

DOS DESAFÍOS PARA LA SANIDAD PÚBLICA: EL MANTENIMIENTO DE LOS RECURSOS HUMANOS Y LA DELIMITACIÓN DE LA JORNADA DE TRABAJO

NOEMÍ SERRANO ARGÜELLO

Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Facultad de Derecho. Universidad de Valladolid

ABSTRACT

Al tiempo que se produce la actualización de las disposiciones reguladoras del personal al servicio de la sanidad pública de los últimos años —en particular con la aparición de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre del Estatuto Marco—, se descubre una progresiva insuficiencia de los recursos humanos sanitarios y ciertas mutaciones en las necesidades de atención sanitaria. Desde un detallado análisis de las actuaciones seguidas por los Servicios autonómicos de Salud se detecta una falta de previsión legal en relación a estos cambios, que están afectando y transformando la organización del modelo sanitario público.

El presente artículo analiza algunos de los problemas que derivan de la inadecuación de las plantillas a la demanda sanitaria, a los que se enfrenta la sanidad pública española. La necesidad de personal sanitario se produce por la combinación de una serie de factores: pérdida de sus recursos humanos, déficit de especialistas en ciertas especialidades, un progresivo aumento del número de jubilaciones sin el indispensable relevo de efectivos y, también, como consecuencia de la globalización y las migraciones de los profesionales. Un efecto reflejo de aquella situación se concentra en la distribución de la jornada laboral. Sin duda, la escasez de personal repercute de manera directa en la ordenación del tiempo de trabajo. La regulación legal que pretende armonizar los intereses de nuestro Sistema Nacional de Salud y los de quienes prestan sus servicios para la sanidad pública (los trabajadores sanitarios) tropieza con

obstáculos para su establecimiento; en particular, la manera de combinar tiempos de trabajo y de descanso.

■ *Azken urteetan —eta batez ere 55/2003 Legea, abenduaren 16koa, Estatutu Markoari buruzkoa agertu zenetik— osasun publikoarentzat lan egiten duten pertsonen xedapen arautzaileak eguneratzearekin batera, giza eta osasun baliabide nahikoa ez daudela ikusi da eta osasun zerbitzuen beharrek nolabaiteko aldaketa jasan dutela. Osasun zerbitzu autonomikoek egindako analisi zehatz batek aldaketa horiekin zerikusia duten lege-aurreikuspenen hutsunea detektatu du eta aldaketa horiek osasun publikoaren antolaketa eredia eraldatzen dute.*

Artikulu honek osasun eskariarekiko langileen egokitasun eza dela eta sortzen diren hainbat arazo aztertzen ditu; Espainiako osasun publikoak aurrean dauzkan arazoak, hain zuzen. Osasun langileen beharra hainbat faktorek sortzen dute: giza baliabideen galerak, zenbait espezialitatetan espezialista nahikoa ez izateak eta ezinbestekoa den ordezkari langilerik izan gabe erretiroa hartzen duten langileen etengabeko igoerak, hala nola globalizazioaren ondorioz eta profesionalen migrazioak direla eta. Egoera horren ondorioa lanaldiaren banaketan islatzen da. Dударik gabe, langileen urritasunak ondorio zuzena du lan denbora antolatzerako garaian. Osasun Sistema Nazionalaren interesak eta osasun publikoan lan egiten dutenen interesak (osasun langileenak) bateratu nahi dituen lege araudia ezartzeko garaian oztopoak daude, batez ere lanaldiak eta atsedenaldiak nola egokituko diren pentsatzerakoan.

■ *Parallel to the updating of the legislation regarding health care workers over recent years —particularly with the appearance of the Framework Statute Act 55/2003, of 16 December—, a progressive insufficiency of the health care resources and certain mutations in health care needs has emerged. A detailed analysis of the measures implemented by the Regional Health Services reveals a lack of legal foresight as regards these changes, which are affecting and transforming the organisation of the public sanitary model.*

This article analyses some of the problems arising from the inadequacy of the staff to the health care demand, which the Spanish public health care system is facing. The need for health care workers is due to a combination of a series of factors: loss of human resources, lack of specialists in certain fields, a steady increase in the number of retirements without new replacements being taken on and, also, as the result of the globalisation and migrations of the professionals. That situation is reflected in the distribution of the working week. Undoubtedly, lack of personnel directly affects the organisation of the work time. The legal regulations that seek to harmonise the interests of our National Health System and those who work for the health service (the health care workers) come up against too many obstacles to be implemented; in particular, the way to combine work and rest time.

