también del sistema retributivo del Real Decreto-Ley 3/1987, a los médicos de urgencia hospitalaria y los médicos residentes asistenciales, que se regulan por normas especiales que les atribuyen la calificación de personal laboral fijo de las instituciones correspondientes.

Otro aspecto de interés ligado al sistema retributivo implantado por el Real Decreto-Ley 3/1987 es la matización introducida por el Acuerdo del Consejo de Ministros de 18 de septiembre de 1987 en el sentido (cláusula 3.ª) de que 'las cuantías correspondientes a los conceptos del nuevo sistema retributivo se corresponden con la jornada ordinaria, con un módulo horario semanal de 40 horas'; de modo que 'los titulares de puestos de trabajo que vengán efectuando jornadas de 36 horas semanales o inferiores, percibirán todos los conceptos retributivos con la reducción proporcional correspondiente'.

Este criterio de proporcionalidad (que afectaba sobre todo al personal de los servicios de urgencia, que realizaba una jornada de 36 horas semanales) fue considerado conforme a derecho por la jurisprudencia, que entiende que 'está inspirado en soluciones de justicia y equilibrio, y salva la manifiesta desigualdad que supondría retribuir en la misma medida jornadas y tiempos de trabajo tan distintos, respecto de un mismo personal, de igual calificación y con el mismo cometido funcional': sentencia del Tribunal Supremo de 143 de mayo de 1991, seguida, por la de 28 de octubre de 1991 (referida en concreto a los complementos de destino y productividad) y las de 19 de octubre de 1993 (que considera que no puede valorarse como tiempo de trabajo aquél en que el personal está localizable pero no presta servicios efectivos).

En cuanto a la proporcionalidad establecida en el artículo 32, letras a) y j) de la Ley 9/1987, de 12 de junio, sobre órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas, que establece que 'serán objeto de negociación en su ámbito respectivo y en relación con la competencia de cada Administración Pública:

El incremento de las retribuciones del personal estatutario... de las Administraciones Públicas que proceda incluir en el Proyecto de Presupuestos Generales del Estado de cada año, así como el incremento de las demás retribuciones a establecer, para su respectivo personal, en los proyectos normativos correspondientes de ámbito autonómico y asimismo... j) Todas aquellas materias que afecten, de algún modo (a las) retribuciones... y cuya regulación exija norma con rango de ley', la mayoría de la doctrina [46] es de la opinión que, en realidad, este precepto sólo admite una negociación de naturaleza política y no jurídica, en la mesa general de negociación, negociación que, pese a estar prevista por la ley, a lo único que obligará a la Administración, en caso de acuerdo, será o presentar un proyecto de ley en tal sentido; obligación que, de incumplirse, no generará más allá de una responsabilidad política y no jurídica. Y ello porque se trata también de un supuesto de legislación negociada y uno de negociación colectiva 'stricto sensu', ya que viene condicionada por las disponibilidades presupuestarias, criterio éste que sigue también la jurisprudencia (sentencias del Tribunal Supremo de 19 de abril, 23 de septiembre y 28 de octubre de 1991, 14 de febrero de 1992 y 10 de marzo de 1993, entre otras).

#### Artículo 41 Criterios generales

1. El sistema retributivo del personal estatutario se estructura en retribuciones básicas y retribuciones complementarias, responde a los principios de cualificación técnica y profesional y asegura el mantenimiento de un modelo común en relación con las retribuciones básicas.
2. Las retribuciones complementarias se orientan prioritariamente a la motivación del personal, a la incentivación de la actividad y la calidad del servicio, a la dedicación y a la consecución de los objetivos planificados.
3. La cuantía de las retribuciones se adecuará a lo que dispongan las correspondientes leyes de presupuestos. Elemento fundamental en este apartado es, en cualquier caso, la evaluación del desempeño del personal estatutario que los servicios de salud deberán establecer a través de procedimientos fundados en los principios de igualdad, objetividad y transparencia. La evaluación periódica deberá tenerse en cuenta a efectos de determinación de una parte de estas retribuciones complementarias, vinculadas precisamente a la productividad, al rendimiento y, en definitiva, al contenido y alcance de la actividad que efectivamente se realiza.

Ir a Norma modificadora Número 3 del artículo 41 redactado por el número dos del artículo 10 del R.D.-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones («B.O.E.» 24 abril). Vigencia: 24 abril 2012

4. Los servicios de salud de las comunidades autónomas y entes gestores de asistencia sanitaria establecerán los mecanismos necesarios, como la ordenación de puestos de trabajo, la ordenación de las retribuciones complementarias, la desvinculación de plazas docentes u otros, que garanticen el pago de la actividad realmente realizada.

Ir a Norma modificadora Número 4 del artículo 41 introducido, en su actual redacción, por el número dos del artículo 10 del R.D.-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones («B.O.E.» 24 abril; corrección de errores «B.O.E.» 15 mayo). Vigencia: 24 abril 2012

5. El personal estatutario no podrá percibir participación en los ingresos normativamente atribuidos a los servicios de salud como contraprestación de cualquier servicio.

Ir a Norma modificadora Número 5 del artículo 41 renumerado por el número dos del artículo 10 del R.D.-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones («B.O.E.» 24 abril). Su contenido literal se corresponde con el del anterior número 4 del mismo artículo. Vigencia: 24 abril 2012

6. Sin perjuicio de la sanción disciplinaria que, en su caso, pueda corresponder, la parte de jornada no realizada por causas imputables al interesado dará lugar a la deducción proporcional de haberes, que no tendrá carácter sancionador.

Ir a Norma modificadora Número 6 del artículo 41 renumerado por el número dos del artículo 10 del R.D.-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones («B.O.E.» 24 abril). Su contenido literal se corresponde con el del anterior número 5 del mismo artículo. Vigencia: 24 abril 2012

7. Quienes ejerciten el derecho de huelga no devengarán ni percibirán las retribuciones correspondientes al tiempo en que hayan permanecido en esa situación, sin que la deducción de haberes que se efectúe tenga carácter de sanción disciplinaria ni afecte al régimen de sus prestaciones sociales.

Ir a Norma modificadora Número 7 del artículo 41 renumerado por el número dos del artículo 10 del R.D.-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones («B.O.E.» 24 abril). Su contenido literal se corresponde con el del anterior número 6 del mismo artículo. Vigencia: 24 abril 2012

#### Artículo 42 Retribuciones básicas

1. Las retribuciones básicas son:

a) El sueldo asignado a cada categoría en función del título exigido para su desempeño conforme a lo previsto en los artículos 6.2 y 7.2 de esta ley.

b) Los trienios, que consisten en una cantidad determinada para cada categoría en función de lo previsto en el párrafo anterior, por cada tres años de servicios.

La cuantía de cada trienio será la establecida para la categoría a la que pertenezca el interesado el día en que se perfeccionó.

c) Las pagas extraordinarias serán dos al año y se devengarán preferentemente en los meses de junio y diciembre. El importe de cada una de ellas será, como mínimo, de una mensualidad del sueldo y trienios, al que se añadirá la catorceava parte del importe anual del complemento de destino.

2. Las retribuciones básicas y las cuantías del sueldo y los trienios a que se refiere el apartado anterior serán iguales en todos los servicios de salud y se determinarán, cada año, en las correspondientes Leyes de Presupuestos. Dichas cuantías de sueldo y trienios coincidirán igualmente con las establecidas cada año en las correspondientes Leyes de Presupuestos Generales del Estado para los funcionarios públicos.

#### Artículo 43 Retribuciones complementarias

1. Las retribuciones complementarias son fijas o variables, y van dirigidas a retribuir la función desempeñada, la categoría, la dedicación, la actividad, la productividad y cumplimiento de objetivos y la evaluación del rendimiento y de los resultados, determinándose sus conceptos, cuantías y los criterios para su atribución en el ámbito de cada servicio de salud.

2. Las retribuciones complementarias podrán ser:

a) Complemento de destino correspondiente al nivel del puesto que se desempeña. El importe anual del complemento de destino se abonará en 14 pagas.

b) Complemento específico, destinado a retribuir las condiciones particulares de algunos puestos en atención a su especial dificultad técnica, dedicación, responsabilidad, incompatibilidad, peligrosidad o penosidad. En ningún caso podrá asignarse más de un complemento específico a cada puesto por una misma circunstancia.

Téngase en cuenta el apartado 1 de la disposición adicional séptima de la Ley [BALEARES] 15/2012, 27 diciembre, de presupuestos generales de la comunidad autónoma de las Illes Balears para el año 2013 («B.O.I.B.» 29 diciembre), que establece que: "Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 12 de la presente ley [15/2012, 27 diciembre], y en el marco de lo establecido en las letras b) y c) del artículo 43.2 de la Ley 55/2003, 16 diciembre, del Estatuto marco del personal estatutario de los servicios de salud, se reconoce el complemento específico especial por servicios en Formentera y el complemento de productividad fija por homologación funcional a favor del personal estatutario sanitario del Servicio de Salud de las Illes Balears que presta servicios en los centros y las instituciones sanitarias ubicadas en la isla de Formentera, dadas sus particularidades territoriales y poblacionales, con efectos a partir del ejercicio de 2013". Ir a Norma

c) Complemento de productividad, destinado a retribuir el especial rendimiento, el interés o la iniciativa del titular del puesto, así como su participación en programas o actuaciones concretas y la contribución del personal a la consecución de los objetivos programados, previa evaluación de los resultados conseguidos.

Téngase en cuenta el apartado 1 de la disposición adicional séptima de la Ley [BALEARES] 15/2012, 27 diciembre, de presupuestos generales de la comunidad autónoma de las Illes Balears para el año 2013 («B.O.I.B.» 29 diciembre), que establece que: "Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 12 de la presente ley [15/2012, 27 diciembre], y en el marco de lo establecido en las letras b) y c) del artículo 43.2 de la Ley 55/2003, 16 diciembre, del Estatuto marco del personal estatutario de los servicios de salud, se reconoce el complemento específico especial por servicios en Formentera y el complemento de productividad fija por homologación funcional a favor del personal estatutario sanitario del Servicio de Salud de las Illes Balears que presta servicios en los centros y las instituciones sanitarias ubicadas en la isla de Formentera, dadas sus particularidades territoriales y poblacionales, con efectos a partir del ejercicio de 2013". Ir a Norma

d) Complemento de atención continuada, destinado a remunerar al personal para atender a los usuarios de los servicios sanitarios de manera permanente y continuada.

e) Complemento de carrera, destinado a retribuir el grado alcanzado en la carrera profesional cuando tal sistema de desarrollo profesional se haya implantado en la correspondiente categoría.

#### Artículo 44 Retribuciones del personal temporal

El personal estatutario temporal percibirá la totalidad de las retribuciones básicas y complementarias que, en el correspondiente servicio de salud, correspondan a su nombramiento, con excepción de los trienios.

#### Artículo 45 Retribuciones de los aspirantes en prácticas

En el ámbito de cada servicio de salud se fijarán las retribuciones de los aspirantes en prácticas que, como mínimo, corresponderán a las retribuciones básicas, excluidos trienios, del grupo al que aspiren ingresar.

Conviene hacer mención al plazo aplicable a las acciones de reclamación de atrasos en materia estatutaria, punto éste en el que también se observa un acercamiento a las reglas general de la función pública.

En efecto, la jurisprudencia había venido entendiendo que a las reclamaciones de cantidad del personal estatutario de la Seguridad Social le era de aplicación el plazo prescriptivo de un año establecido en el artículo 59 del Estatuto de los Trabajadores, precepto aplicable como derecho supletorio a la relación estatutaria del personal médico de la Seguridad Social (entre otras, sentencias del Tribunal Supremo de 28 de enero de 1985, 29 de marzo de 1993 y 23 de julio de 1993).

Sin embargo, esta jurisprudencia ha sido posteriormente modificada a partir de la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 1994, que entiende que el plazo aplicable para reclamar prescribe a los cinco años desde que pudo ejercitarse la acción de reclamación, que es la misma regla aplicable para los funcionarios [47] (en el mismo sentido, sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1996).

En cuanto a los concretos conceptos retributivos, cabe hacer las siguientes apreciaciones.

En materia de trienios, la jurisprudencia (entre otras, sentencias del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1993, 24 de enero de 1994 y 28 de octubre de 1996) señala que el cálculo del valor de los trienios correspondientes a servicios prestados con anterioridad al ingreso en plantilla, y reconocidos conforme a la Ley 70/1978, ha de efectuarse mediante la aplicación del porcentaje correspondiente sobre un módulo formado por la retribución que estaba vigente en agosto de 1982.

Por lo que se refiere a las pagas extraordinarias, no incluyen la media de lo percibido por guardias (sentencia del Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 1993, sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 4 de julio de 1996).

En cuanto al complemento de destino es interesante referirse a la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en su sentencia de 17 de mayo de 1996, referida al caso de un médico que pasó a desempeñar un puesto de trabajo de libre designación, nivel 30, durante varios años, reincorporándose al cesar en dicho puesto, en una plaza de un Equipo de Atención Primaria.

El interesado pretendió que se le reconociese el nivel 30 como grado personal consolidado por el desempeño de dicho puesto durante más de dos años, a efectos de la percepción del complemento de destino correspondiente al nivel 30, pretensión rechazada primero por el Juzgado de lo Social de La Rioja, estimada después por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja y finalmente rechazada por el Tribunal Supremo, que entiende que no resultan de aplicación al personal estatutario las normas de la Ley 30/1984, de 2 de agosto y su desarrollo reglamentario que contemplan para los funcionarios la consolidación de grado por desempeño de puesto de nivel superior durante más de dos años, declarando, en suma, que en el ámbito del personal estatutario, el complemento de destino sólo puede percibirse en relación con el puesto de trabajo que efectivamente se desempeña.

Su importancia la pone de manifiesto la propia EM de la ley 55/2003.

Aunque la regulación del tiempo de trabajo nace anticuada, deficiente y ajena a los fines de la normativa europea sobre tiempo de trabajo y régimen de descansos.

Algo que debió de ser la trasposición de la normativa europea a los efectos elevar el nivel de protección de seguridad y salud de los trabajadores, en la norma española se antepone la salud de los pacientes. Es decir, aunque se cita el artículo 40 de la CE (derecho a la seguridad en el trabajo) se antepone el artículo 43.2 que garantiza la oferta permanente de los servicios sanitarios. Pese a ello, no se considera que sean preceptos antagónicos, pues la garantía a la prestación sanitaria no choca con el derecho a la protección a la salud de los trabajadores.

No ha de olvidarse que la propia Directiva 93/104 CE prohíbe expresamente subordinar la salud de los trabajadores en el trabajo a consideraciones de interés económico: En efecto, en su considerando quinto indica la Directiva 93/104/CE la mejora de la seguridad, de la higiene y de la salud de los trabajadores en el trabajo representa un objetivo que no puede subordinarse a consideraciones de carácter puramente económico.....Esto explica que el legislador no haya querido reconocer que de lo que en realidad se trata es de no acometer la inversión que en recursos humanos exige la Directiva.

En la exposición de motivos de una norma que supuestamente transpone una directiva sobre protección de la salud de los trabajadores se echa de menos la cita de la Ley 31/1995, de 8 de Noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales. Se da la circunstancia de que es justamente durante el tiempo de trabajo que excede a la jornada ordinaria cuando el peligro para la salud de los trabajadores aumenta. Esto, lejos de ser mera suposición, lo reconoce expresamente la Directiva 93/104/CE en su considerando undécimo y lo reitera hasta la saciedad el Tribunal de las Comunidades Europeas en su sentencia de 9 de Septiembre de 2004. Expresamente en los apartados 70 y 96, del siguiente tenor literal:

*70.- En efecto, esta interpretación es la única conforme al objetivo de la Directiva 93/104 de garantizar una protección eficaz de la seguridad y de la salud de los trabajadores, haciéndoles disfrutar efectivamente de periodos mínimos de descanso. Dicha interpretación es aún más pertinente en el caso de médicos que prestan un servicio de atención continuada en los centros sanitarios, dado que los periodos durante los cuales no se requieren sus servicios para hacer frente a urgencias pueden, según los casos, ser de corta duración y/o estar sometidos a interrupciones frecuentes y puesto que, además, no cabe excluir que los interesados tengan que intervenir, aparte de las urgencias, para llevar a cabo un seguimiento de los pacientes a su cuidado o para desarrollar tareas administrativas.*

*96.- En cambio, una serie de periodos de trabajo desarrollados sin que entre ellos se intercale el tiempo de descanso necesario puede, en su caso perjudicar al trabajador o, al menos, supone el riesgo de sobrepasar las capacidades físicas de éste, poniendo así en peligro su salud y su seguridad, de modo que un tiempo de descanso otorgado con posterioridad a dichos periodos no puede garantizar correctamente la protección de los intereses de que se trata. Como se ha señalado en el apartado 70 de la presente sentencia, este riesgo es aún más real en el caso del servicio de atención continuada que presta un médico en un centro sanitario, a fortiori cuando tal servicio se añade al horario de trabajo normal.....”*

En cualquier caso, Europa no hace sino plasmar, negro sobre blanco, el peligro cierto que supone la prolongación de jornada para la salud de los trabajadores, ejemplos de lo cual sobran por desgracia.

Desde una perspectiva histórica podemos decir los excesos empresariales surgidos con la industrialización obligaron a los estados a reaccionar mediante normativa limitadora de la jornada laboral.

Fruto de esa preocupación de los Estados y de su reacción ha sido el reconocimiento del derecho de la persona al descanso por las más importantes disposiciones de Derecho Internacional, que lo han elevado a la categoría de derecho fundamental.

Así, la Declaración Universal de los Derechos Humanos firmada en París el 10 de Diciembre de 1948 lo reconoció en su art. 24 estableciendo que *“toda persona tiene derecho al descanso, al disfrute del tiempo libre, a una limitación razonable de la duración del trabajo y a vacaciones periódicas pagadas”*.

El 18 de Octubre de 1961 se firmó en Turín la Carta Social Europea, en cuyo art. 2º dispone que *“ a fin de asegurar el ejercicio efectivo del derecho a condiciones de trabajo equitativas, las Partes Contratantes se comprometen a fijar una duración razonable al trabajo diario y semanal, reduciendo progresivamente la semana de trabajo”*.

Por fin, en la Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores adoptada por el Consejo Europeo de Estrasburgo el 9 de Diciembre de 1989 por los Jefes de Estado y de Gobierno de los once países que entonces componían la CE dedica tres apartados a desarrollar este derecho:

*“7. La realización del mercado interior debe conducir a una mejora de las condiciones de vida y del trabajo de los trabajadores de la Comunidad Europea, proceso que se efectuará mediante la aproximación, por la vía del progreso, de dichas condiciones, en particular en lo que respecta a duración y distribución del tiempo de trabajo y a las formas de trabajo distintas del trabajo de duración indeterminada, como son el trabajo de duración determinada, el trabajo a tiempo parcial, el trabajo temporal, el trabajo de temporada.*

*8. Todo trabajador de la Comunidad europea tiene el derecho al descanso semanal y a unas vacaciones anuales pagadas, cuya duración, en uno y otro caso, deberá amortizarse por la vía del progreso, de conformidad con las prácticas nacionales.*

*19. Todo trabajador debe poder beneficiarse, en su lugar de trabajo, de condiciones satisfactorias de protección de su salud y de su seguridad. Deberán tomarse las medidas adecuadas para proseguir la amortización, por la vía del progreso, de las condiciones existentes en este ámbito”*.