1. Una realidad incontrovertible: la necesidad de personal sanitario

En los últimos años la sanidad pública se enfrenta a un reto fundamental para conservar los niveles de atención sanitaria alcanzados: salvaguardar sus plantillas, para así poder consolidar y mantener en el futuro el grado de reconocimiento interno e internacional que ha ido desarrollando a lo largo de los últimos 66 años el Sistema Nacional de Salud (SNS). En particular desde que a partir de 1942 naciera en España el Seguro Obligatorio de Enfermedad e iniciaba su andadura el, entonces embrionario, modelo público de protección social frente a la enfermedad.

Desde hace una década se observa una disminución paulatina pero muy progresiva de las plantillas de los servicios de salud autonómicos (que se ha hecho más visible desde que en el año 2002 todas las CCAA accedieron a las transferencias de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social). A aquella situación también se ha adicionado un deterioro de los recursos humanos, ocasionado tanto por la pérdida numérica de efectivos como por la carencia de ciertos especialistas y de muchos generalistas. Las previsiones para el futuro nos indican que, probablemente, se acentuará la escasez de personal sanitario. El mencionado problema comenzó a hacerse visible en la atención primaria pasando más tarde a los centros de especialidades sanitarias y, en particular, a los hospitales. Existen importantes dificultades para cubrir las necesidades de personal de atención continuada y las guardias médicas, dificultades que también se ven acentuadas cuando corresponde cubrir las vacaciones anuales del personal. Además durante los años precedentes la atención primaria no ha cubierto una de sus funciones esenciales: la de ser el filtro para la ordenación de toda la prestación sanitaria, y el creciente déficit de personal en todo el sector sanitario hace sospechar que esa función primordial (como clave del SNS) tampoco será ejercida en los próximos años por las carencias de personal. Por otro lado, otro factor negativo que incide sobre esta situación es que no se ha sabido (o podido) racionalizar el gasto sanitario.

De la lectura de los datos actuales relativos al personal sanitario se infiere que en los últimos años, en la organización de los recursos humanos, ha habido una falta de planificación (o ausencia de previsión) de las necesidades de personal y por ende de las necesidades asistenciales de la población. Esta situación se produce en un momento en el que la demanda sanitaria ha sido singularmente creciente, probablemente algo más de lo que se esperaba. En este contexto el

descenso del personal al servicio de la sanidad pública contribuye a ese desfase. Por otro lado, también agudiza la situación actual el mayor incremento de la población con necesidades sanitarias así como la mayor demanda sanitaria (debido a factores como el progresivo envejecimiento, las migraciones, etc.); en particular en el último lustro la población inmigrante ha acelerado esta circunstancia, aunque con distinta intensidad según cual sea la zona geográfica del país que se estudie.

Sin embargo la situación anteriormente descrita no es un problema que afecte sólo y en exclusiva a España¹. La Organización Mundial de la Salud concibe esta situación como un peligroso problema que concierne tanto a los países importadores como a los exportadores con el perjuicio que ello supone para la atención sanitaria. Son muchos los países industrializados que presentan una insuficiencia de recursos humanos sanitarios (con notorias repercusiones en los más industrializados); carencia que muchas veces se solventa —en una parte— mediante la incorporación de inmigrantes titulados en distintas especialidades sanitarias. Así se observa que los sistemas sanitarios públicos están llamados, por un lado, a mantener a su personal y, por el otro, a atraer a profesionales de otras latitudes debido a la escasez generalizada de profesionales. Para facilitar esta incorporación se producen modificaciones normativas como lo es, por ejemplo, la facilitación de la homologación de las titulaciones obtenidas en el extranjero para las profesiones sanitarias que en la actualidad tiene sobre la mesa el Ministerio de Sanidad².