Nuestra norma constitucional se hizo eco de este reiterado reconocimiento y dispuso en su art. 40.2 que *los poderes públicos fomentarán una política que garantice la formación y readaptación profesionales; velarán por la seguridad e higiene en el trabajo y garantizarán el descanso necesario , mediante la limitación de la jornada laboral, las vacaciones periódicas retribuidas y la promoción de Centros adecuados.*

Pocas dudas podían haber acerca del carácter fundamental del derecho al descanso a la vista de las disposiciones internacionales citadas y del expreso reconocimiento que de tal carácter hacen éstas. Pero si las hubiera, las disipa definitivamente el texto constitucional al ubicar este artículo en el Título Primero titulado DE LOS DERECHOS Y DEBERES FUNDAMENTALES.

El derecho al descanso es hoy, sin género de duda, un derecho fundamental.

Y no solo eso, sino que el precepto constitucional establece también la forma concreta en la que ese derecho al descanso debe tener lugar: mediante la limitación de la jornada laboral.

Ello tiene incuestionable importancia.

Por un lado porque permite desechar de entrada las tesis de quienes mantenían que, por ejemplo, durante la guardia también se descansa. El descanso que la Constitución exige es mediante limitación de la jornada, no durante la jornada.

Por otro lado, la limitación de los derechos fundamentales no es admitida por el Tribunal Constitucional sino excepcionalmente y sujeta a muy rígidos requisitos de fondo y forma, lo que permitirá que sometamos a criba de constitucionalidad algunos preceptos de este capítulo que pretenden limitar el derecho constitucional al descanso.

En cualquier caso el legislador ha plasmado en la misma Ley el precepto constitucional citado en el artículo 17.1.g, sobre los derechos individuales del personal, al que reconoce el “derecho al descanso necesario, mediante la limitación de la jornada, las vacaciones periódicas retribuidas y permisos en los términos que se establezcan”.

Los antecedentes inmediatos de la regulación que aquí comentamos son las Directivas 93/104/CE de 23 de Noviembre de 1993 y reforma Directiva 2000/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de junio de 2000.

La primera de ellas, la Directiva 93/104/CE del Consejo, de 23 de Noviembre de 1993, confería a los estados miembros un plazo de 3 años para transponer su contenido a derecho interno. Ese plazo finalizó el 23 de Noviembre de 1996 sin que el Estado Español, habituado a ignorar sus deberes legislativos, cumpliera el mandato europeo de transposición.

En esa tesitura, quienes habían de beneficiarse de la nueva legislación no esperaron a la transposición sino que, invocando la incuestionable aplicabilidad directa de las Directivas en los tribunales nacionales una vez transcurrido el plazo de transposición, comenzaron a exigir los derechos que Europa les reconocía sin esperar a verlos recogidos en derecho interno.

Se inició entonces un goteo de resoluciones judiciales entre las que fue absolutamente clave, sin duda, la Sentencia del Tribunal de las Comunidades Europeas de 3 de Octubre de 2000, caso SIMAP, que citaremos repetidamente en los posteriores comentarios. Esta sentencia, que ha servido de base a muchas otras de tribunales nacionales y a alguna del propio Tribunal de las Comunidades Europeas, estableció clara y expresamente entre otras cosas que la Directiva 93/104/CE es aplicable a los médicos estatutarios de los Equipos de Atención Primaria de la Seguridad Social, lo que implica a su vez que resulta igualmente aplicable al resto de personal como los médicos de hospitales.

De trascendental importancia ha sido también, sin duda, la Sentencia del Tribunal de las Comunidades Europeas de 9 de Septiembre de 2003, caso Jaeger/Landeshauptstadt Kiel, que cita a su vez la anterior.

Por fin, quizá la más importante sentencia haya sido la recientísima del Tribunal Supremo de 12 de Julio de 2004, por las repercusiones de toda índole que pueda tener. El caso nos resulta particularmente conocido y entrañable porque fueron los autores de estos comentarios (y más fundamentalmente el magnífico especialista en derecho médico que es Carlos Pellejero García) quienes lo llevaron, accionando contra el Servicio Vasco de Salud – Osakidetza en conflicto colectivo ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco y en defensa de sendas asociaciones sindicales, la Asociación de Facultativos del Complejo Donosti y la Federación de Facultativos de Hospitales de Euskadi.

La demanda, interpuesta el 31 de Diciembre de 2002 cuando aun no se había aprobado el EM, invocaba la normativa y jurisprudencia europea más reciente y pretendía un pronunciamiento puramente declarativo que, entre otras cosas, terminase de una vez por todas con la consideración de las guardias como horario no ordinario ni extraordinario sino complementario. Se pretendía, en suma, que todo el tiempo que el médico hace dentro del hospital sea considerado como tiempo de trabajo y sin otra posibilidad más que la de constituir jornada ordinaria o extraordinaria (“tertium non datur”).

El TSJPV, en una brillante sentencia de la que fue ponente Dña. María José Fernández Vitoria y que en principio afecta solo a los médicos de los hospitales de la Comunidad Autónoma Vasca, estimó nuestro planteamiento, dando la razón a los sindicatos demandantes. El Servicio de Salud demandado interpuso recurso de casación ante el Tribunal Supremo. En el interin se aprobó el EM y ahora, en el mes de Julio de 2004, el TS ha confirmado la legalidad de la sentencia del TSJ del País Vasco. No solo eso sino que ha modificado su criterio sobre la consideración de las guardias sometiénolo a la jurisprudencia emanada de Europa.

Esto, de entrada, puede llegar a obligar al Estado a revisar el modelo de jornada y guardias médicas que hoy conocemos. Pero es que además, como se argumentará en el comentario sobre la jornada complementaria, la sentencia dictada permite ya sostener la ilegalidad del art. 48 del Estatuto Marco. Aunque se argumentará más detenidamente, es claro que si por la aplicación de la normativa europea el TS concluye que el tiempo de trabajo solo puede ser jornada ordinaria o extraordinaria, no cabe duda de que un precepto que niega a las guaridas tanto el carácter de jornada ordinaria como extraordinaria es contrario a la norma europea.

A nuestro juicio, no es el precepto citado el único de difícil encaje legal, por lo que puede augurarse a medio plazo una reforma del capítulo que tratamos. Sería deseable que fuera acometida por el legislador pues lo contrario supondrá, a no dudar, obligar a que lo hagan los tribunales a fuerza de juicios, lo que siempre ha sido la solución menos buena.

Así pues y a nuestro juicio, en este capítulo la Ley nace lastrada por un subjetivísimo prisma comentado en el apartado I (en el que se adivinan, en realidad, motivos más económicos que de otra índole) y por la necesidad de recortar en lo posible los derechos que por la aplicación directa de la normativa europea estaba logrando y podía aun lograr el personal en los tribunales.

El resultado es una regulación cuyo fin real no es proteger al trabajador sino mantener a toda costa el viejo modelo de retribuciones y de organización del tiempo de trabajo con un cumplimiento más aparente que real del mandato europeo de transposición normativa y, sobre todo, del modo menos costoso económicamente y menos imaginativo.

En el mes de Agosto de 2004 entró en vigor la Directiva 03/88/CE que, sobre esta misma materia y para refundir las anteriores Directivas, dictó el Consejo de Europa. Esta es, hoy día, la norma de referencia en la materia que tratamos.

En lo que se refiere a la normativa futura hay que decir que en el mes de Septiembre de 2004 la Comisión Europea, de la mano del Comisario de Empleo y Asuntos Sociales (el Griego Stavros Dimas), elevó propuesta de reforma de la Directiva sobre tiempo de trabajo. La citada propuesta incluye recortes importantes en los derechos de los trabajadores. En concreto introduce modificaciones en las definiciones, entre las que se pretende incluir un tiempo que, aun en el caso de permanencia en el centro de trabajo, no sea considerado como tiempo de trabajo si el operario está inactivo. La propuesta nace, en este punto concreto, como respuesta de los Estados (particularmente Reino Unido y Alemania) a la sentencia del Tribunal de las Comunidades Europeas de 9 de Septiembre de 2003, con el fin de que las guardias dejen de ser consideradas tiempo de trabajo en su totalidad.

En el siempre difícil trance de anticipar el futuro, hay que decir que las circunstancias que rodean a la propuesta hacen incierta su plasmación real en una Directiva. En efecto, se realiza una propuesta revisora de extraordinario calado e impopularidad justamente por la Comisión saliente, en vísperas de nombrarse una nueva Comisión.

En cualquier caso la propuesta merece comentario.

De un lado hay que decir que a nuestro juicio la modificación pretendida chocaría frontalmente con la Jurisprudencia mantenida por el Tribunal de las Comunidades Europeas en esta materia. Ciertamente indica este Tribunal que

“.....un médico obligado a mantenerse en disposición de su empresario en el lugar determinado por este durante toda la duración de sus turnos de atención continuada está sujeto a limitaciones considerablemente más gravosas, puesto que debe permanecer alejado de su entorno familiar y social y goza de menor libertad para administrar el tiempo durante el cual no se requieren sus servicios profesionales. En estas circunstancias no cabe considerar que un trabajador disponible en el lugar designado por el empresario se halle descansando durante los periodos de su servicio de atención continuada en los que no ejerce una actividad profesional.” (apartado 66

Bien se ve que estas consideraciones son ajenas al articulado de la normativa europea, de modo que no se ve cómo un eventual cambio de la Directiva implicaría modificación del parecer del tribunal.

De otro lado, las consideraciones del Comisario Europeo y la modificación que respecto a las guardias pretende nos hace recordar la acertada crítica que Cebrián Badía realizaba a quienes intentaban justificar la bondad de la guardia escudándose en el argumento de no toda ella es trabajo real. Con gran acierto traía a su vez a colación este jurista a Russel, quien explicaba que un comisario de fábrica en la Inglaterra de los albores de la industrialización que la jornada de 12 horas de los niños fuera ampliada, lo que justificaba de la siguiente forma:

“tres cuartas partes de los chicos son juntadores en las hiladoras mecánicas y cuando las hiladoras retroceden no tienen nada que hacer, por lo que están ociosos los hiladores cerca de tres cuartos de minuto; por eso si un niño trabaja nominalmente doce horas al día no hace trabajo alguno durante nueve de esas 12 horas y si atiende dos hiladoras a la vez (lo que era usual al parecer) el ocio es entonces seis oras en lugar de nueve.”

LA mera lectura del texto produce hoy sonrojo, sin tener en cuenta otras circunstancias como la responsabilidad del médico de guardia o el mayor porcentaje de reclamaciones por negligencia por actos realizados durante la guardia.

Por último, a nuestro juicio la reforma chocaría también con el texto constitucional. Como se ha comentado más arriba, el art. 40.2 no solo eleva a rango constitucional el derecho al descanso, sino que establece el modo en el que éste debe tener lugar para que sea efectivo: mediante la limitación de la jornada de trabajo, no mediante periodos de inactividad durante la jornada.

Debe decirse en primer lugar que la normativa europea sobre tiempo de trabajo es una normativa de mínimos, de forma que cualquier norma que suponga condiciones más beneficiosas para el trabajador prevalece en todo caso. Así se establece en el art. 1.1 de la Directiva 93/104/CE.

La misma consideración debe hacerse al respecto del Estatuto Marco, que debe tenerse igualmente por norma de mínimos por encima de la cual debe prevalecer toda normativa o pacto que mejore las condiciones de seguridad, salud, descansos y jornada del trabajador.

¿Puede un Estado modificar las definiciones de la Directiva Europea?

Advertíamos en el apartado III de nuestras Consideraciones que esta Sección 1ª de la Ley llega incluso a transgredir la normativa y jurisprudencia europea. Llamábamos también la atención sobre los intentos de nuestra norma por recortar en lo posible los beneficios que para la protección de la salud de los trabajadores reporta la normativa europea.

Pues bien, a nuestro juicio el primer caso lo tenemos ya en las mismas definiciones y, específicamente, en la trascendental definición de tiempo de trabajo.

Dice el art. 46.2, apartado “a” que se entenderá por “tiempo de trabajo el el periodo en el que el personal permanece en el centro sanitario , a disposición del mismo y en ejercicio efectivo de su actividad y funciones”.

Las directivas europeas, sin embargo, definen el tiempo de trabajo como “todo período durante el cual el trabajador permanezca en el trabajo, a disposición del empresario y en ejercicio de su actividad o de sus funciones, de conformidad con las legislaciones y/o practicas nacionales”.

Bien se aprecian los importantes matices introducidos por la norma nacional. Por un lado exige que el tiempo de trabajo, para que sea considerado tal, haya de constituir ejercicio EFECTIVO de la actividad. Por otro lado, al cambiar la conjunción disyuntiva final “o” por la copulativa “y” entre las palabras actividad y funciones parece pretender exigir que ambas se den a la vez. En suma, parece pretender condicionar la consideración de tiempo de trabajo no a la mera estancia en el centro sino al cumplimiento de unos requisitos que no exigía la norma europea.

Surge inmediata la duda de si es posible que el Estado miembro modifique una definición establecida mediante Directiva europea, y la respuesta es clara e indudablemente negativa: el Estado no puede modificar la definición de tiempo de trabajo contenida en la Directiva, de forma que la exigencia de efectividad simultánea de la actividad y funciones incluida en la definición de la norma nacional es contraria a la normativa europea.

EL Tribunal de las Comunidades Europeas tiene ya resuelta la cuestión y establecido que los estados miembros no pueden modificar las definiciones de las directivas.

En efecto, la sentencia del referido Tribunal de 9 de Septiembre de 2003 (caso Jaeger/Landeshauptstadt Kiel) toca por vez primera este aspecto en su apartado 58 indicando que:

En cualquier caso, los conceptos de tiempo de trabajo y de periodo de descanso en el sentido de la Directiva 93/104 no deben interpretarse en función de las disposiciones de las diferentes normativas de los Estados miembros sino que constituyen conceptos de Derecho Comunitario que es preciso definir según características objetivas, refiriéndose al sistema y a la finalidad de dicha Directiva, como hizo el Tribunal de Justicia en los apartados 48 y 50 de la sentencia Simap, antes citada. Sólo una interpretación autónoma semejante puede garantizar la plena eficacia de la Directiva, así como una aplicación uniforme de los mencionados conceptos en la totalidad de los Estados miembros.

Por tanto, la circunstancia de que la definición del concepto de tiempo de trabajo haga referencia a las legislaciones y/o practicas nacionales no significa que los Estados miembros puedan determinar unilateralmente el alcance de este concepto. Dichos Estados tampoco pueden someter a condición alguna el derecho de los trabajadores a que los periodos de trabajo y, correlativamente, los de descanso sean tomados debidamente en cuenta, pues tal derecho resulta directamente de las disposiciones de esta Directiva. Cualquier otra interpretación haría peligrar el objetivo de la Directiva 93/104 de amortizar la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores mediante disposiciones mínimas (véase la sentencia de 12 de Nov. 1996, Reino Unido/Consejo, C-84/94, Rec. P. I-5755, apartados 45 y 75).

Por fin, con un sentido didáctico y una reiteración que roza la terquedad, la misma sentencia concluye sus consideraciones sobre este particular estableciendo terminantemente que “el artículo 2 (sobre las definiciones) de la Directiva 93/104 no figura entre las disposiciones frente a las que ésta permite expresamente establecer excepciones” (apartado 82 de la sentencia) y que ...”las definiciones que figuran en dicho artículo 2 no pueden ser interpretadas libremente por los estados miembros” (apartado 82).

Completa en este punto la sentencia indicándonos el porqué de esa definición y qué es lo determinante para poder saber si estamos ante tiempo de trabajo o no.

Según el citado tribunal el factor determinante para considerar si se dan los elementos característicos del tiempo de trabajo es el mero hecho de estar obligado a hallarse físicamente presente en el lugar determinado por el empresario y a permanecer a disposición de este para poder prestar servicios en caso de necesidad. Esto es, la mera estancia en el lugar de trabajo a disposición del empresario es tiempo de trabajo.

Y ello es así, según el mismo Tribunal, porque “un médico obligado a mantenerse a disposición de su empresario en el lugar determinado por éste durante toda la duración de sus turnos de atención continuada está sujeto a limitaciones considerablemente más gravosas, puesto que debe permanecer alejado de u entorno tanto familiar como social y goza de una menor libertad para administrar el tiempo durante el cual no se requieren sus servicios profesionales. En estas circunstancias, no cabe considerar que un trabajador disponible en el lugar designado por el empresario se halla descansando durante los periodos de su servicio de atención continuada en los que no ejerce efectivamente una actividad profesional.”

Al respecto de la cuestión relativa a los límites de los derechos fundamentales parece oportuno citar alguna doctrina constitucional, como la sentada en la sentencia de 30 de Noviembre de 2000, publicada el 19.12.00 (recurso nº 1463/2000).

En ella el Tribunal Constitucional anula varios artículos de la Ley de Protección de Datos ( en aquel caso).

En el recurso de inconstitucionalidad fue interpuesto por el Defensor del Pueblo, contra los arts. 21.1 y 24.1 y 2 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

A juicio del Defensor del Pueblo los incisos recurridos de ambos preceptos lesionaban el contenido esencial de los derechos fundamentales del art. 18.1 de la misma Ley en relación con lo dispuesto en su apartado 4, y la reserva de la Ley del art. 53.1 CE.

Decía el TC en la referida sentencia que se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección.

No cabe pensar, no obstante, que el derecho al descanso no pueda limitarse, menos aún cuando lo que se esgrime como argumento es usualmente el derecho de la población en general a la protección de la salud. En ese sentido el propio TC reconoce en la sentencia antes citada que, aunque no se los ponga específica y expresamente la Constitución, dichos límites los encuentra en los restantes derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, pues así lo exige el principio de unidad de la Constitución.

Incluso explica el Alto Tribunal que estos límites pueden ser tanto de fondo como de forma. Dice textualmente que los límites -o bien pueden ser restricciones directas del derecho fundamental mismo.....o bien pueden ser restricciones al modo, tiempo o lugar de ejercicio del derecho fundamental.

Pero la imposición de límites a un derecho fundamental tiene varios requisitos.

Un primer requisito formal indispensable es la reserva de Ley.

Esta reserva es estricta e indelegable, de modo que a juicio del TC se vulnera el derecho a la protección de datos cuando la Ley que debe regular los límites a los derechos fundamentales, se limita a apoderar a otro Poder Público para fijar en cada caso las restricciones que pueden imponerse a los derechos fundamentales. Explica el TC que

si se procediera a la mera delegación, la singular determinación y aplicación (del derecho fundamental) estará al albur de las decisiones que adopte ese Poder Público, quien podrá decidir, en lo que ahora nos interesa, sobre la obtención, almacenamiento, tratamiento, uso y cesión de datos personales en los casos que estime convenientes y esgrimiendo, incluso, intereses o bienes que no son protegidos con rango constitucional.