No obstante, un problema genuino de nuestra sanidad se observa en relación al binomio formación de personal sanitario y captación de recursos por el sistema público, ya que en nuestro país se produce la paradójica situación de exportar hacia otros Estados europeos profesionales sanitarios que han sido formados por el propio sistema público —bajo la relación laboral especial de residencia en Ciencias de la Salud³— e importar, al tiempo, galenos y otro capital humano sanitario procedente de países de la Europa del Este (siendo más significativo este flujo a raíz de la ampliación de la Unión europea) o de otras latitu-

¹ Al respecto, por todos, CLARK, P.F., STEWART, J.B. y CLARK, D.A., «Globalización del mercado laboral de los profesionales de la sanidad», *Rev. Internacional del Trabajo*, vol. 125, n.º 1-2, 2006, pp. 41 a 70. El artículo pone de manifiesto las ventajas e inconvenientes de esta particular migración, que pone de manifiesto un déficit de personal sanitario a nivel mundial.

² En los próximos meses se aprobará un Real Decreto que simplifica y flexibiliza los requisitos exigidos hasta la fecha para la regulación de la homologación de títulos relacionados con las ciencias de la salud obtenidos en el extranjero, en países no comunitarios. La respuesta sindical a esta medida ha sido entender que, primero, debería incluirse un proceso extraordinario que permitiera la obtención de la especialización por la experiencia de los años de ejercicio de los MESTOS y luego proceder a la introducción de titulados extranjeros extracomunitarios. En todo caso cuestionan si la opción por los extranjeros no supone que se quieran hacer contrataciones temporales en origen, prefiriendo mantener el empleo precario que la cualificación de quienes en España de hecho viene ejerciendo esas especialidades.

³ Cuya formación se recibe al amparo de lo estipulado en el RD 1146/2006, de 6 de octubre.

des, en especial de Latinoamérica. Mayoritariamente la «fuga» de profesionales se produce en busca de mejores condiciones salariales; los profesionales españoles acuden allí donde las retribuciones son más altas como el Reino Unido, Portugal, Francia e Italia.

2. La situación española

La crisis de personal sanitario está presente. La necesidad de recursos humanos es cada día más creciente en España. Lo que puede observarse tanto en la publicación trimestral en el BOE del catálogo de ocupaciones de difícil cobertura (ya que son muchas las provincias que demandan mano de obra extranjera por no haberla en el mercado nacional de auxiliares de enfermería, enfermeros en general y personal médico de medicina general, medicina de familia y comunitaria y de distintas especialidades como anatomía patológica, anestesiología, oncología, medicina interna, pediatría, radiodiagnóstico, urología, obstetricia y ginecología, distintas cirugías —general, pediátrica, aparato digestivo, cardiovascular, neurocirugía—, urología, psiquiatría, cardiología, traumatología, endocrinología y nutrición⁴) como, también, en las medidas que son adoptadas por los distintos servicios de salud autonómicos donde se han ideado respuestas que palién la escasez de capital humano en la sanidad pública. Esta clase de actuaciones son de dos tipos, unas diseñadas para atender de inmediato a la atención sanitaria tales como las medidas llamadas de doble empleo, la optimización de los recursos humanos con complementos de jornada, por ejemplo cinco tardes al mes, la jornada vespertina, etc. Otras, en segundo lugar, para impedir la mayor erosión de las deficiencias de personal en el futuro inmediato; así se procede a la ampliación de plazas universitarias en todos los estudios relacionados con las ciencias de la salud, o se diseñan nuevas políticas de *fidelización* del personal. Con carácter general se tiende a la atracción de especialistas de otros Estados, pero también de otras CCAA —con el peligro que ello conlleva para la cohesión territorial—, o incluso el «rescate» de aquellos profesionales que habían emigrado al extranjero. Con el pasar de los meses la grieta se va ensanchando, pues desde mediados de esta década ya no sólo se aprecia la falta de profesionales en activo sino también las vacantes en la formación especializada, en particular, en medicina de familia (253 plazas sin cubrir en 2008, 242 entre 2007 y 2006), pero también en medicina del trabajo, medicina preventiva y salud pública y otras (como las especialidades referidas a análisis clínicos, microbiología, neurofisiología o medicina legal y forense). También se observa desde hace años una brecha de personal sanitario en el mundo rural, la atención primaria en este ámbito geográfico es un problema acuciante. Además, se prevé que en los próximos