Cuando la Constitución no contempla esta posibilidad de que un Poder Público distinto al Legislador fije y aplique los límites de un derecho fundamental o que esos límites sean distintos a los implícitamente derivados de su coexistencia con los restantes derechos y bienes constitucionalmente protegidos, es irrelevante que la Ley habilitante sujete a los Poderes Públicos en ese cometido a procedimientos o criterios todo lo precisos que se quiera, incluso si la Ley habilitante enumera con detalle los bienes o intereses invocables por los Poderes Públicos en cuestión, o que sus decisiones sean revisables jurisdiccionalmente (que lo son en cualquier caso, con arreglo al art. 106 CE): Esa Ley habrá infringido el derecho fundamental porque no ha cumplido con el mandato contenido en la reserva de ley (arts. 53.1 y 81.1 CE), al haber renunciado a regular la materia que se le ha reservado, remitiendo ese cometido a otro Poder Público, frustrando así una de las garantías capitales de los derechos fundamentales en el Estado democrático y social de derecho (art. 1.1 CE). La fijación de los límites de un derecho fundamental, así lo hemos venido a decir en otras ocasiones, no es un lugar idóneo para la colaboración entre la Ley y las normas infralegales.

Ni siquiera la invocación genérica de los altos bienes jurídicos y fines que defiende la administración sirven como motivo de delegación.

Otros requisitos para la válida limitación de derechos fundamentales son la justificación de los límites, su precisión y claridad y la proporcionalidad al establecerlos.

Los límites sólo pueden tener su justificación en la protección de otros derechos o bienes jurídicos igualmente reconocidos.

Deben ser, además, unos límites precisos y claros, de forma que no haya dudas en su interpretación para que ésta (y el propio ejercicio del derecho) no quede al albur de quien no es el interesado

La proporcionalidad, en fin, se exige respecto del fin que se persigue con dichos límites. En otro caso entiende el TC que se incurrirían en la arbitrariedad proscrita por el art. 9.3 CE.

El Tribunal Constitucional entendió, en fin, que la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales pretendió establecer límites a los derechos de acceso y cancelación (entre otros) pero al hacerlo no cumplió los requisitos que la fijación de tales límites exige: no estaban justificados suficientemente, eran vagos e imprecisos y su eventual apreciación quedaba delegada en otro poder público.

Por todo ello declaró la inconstitucionalidad de los preceptos que limitaban el derecho fundamental garantizado en la Ley.

En orden a tamizar el apartado 1 del art. 49 del Estatuto Marco a la luz de la relatada jurisprudencia constitucional, parece cuando menos cuestionable la precisión de un límite sentado sobre la base unas razones organizativas y asistenciales. Pero, sobre todo, vuelve el legislador a delegar no ya en un reglamento sino en la libre voluntad de la dirección de cada centro la apreciación de esos límites al derecho fundamental.

En efecto, el art. 46.2.j reconoce expresamente a la Gerencia o dirección del centro la capacidad de programación funcional y, en definitiva, la articulación de la actividad de los distintos servicios y del personal. Será por tanto esa gerencia la que en último término interprete libremente si se dan o no las razones organizativas o asistenciales que justifican la superación de la duración máxima conjunta de las jornadas ordinarias y complementarias.

Expuesto cuanto antecede diremos que, a nuestro juicio, no se cumplen los requisitos constitucionalmente exigibles para limitar el derecho al descanso en la forma en la que lo hace el art. 49. Debió ser el propio Estatuto Marco el que concretara qué razones organizativas y asistenciales objetivas, precisas y claras justifican la superación de la jornada máxima. Ello es especialmente importante dadas las consideraciones que se hacen en los comentarios que siguen a este.

Debe decirse, en cualquier caso y al respecto conceptos jurídicos tan indeterminados como las razones organizativas y asistenciales, que si bien se trata, ad limina, de una facultad del Servicio Público de Salud, es lo cierto que como se han encargado de determinar los Tribunales (p.e. TSJ Castilla en sentencias de 16.06.94 y 05.06.96 , entre otras)

“no puede ser un acto arbitrario, ni siquiera discrecional, sino sometido a la concurrencia obstativa que viene constituido por dichas necesidades de servicio y una cosa es la facultad de la dirección para apreciar tales necesidades, y otra muy distinta es que tal facultad no pueda ser corregida ni sometida a revisión si se hubiese ejercitado hipotéticamente de forma torcida lo que necesariamente exige conocer e invocar cuales sean las concretas circunstancias concurrentes que se califican como tales necesidades de servicio, pues de lo contrario bastará la mera invocación de tal , sin posibilidad de control alguno de tal facultad denegatoria. Así lo estableció entre otras la Sentencia de la Sala del Tribunal Supremo, de 25 de enero de 1999 "según la cual en los supuestos en que la Dirección del Centro goce de facultades para tomar acuerdo, ello no le releva de la obligación de dar a conocer al interesado las concretas necesidades del servicio que obligan a tomar el acuerdo, con el fin de que el interesado pueda conocer si se ha actuado correctamente o se ha procedido con abuso de poder.".

La definición parte de aquella que ofrecía el viejo estatuto en su art. 41.4.apartado segundo, tras la reforma introducida por Real Decreto 3110/1977, de 28 de Octubre.

Todo lo que no es tiempo de trabajo lo es de descanso. Ello supone que el Período de Localización se define, en principio, como parte integrante del período de descanso.

Pero tengamos en cuenta que solo es período de localización (y por tanto de descanso) aquel en el que el personal se encuentra en situación de disponibilidad, de forma que cuando es llamado y comienza a prestar algún servicio, entonces ya no se trata de período de localización sino de tiempo de trabajo.

En perfecta concordancia con ello se expresa el art. 48.2. apartado segundo, que se comenta posteriormente, en el sentido de que una vez llamado cuando se está de guardia localizada, tanto el tiempo de desplazamiento como el trabajo realizado se computarán como jornada.

Así pues, la comúnmente llamada “guardia localizada” se divide ahora en dos partes:

el período de localización, o mera situación de disponibilidad a la espera de ser requerido, que es tiempo de descanso;

el trabajo que se desarrolla tras ser llamado y el tiempo de desplazamiento, que se computan como jornada.

El Estatuto del 66 establecía en su art. 27. 4 una dedicación horaria de treinta y seis horas semanales para los médicos de hospital y de 6 horas diarias en jornada continua para los de Centros de Diagnóstico y Tratamiento.

Mediante Real Decreto 137/1984, de 11 de Enero, sobre Estructuras Básicas de Salud, se amplió a cuarenta horas semanales la dedicación horaria de todo el personal de los Equipos de Atención Primaria, guardias aparte (art. 6º).

Por medio de acuerdos entre la administración sanitaria y del Estado y las Organizaciones Sindicales más representativas del sector se fueron fijando jornadas laborales en cómputo anual, siempre con independencia de las guardias. En concreto, por acuerdos de 22 de Febrero y 3 de Junio de 1992 (BOE de 10 de Junio de 1992 y de 2 de Febrero de 1993 respectivamente) se fijaba en 1645 horas el horario anual para la prestación de servicios en turno fijo diurno, 1470 para el turno fijo nocturno y 1530 para el rotatorio. Ello supone, de media, las mismas cuarenta horas semanales para el turno fijo diurno.

Hoy, casi cuarenta años después de aquel primer Estatuto, tenemos una normativa que, sin fijar una jornada ordinaria máxima, la deja a determinar “mediante norma, pacto o acuerdo”. A partir del año 2001 la práctica totalidad de los acuerdos que se han ido adoptando para regular las condiciones de trabajo del personal de los distintos Servicios Públicos de Salud vienen fijando en treinta y cinco horas semanales la jornada ordinaria.

El avance para el médico, en cuarenta años, ha sido de una hora menos a la semana de jornada ordinaria. No puede decirse que sea gran cosa después de tanto tiempo.

Es importante resaltar, por fin, que en la actualidad y de forma usual la jornada ordinaria se fija en forma de máximo anual.

Sin privar de importancia al resto del precepto, consideramos trascendental un detenido estudio del apartado 3 del mismo Art. 48.1.

Reitera este precepto la tradicional no consideración de la guardia como hora extraordinaria, sino como una suerte de trabajo obligatorio, añadido a la jornada ordinaria, mal pagado y de extensión libremente decidida por la dirección del centro. Ello ha supuesto desde siempre un uso y abuso de las guardias por el Estado empleador que nunca fue pacíficamente tolerado por los médicos y que muchos expertos juristas han denunciado en no pocas ocasiones. Hoy, más que nunca, adquieren actualidad estudios como el que ya en 1989 hizo el ya citado CEBRIAN BADIA, entonces magistrado del Tribunal Central de Trabajo, y a cuya luz debemos hacer una lectura crítica del nuevo Estatuto en lo que a este precepto respecta.

A su vista, y de entrada, nadie puede decir que en este punto el legislador nacional haya pretendido trasponer a derecho interno la dicción de las Directivas sobre tiempo de trabajo. Tal no se sostendría puesto que el Estado, de un lado, conocía la dicción de dichas Directivas, las cuales no contemplan sino las jornadas ordinarias y extraordinarias. De otro lado y sobre todo el legislador estatal conocía las sentencias del Tribunal de las Comunidades Europeas ya comentadas, en especial la de 9 de Septiembre de 2003, que no dejan margen a la duda y califican las guardias como tiempo de trabajo y como jornada ordinaria o extraordinaria.

A pesar y en contra de todo ello, vuelve sobre la vieja consideración de que el tiempo de trabajo adicional a la jornada ordinaria no es jornada extraordinaria en ningún caso (art. 48.3), lo que hace pensar, de entrada, en un terco empeño en perpetuar una situación de plena disponibilidad de mano de obra tan cualificada como barata. Para ello se enroca el legislador en el tradicional eufemismo que permite que le permite llamar complementario al antónimo de ordinario. Lo que no es ordinario resulta que tampoco es extraordinario sino complementario.

Pero si la frontal contradicción de esta nueva norma con la normativa y jurisprudencia europea ya nos hacía cuestionarnos la legalidad del apartado 3 de este artículo, existe un motivo adicional para sostener la nulidad del mismo.

Se trata de la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de Julio de 2004 y la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma Vasca de 11 de Marzo de 2003 que la anterior confirma.

En dichas sentencias, y con base en las repetidas sentencias del tribunal de las Comunidades Europeas, se abandona por fin la tesis de que las guardias son jornada complementaria.

Entre los argumentos más claros e importantes de las repetidas sentencias hemos de citar los siguientes:

La interpretación de la citada Directiva comunitaria, hecha por la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de fecha 3 de octubre de 2000, impide la aplicación de la doctrina del Tribunal Supremo citada en el recurso, pues declara en su punto 3) que "el tiempo dedicado a la atención continuada prestados por médicos de equipos de atención primaria en régimen de presencia física en el centro sanitario debe considerarse tiempo de trabajo en su totalidad, y en su caso, horas extraordinarias en el sentido de la Directiva 93/104. Por lo que respecta a la prestación de servicios de atención continuada por dichos médicos en régimen de localización, solo debe considerarse tiempo de trabajo el correspondiente a la prestación efectiva de servicios de atención primaria....."

Es en base a todo ello por lo que los referidos tribunales concluyen que la Directiva 93/J 04/CE es de aplicación a los médicos que prestan sus servicios en los hospitales del «Servicio Vasco de Salud»; que todas las horas trabajadas, inclusive las de atención continuada prestadas en el ámbito de la asistencia especializada y urgencias hospitalarias en régimen de presencia física en el centro de trabajo, se deben considerar como trabajo efectivo; así como que las horas trabajadas, inclusive las realizadas en atención continuada, que excedan de 1.592 horas anuales se deben considerar jornada extraordinaria de trabajo, y que el límite horario semanal de los médicos hospitalarios debe ser de 48 horas como media en un período de referencia de 12 meses, con excepción de los médicos de formación y los casos en que individualmente se preste consentimiento expreso por el trabajador afectado.....

Es de hacer notar que también el anterior Estatuto Jurídico de personal estatutario consideraba las guardias como jornada complementaria, lo que no ha sido obstáculo para que el Tribunal Supremo haya calificado las mismas como de jornada ordinaria o extraordinaria. Fácil es entender que, si el Tribunal Supremo ha considerado que hoy en día no es conforme a la normativa y jurisprudencia europea su propia jurisprudencia anterior, el apartado 3 de este artículo 48 tampoco sea conforme con esa misma normativa y jurisprudencia.

Si la no consideración de la guardia como jornada ordinaria o extraordinaria era contrario a la norma y jurisprudencia europea, no puede haber duda de que tal contrariedad se da en la norma que persevera en aquel defecto.

Debe hacerse notar que la nueva regulación se ha preocupado muy mucho de excluir la jornada complementaria de la condición de horas extraordinarias, pero no de excluirla de su consideración o equiparación a la hora ordinaria.

Esto, y el hecho indubitado de que la Directiva y la jurisprudencia europeas no prevén una jornada de inferior calidad a la ordinaria, deben hacernos pensar que el legislador ha aceptado definitivamente la consideración de la guardia al menos como hora ordinaria.

En ese sentido, y a mayor abundamiento, diremos que cualquier otra consideración sería incluso contraria al art. 14 de la Carta Magna, dado el hecho cierto de que junto con el personal estatutario que añade la guardia a su jornada ordinaria coexiste personal también estatutario cuya labor ordinaria y diaria es precisamente la realización de guardias, a cambio de la cual percibe su salario total “ordinario” (no el mero módulo de guardia).

También la jurisdicción contencioso-administrativa ha entrado sobre la materia ratificando las tesis expuestas. Así, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia Cantabria (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 4 julio 2002 (confirmada por sentencia del Tribunal Supremo de fecha 14 de mayo de 2.004) establece que en el cómputo de la jornada laboral de los médicos funcionarios de instituciones penitenciarias debe incluirse el tiempo de guardia de presencia física, indicando que:

“...como ha señalado el Tribunal de Justicia en la Sentencia antes citada de 3 de octubre de 2002, el tiempo de las guardias que requieren la presencia física del trabajador, debe considerarse como tiempo de trabajo y, en su caso, horas extraordinarias, a los efectos de la aplicación de las directivas a que se viene haciendo referencia.”

A nuestro juicio, por los argumentos expuestos la guardia es al menos equivalente y de igual valor en todos los sentidos a la jornada ordinaria, y a pesar de la dicción del apartado 3 del art. 48 será también jornada extraordinaria si se presta o desarrolla por encima o además de la jornada ordinaria.

Al amparo del permiso que le otorga el art. 17.4 de la Directiva 93/104/CE, amplía en dos meses mas el tiempo de referencia establecido por ésta. Donde la Directiva marcaba un cómputo de cuatro meses el Estatuto Marco establece seis, siendo éste el máximo permitido por la norma europea. No solo se busca la vía de las excepciones (no justificada, por otro lado) sino que dentro de la excepción se llega al máximo posible.

Esto invalida de hecho, a nuestro juicio, la garantía que para la salud del trabajador pretendía la Directiva, pues supone la posibilidad matemáticamente cierta de que un médico encadene jornadas consecutivas de hasta 1.248 horas en un solo semestre. Y aun puede ampliarse al amparo del art. 49 (jornada especial). Esto no es ciencia ficción. La realidad de los hospitales nos dice que hay servicios quirúrgicos con solo cuatro especialistas, de forma que cuando dos de ellos cogen sus vacaciones estivales los otros dos se turnan de guardia, día sí día no, durante todo un mes. Al mes siguiente son los primeros dos los que se turnan en el mismo inhumano horario.

No la establece el Estatuto, sino que delega en la Dirección o Gerencia del centro la facultada de establecer el modo en que la jornada complementaria ha de desarrollarse.

Tampoco establece la duración máxima diaria de la jornada ordinaria más la complementaria, limitándose a fijar un tope semanal.

Es claro que la jornada complementaria se desarrolla además o por encima de la ordinaria, pero ni está establecido ni podemos suponer que haya de realizarse sin descanso alguno entre una y otra. Al contrario, y como más adelante se explicará, los apartados 1 y 2 del artículo 51 permiten fijar en 12 horas el máximo de jornada diaria, con inclusión de la complementaria.

El tiempo de trabajo en guardia localizada.

El párrafo segundo del apartado 2 del precepto que comentamos confiere la consideración de jornada a parte del período de localización, en concreto al trabajo realizado cuando el interesado sea requerido para ello y el tiempo de desplazamiento al centro de trabajo.

SE trata de una correcta interpretación de la Directiva y, además, de la asunción de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la materia.

En efecto, en sentencia de 31 de octubre de 2001 (Recurso contra sentencia del TSJ de Andalucía de 05.02.01, Ponente: Varela de la Escalera, Santiago) se indica que

“es claro que, de acuerdo con los preceptos citados de producirse la activación, en el supuesto de guardias localizadas, y en los demás supuestos, el trabajo realizado ha de conceptuarse como trabajo efectivo porque, en definitiva, así lo es, al encontrarse el trabajador, no en la situación de expectativa de llamada, sino en el puesto laboral asignado para desarrollar la labor que tiene encomendada.....”

Debe decirse, no obstante, que aunque el Estatuto Marco confiere el carácter de jornada al tiempo de trabajo real durante la guardia localizada, sin embargo no concreta qué tipo de jornada es de entre los tres tipos que contempla o incluso otros.

A nuestro juicio, en línea con la más moderna jurisprudencia del Tribunal Supremo (sentencia de ... de Julio de 2004) y a pesar del apartado 3 del art. 48 del estatuto Marco, ese tiempo deberá servir para integrar la jornada ordinaria hasta el límite establecido para ella (normalmente 1592 horas anuales) y será jornada extraordinaria a partir de dicho límite.

Así lo tiene establecido el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en su reciente sentencia de Sentencia del TSJPV Sala de lo Social, de 13.07.04, Recurso nº 622/04, Ponente: Ilma. Sra. Magistrado Dña. M<sup>ª</sup> José Muñoz Hurtado, que cita reitera los argumentos de otra anterior y confirma la del Juzgado de lo social cuyo fallo era:

“.....estimando la demanda debo declarar y declaro el derecho de los demandantes a que se compute a efectos de jornada anual como trabajo efectivo el tiempo de presencia física en el Centro de trabajo desarrollando el trabajo para el que han sido llamados durante la guardia localizada así como los tiempos de desplazamiento.”

La Sala fundamenta su fallo en lo siguiente:

“Esta Sala en Sentencia de 30.03.04 (Rec. 48/04) resuelve un supuesto en el que se solicitaba que se reconociese como tiempo de trabajo a efectos de la jornada anual el transcurrido en una guardia localizada desde que la institución hospitalaria requiriese al facultativo hasta que éste, después de haber prestado el servicio, abandonase el hospital, basándose en cuanto al cómputo de las horas trabajadas, inclusive las realizadas en atención continuada, que excedieran de 1592 horas anuales como jornada extraordinaria de trabajo en las sentencias del Tribunal de Luxemburgo de 03.10.00 y 09.09.03, así como en la de este Tribunal Superior de Justicia de 11.03.03, dictadas en interpretación de la Directiva Comunitaria 93/104; y respecto a la determinación del momento a partir del cual es efectiva una guardia localizada en la Sentencia del Tribunal Supremo de 31.10.01, que a criterio del recurrente, acuerda que las horas de trabajo realizadas en guardias localizadas son tiempo efectivo de trabajo a efectos del cómputo de la jornada anual “desde que se produce su activación”.

El precepto se corresponde con el art. 5 de la Directiva 93/104 que establece

“Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que todos los trabajadores disfruten, por cada periodo de siete días, de un periodo mínimo de descanso ininterrumpido de veinticuatro horas, a las que se añadirán las once de descanso diario establecido en el artículo 3”.

Es importante destacar que el citado precepto de la Directiva establece que el periodo de descanso semanal incluye el domingo, aspecto este que ha sido obviado por el Estatuto Marco.

Cierto es que la Directiva permite excepciones a los Estados, a realizar ex lege, al respecto de disposiciones como la del art. 5 de la meritada Directiva. Pero da la impresión de que la posibilidad de introducir excepciones se ha de referir a tiempos de descanso, no a aspectos como la inclusión o exclusión del domingo en el descanso semanal.

Ante la laguna del Estatuto en este punto entendemos que debe entenderse incluido el domingo por aplicación directa de la Directiva.

Por lo demás, nuevamente al socaire de las excepciones permitidas por la norma europea, el legislador nacional opta nuevamente por limitar el derecho al descanso de los trabajadores y multiplicar por 4 el periodo de referencia, siempre sin aducir (mucho menos justificar) motivo alguno para ello.

El Estatuto se hace eco de la tradición legal estatal y de los diversos acuerdos de condiciones de trabajo, mejorando en este punto lo dispuesto en la Directiva 88/2003 que fija en 4 semanas la vacación mínima anual.

El viejo Estatuto Jurídico de Personal facultativo de la Seguridad Social (Decreto 3.160/1966) establecía que el periodo vacacional de dicho personal había de ser de un mes.

El Estatuto Marco fija el tiempo de vacación anual en 30 días naturales, que no es exactamente lo mismo que un mes. El trabajador que inicia sus vacaciones de un mes el día 1 de agosto tendría que reincorporarse al trabajo el 1 de septiembre. En cambio si las vacaciones duran 30 días naturales deberá reincorporarse el día 31 de agosto.

Bien es cierto, no obstante, que esos 30 días naturales que fija el artículo comentado son una norma de mínimos que puede ser mejorada por cualquier servicio público de salud.

Nada se indica respecto a la posibilidad de fraccionar el período vacacional, ni del número de fracciones (de ser ello posible) o por cuanto tiempo cada una de ellas. Tampoco se dice nada sobre la preferencia del disfrute de vacaciones en determinados meses del año (generalmente los meses de junio a septiembre), que por el contrario sí se recoge en algunos distintos Acuerdos autonómicos de Regulación de Condiciones de Trabajo.

Únicamente se indica en el Estatuto Marco que la fijación concreta de las vacaciones dependerá de la programación funcional del centro donde preste servicios el facultativo.

A este respecto debe decirse, en primer lugar, que para evitar desviaciones de poder, los distintos Servicios Públicos deben alegar y justificar qué concretas necesidades de la programación sustentan, llegado el caso, una hipotética denegación de las vacaciones solicitadas.

En este sentido de exigencia de justificación de las necesidades de servicio que se alegan se pronuncia el Tribunal Supremo, en sentencia de 25 de enero de 1999. Según la misma, en los supuestos en que la Dirección del Centro goce de facultades para tomar acuerdo, ello no le releva de la obligación de dar a conocer al interesado las concretas necesidades del servicio que obligan a tomar el acuerdo, con el fin de que el interesado pueda conocer si se ha actuado correctamente o se ha procedido con abuso de poder.

Lo que es absolutamente novedoso es que la fijación del período de disfrute de las vacaciones se realice por medio de la “programación funcional del centro”, que es tanto como dejar su concreción a la decisión de la Dirección del centro.

Conocido el mayor interés que protege la administración sanitaria, es lógico que los periodos de vacaciones se organicen de forma que la atención a la población esté siempre garantizada. Pero hasta ahora ello se ha logrado siempre conjugando las voluntades de trabajador y Dirección. No se llega a apreciar el motivo para este novedoso cambio, de nuevo en perjuicio del trabajador.

Téngase en cuenta que esto supone en sí mismo una limitación de esa parte del derecho fundamental al descanso que son las vacaciones. En este caso la limitación no se establece en el tiempo total de descanso o vacación, sino privando absolutamente al trabajador de toda capacidad decisoria en la fijación, siquiera en parte, del período concreto de sus vacaciones. No descansará cuando quiera o cuando a su juicio lo necesite, sino cuando se lo permita la programación funcional del centro establecida por la dirección. Nuevamente vemos limitado el derecho al descanso al albur de criterios tan inseguros como la “programación funcional” y mediante delegación en la administración que establece la misma.

Aún cuando el Estatuto reconoce el derecho a un periodo mínimo de descanso de 12 horas entre el fin de una jornada y la siguiente (ampliando incluso el plazo de 11 horas previsto en el art. 3 de la Directiva 03/88/CE), el propio Estatuto en su art. 51 señala a continuación los supuestos en los que este descanso entre jornadas queda reducido:

- 1.- Cuando en el trabajo a turnos se realiza un cambio de equipo que impide disfrutar del descanso
- 2.- Cuando en menos de 12 horas se sucedan la jornada ordinaria y la complementaria o bien la especial.

Esta posibilidad, no obstante, está prevista en la Directiva, en cuyo artículo 17 al establecer determinadas excepciones a los derechos en ella reconocidos, se prevé como una de dichas excepciones la referida al descanso diario en los servicios relativos a la recepción, tratamiento y/o asistencia médica prestados por hospitales o centros similares, señalando eso sí, como requisito necesario para su legalidad que se concedan periodos equivalentes de descanso compensatorio.

Así pues, el art. 54 al regular los descansos alternativos, se limita a dar cumplimiento a la Directiva comunitaria.

Para proceder a la compensación pertinente, este precepto señala un promedio semanal, en cómputo de tres meses. Ahora bien, aunque no se cuestiona la legalidad de que en determinados supuestos no pueda disfrutarse del descanso diario, si luego esta deficiencia se ve compensada, hay que tener presente que un descanso adecuado es por definición de la propia Directiva (art. 2.9) un periodo regular de descanso, suficientemente largo y continuo para evitar que, debido al cansancio o a ritmos de trabajo irregulares, los trabajadores se produzcan lesiones a sí mismos, a sus compañeros o a terceros, y perjudiquen su salud, a corto o a largo plazo.

En el art. 57 el Estatuto Marco confirma la aplicación a estos periodos de referencia del cómputo civil de los plazos (de fecha a fecha incluidos los inhábiles).

A su vez, y por lo que respecta al carácter de los periodos de descanso en principio el Estatuto Marco, en su art. 58, sigue las directrices señaladas por la Directiva comunitaria.

Sin embargo, no parece zanjar el dilema que a nivel de tribunales se ha planteado con respecto al carácter del descanso subsiguiente a una guardia realizada en sábado.

La jurisprudencia no ha sido en este punto lo clara que sería de desear. Así el Tribunal Supremo en sentencia de fecha 25.04.01 concluyó que el tiempo de descanso posterior a las guardias médicas realizada en sábado se computa como tiempo efectivo de trabajo a los efectos de la jornada anual, pero en otra posterior ( de fecha 16.04.02) estableció que no hay derecho a tal cómputo.

Téngase en cuenta que la consideración del tiempo de descanso tras la guardia como tiempo de trabajo a efectos del computo anual no es una cuestión menor.

La lectura conjunta del artículo 58.2 junto con las disposiciones relativas a la atención continuada pueden llevara a interpretaciones absurdas y, porqué no, abusivas.

Piénsese que el número de guardias que cubre cada facultativo no dependen de una elección de éste, sino que son, a la postre, decididas en última instancia por la Administración.

Ello supone que cuantas más guardias esté obligado a realizar un facultativo, más déficit horario tendrá con la empresa si no consideramos el tiempo de descanso post guardia como tiempo trabajado, y estaremos ante un caso flagrante de contravención del art. 1.256 del Código Civil, según el cual, la validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes.

Por poner un ejemplo muy gráfico , comentando el artículo 48 indicábamos que es perfectamente legal que una persona encadene una jornada de hasta 1248 horas en un solo semestre, que resultarían de realizar jornadas de 48 horas semanales durante 21 semanas.

Pues bien, nada hay en el Estatuto Marco que impida que esas horas, las 1248, disponga la Dirección del centro que sean en su totalidad horas de jornada complementaria (esto es, guardias) de forma que, puesto que el descanso tras la guardia no es tiempo de trabajo a efectos legales (y por tanto no computa como jornada ordinaria), se producirá la paradoja de que el trabajador que ha realizado 1248 horas de trabajo en un solo semestre aun adeuda a la empresa la totalidad de la jornada ordinaria anual. Y no solo eso, sino que en el segundo semestre puede ocurrir exactamente lo mismo: la programación funcional del centro puede establecerle otras 1248 horas para el segundo semestre, todas de atención continuada, con lo que el trabajador habrá realizado 2496 horas de trabajo anual sin infringir los límites de tiempo máximo de trabajo establecidos por el Estatuto Marco y sin haber realizado, a 31 de Diciembre, ni una sola hora de trabajo de su jornada ordinaria anual que, por tanto, adeudaría en su totalidad al empleador.

Es por ello que nos parece más acertada la tesis que han mantenido algunos Tribunales Superiores de Justicia (así, por ejemplo, el de La Rioja en sentencia de fecha 15.02.01, o el del País Vasco en sentencia de fecha 15.03.01) que mantienen que el tiempo de descanso sobre cuya consideración discrepan las partes debe computarse como de trabajo efectivo a efectos de computar la jornada anual exigible.

El artículo 62 señala que el régimen general de situaciones del personal estatutario fijo comprende las siguientes:

- a) Servicio activo.
- b) Servicios especiales.
- c) Servicios bajo otro régimen jurídico.
- d) Excedencia por servicios en el sector público.
- e) Excedencia voluntaria.
- f) Suspensión de funciones.

2. Las comunidades autónomas podrán establecer los supuestos de concesión y el régimen relativo a las situaciones de expectativa de destino, excedencia forzosa y excedencia voluntaria incentivada, así como los de otras situaciones administrativas aplicables a su personal estatutario dirigidas a optimizar la planificación de sus recursos humanos, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 12.

3. Será aplicable al personal estatutario la situación de excedencia para el cuidado de familiares establecida para los funcionarios públicos por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras.

Es necesario tener en cuenta además que la ley 4/1995 de 23 de marzo de regulación del permiso parental y por maternidad contempla un nuevo tipo de excedencia, la excedencia para el cuidado de los hijos.

## **Servicio Activo.**

El personal estatutario se hallará en servicio activo cuando preste los servicios correspondientes a su nombramiento como tal, o cuando desempeñe funciones de gestión clínica, cualquiera que sea el servicio de salud, institución o centro en el que se encuentre destinado, así como cuando desempeñe puesto de trabajo de las relaciones de puestos de las Administraciones públicas abierto al personal estatutario.

Ir a Norma modificadora Número 1 del artículo 63 redactado por el apartado uno de la disposición final quinta de la Ley 10/2013, de 24 de julio, por la que se incorporan al ordenamiento jurídico español las Directivas 2010/84/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre de 2010, sobre farmacovigilancia, y 2011/62/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2011, sobre prevención de la entrada de medicamentos falsificados en la cadena de suministro legal, y se modifica la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios («B.O.E.» 25 julio). Vigencia: 26 julio 2013

2. El personal que se encuentre en situación de servicio activo goza de todos los derechos y queda sometido a todos los deberes inherentes a su condición, y se regirá por esta ley y las normas correspondientes al personal estatutario del servicio de salud en que preste servicios.

3. Se mantendrán en la situación de servicio activo, con los derechos que en cada caso correspondan, quienes estén en comisión de servicios, disfruten de vacaciones o permisos o se encuentren en situación de incapacidad temporal, así como quienes reciban el encargo temporal de desempeñar funciones correspondientes a otro nombramiento conforme a lo previsto en el artículo 35.

4. Se mantendrán en servicio activo, con las limitaciones de derechos que se establecen en el artículo 75 de esta ley y las demás que legalmente correspondan, quienes sean declarados en suspensión provisional de funciones.

## **Servicios especiales**

1. El personal estatutario será declarado en situación de servicios especiales en los supuestos establecidos con carácter general para los funcionarios públicos, así como cuando acceda a plaza de formación sanitaria especializada mediante residencia o a puesto directivo de las organizaciones internacionales, de las Administraciones públicas, de los servicios de salud o de instituciones o centros sanitarios del Sistema Nacional de Salud.

Quien se encuentre en la situación de servicios especiales prevista en este apartado tendrá derecho al cómputo de tiempo a efectos de antigüedad y carrera, en su caso, al percibo de trienios y a la reserva de la plaza de origen.

2. También será declarado en situación de servicios especiales el personal estatutario que sea autorizado por la Administración pública competente, por periodos superiores a seis meses, para prestar servicios o colaborar con organizaciones no gubernamentales que desarrollen programas de cooperación, o para cumplir misiones en programas de cooperación nacional o internacional.

Quien se encuentre en la situación de servicios especiales prevista en este apartado tendrá derecho al cómputo de tiempo a efectos de antigüedad y a la reserva de la plaza de origen.

## Artículo 65 Servicios bajo otro regimen juridico

1. Pasarán a la situación de servicios bajo otro régimen jurídico quienes acepten la oferta de cambio de su relación de empleo que efectúen los servicios de salud al personal estatutario fijo, para prestar servicios en un centro cuya gestión sea asumida bien por una entidad creada o participada en un mínimo de la mitad de su capital por el propio servicio de salud o comunidad autónoma, bien por otras entidades surgidas al amparo de nuevas fórmulas de gestión promovidas por el servicio de salud o comunidad autónoma y creadas al amparo de la normativa que las regule.

2. El personal en situación de servicios bajo otro régimen jurídico tendrá derecho al cómputo de tiempo a efectos de antigüedad. Durante los tres primeros años se ostentará derecho para la reincorporación al servicio activo en la misma categoría y área de salud de origen o, si ello no fuera posible, en áreas limítrofes con aquella.

## Artículo 65 bis Servicios de gestión clínica

Se declarará en la situación de servicios de gestión clínica al personal estatutario fijo que acepte voluntariamente el cambio en su relación de empleo que se le oferte por los servicios de salud para acceder a estas funciones, cuando la naturaleza de las instituciones donde se desarrollen las funciones de gestión clínica no permitan que preste sus servicios como personal estatutario fijo en activo. En esta situación, este personal tendrá derecho al cómputo del tiempo a efectos de antigüedad, así como a la reserva de su plaza de origen.

Ir a Norma modificadora Artículo 65 bis introducido por el apartado dos de la disposición final quinta de la Ley 10/2013, de 24 de julio, por la que se incorporan al ordenamiento jurídico español las Directivas 2010/84/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre de 2010, sobre farmacovigilancia, y 2011/62/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2011, sobre prevención de la entrada de medicamentos falsificados en la cadena de suministro legal, y se modifica la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios («B.O.E.» 25 julio). Vigencia: 26 julio 2013

## Artículo 68 Suspensión de funciones

1. El personal declarado en la situación de suspensión firme quedará privado durante el tiempo de permanencia en la misma del ejercicio de sus funciones y de todos los derechos inherentes a su condición.

2. La suspensión firme determinará la pérdida del puesto de trabajo cuando exceda de seis meses.

3. La suspensión firme se impondrá en virtud de sentencia dictada en causa criminal o en virtud de sanción disciplinaria.

La suspensión por condena criminal se impondrá como pena, en los términos acordados en la sentencia.

La suspensión firme por sanción disciplinaria no podrá exceder de seis años.

4. El personal declarado en la situación de suspensión firme de funciones no podrá prestar servicios en ninguna Administración pública, ni en los organismos públicos o en las entidades de derecho público dependientes o vinculadas a ellas.

## Artículo 66 Excedencia por prestar servicios en el sector público

1. Procederá declarar al personal estatutario en excedencia por prestación de servicios en el sector público:

a) Cuando presten servicios en otra categoría de personal estatutario, como funcionario o como personal laboral, en cualquiera de las Administraciones públicas, salvo que hubiera obtenido la oportuna autorización de compatibilidad.

b) Cuando presten servicios en organismos públicos y no les corresponda quedar en otra situación.

2. A los efectos de lo previsto en el apartado anterior, deben considerarse incluidas en el sector público aquellas entidades en las que la participación directa o indirecta de las Administraciones públicas sea igual o superior al 50 por ciento o, en todo caso, cuando las mismas posean una situación de control efectivo.

3. El personal estatutario excedente por prestación de servicios en el sector público no devengará retribuciones, y el tiempo de permanencia en esta situación les será reconocido a efectos de trienios y carrera profesional, en su caso, cuando reingresen al servicio activo.

## Artículo 67 Excedencia voluntaria

1. La situación de excedencia voluntaria se declarará de oficio o a solicitud del interesado, según las reglas siguientes:

a) Podrá concederse la excedencia voluntaria al personal estatutario cuando lo solicite por interés particular.

Para obtener el pase a esta situación será preciso haber prestado servicios efectivos en cualquiera de las Administraciones públicas durante los cinco años inmediatamente anteriores.

La concesión de la excedencia voluntaria por interés particular quedará subordinada a las necesidades del servicio, debiendo motivarse, en su caso, su denegación. No podrá concederse la excedencia voluntaria por interés particular a quien esté sometido a un expediente disciplinario.

b) Se concederá la excedencia voluntaria por agrupación familiar al personal estatutario que así lo solicite y cuyo cónyuge resida en otra localidad fuera del ámbito del nombramiento del interesado, por haber obtenido y estar desempeñando plaza con carácter fijo como personal del Sistema Nacional de Salud, como funcionario de carrera o personal laboral de cualquier Administración pública.

c) Procederá declarar de oficio en excedencia voluntaria al personal estatutario cuando, finalizada la causa que determinó el pase a una situación distinta a la de activo, incumplan la obligación de solicitar el reingreso al servicio activo en el plazo que se determine en cada servicio de salud.

2. En los supuestos previstos en los párrafos a) y c) del apartado anterior, el tiempo mínimo de permanencia en la situación de excedencia voluntaria será de dos años.

3. El personal estatutario en situación de excedencia voluntaria no devengará retribuciones, ni le será computable el tiempo que permanezca en tal situación a efectos de carrera profesional o trienios.

PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO (Artículos 70 a 75 con especial atención al artículo 75 medidas provisionales)

## Artículo 76 Régimen general

Resultará de aplicación al personal estatutario el régimen de incompatibilidades establecido con carácter general para los funcionarios públicos, con las normas específicas que se determinan en esta ley. En relación al régimen de compatibilidad entre las funciones sanitarias y docentes, se estará a lo que establezca la legislación vigente.

## Artículo 77 Normas específicas

1. Será compatible el disfrute de becas y ayudas de ampliación de estudios concedidas en régimen de concurrencia competitiva al amparo de programas oficiales de formación y perfeccionamiento del personal, siempre que para participar en tales acciones se requiera la previa propuesta favorable del servicio de salud en el que se esté destinado y que las bases de la convocatoria no establezcan lo contrario.

2. En el ámbito de cada servicio de salud se establecerán las disposiciones oportunas para posibilitar la renuncia al complemento específico por parte del personal licenciado sanitario.

A estos efectos, los servicios de salud regularán los supuestos, requisitos, efectos y procedimientos para dicha solicitud.

3. La percepción de pensión de jubilación por un régimen público de Seguridad Social será compatible con la situación del personal emérito a que se refiere la disposición adicional cuarta.

Las retribuciones del personal emérito, sumadas a su pensión de jubilación, no podrán superar las retribuciones que el interesado percibía antes de su jubilación, consideradas, todas ellas, en cómputo anual.

4. La percepción de pensión de jubilación parcial será compatible con las retribuciones derivadas de una actividad a tiempo parcial.

**MUCHAS GRACIAS**