⁴ Véase por ejemplo las Resoluciones del Servicio Público de Empleo Estatal que recogen el citado catálogo, BOE de 21 de abril y 18 de julio de 2008.

siete u ocho años la situación sea mucho más grave debido a las jubilaciones masivas de médicos (la fecha marcada como punto de inflexión es el año 2015).

En el territorio nacional se ha producido un trasvase de efectivos sanitarios entre Comunidades Autónomas, atraídos por un efecto llamada con la creación de nuevos hospitales, novedosos métodos de gestión en los que se toma en cuenta al profesional sanitario y sobre todo de incentivos remunerativos y mejora de las condiciones laborales. Nadie se ha cuestionado hasta qué punto eran legítimas esas medidas, ni si las mismas suponían una libre circulación de profesionales por el territorio nacional o una «competencia» no leal en un servicio público esencial para las personas como lo es la asistencia sanitaria. Pero hoy todos los territorios sufren la emigración de sus profesionales sanitarios hacia otros países, aquéllos que saliendo de España buscan, principalmente, una mejora sustancial en sus retribuciones en otros países europeos, como ya hemos apuntado con anterioridad; siendo España uno de los países con menor remuneración a su personal sanitario, en particular a médicos y enfermeros, situándose en la EU-15 incluso por detrás de aquellos otros Estados miembros que tienen menor renta *per cápita*, como es el caso de Portugal (país que, por cierto, se ha convertido en destino de muchos de nuestros profesionales sanitarios).

3. Temporalidad versus estabilidad del personal sanitario público

Desde mediados de los años noventa la acción principal en favor de los recursos humanos sanitarios se centró en sucesivos procesos tendentes a la consolidación del personal, esto es, a su estabilización. Ejemplo paradigmático en el SNS dependiente del entonces INSALUD será la Ley de 16/2001⁵ y los paralelos procesos de estabilización seguidos por los territorios autonómicos con competencias sanitarias en aquella fecha. Además simultáneamente se recogía una decidida opción por la estatutarización del personal, buscando —en la medida de lo posible— su homogeneización en torno a la figura del personal estatutario, convirtiendo tanto a los funcionarios sanitarios como a los contratados laborales en estatutarios; ofreciendo a las personas con vínculos laborales o funcionariales una opción voluntaria para incorporarse como personal estatutario⁶.

La aparición en 1999 mediante la Ley 30/1999, de selección y provisión de plazas del personal estatutario y después el Estatuto Marco aprobado por la

⁵ El proceso regulado por la Ley 16/2001 se concibió como un proceso *extraordinario* de consolidación de empleo del personal estatutario, justo antes de producirse las últimas transferencias en gestión de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social a todas las CCAA. Con posterioridad los servicios de salud vienen realizando sucesivos procesos de estabilización pero aun dista mucho de alcanzarse una verdadera estabilidad del empleo ofrecido por las Administraciones sanitarias prestadoras de atención sanitaria.

⁶ Por ejemplo el Decreto 1/2007, de 18 de enero, por el que se establece el procedimiento de integración en la condición de personal estatutario del Servicio de Salud del Principado de Asturias.

Ley 55/2003 (en adelante LEM) sentaron las bases para la estabilización, habida cuenta que los índices de temporalidad en el sector sanitario público eran muy elevados, llegando a superar el 37%. Sin embargo la nueva normativa conserva figuras muy abiertas que permiten recurrir con asiduidad a vínculos temporales por parte de los servicios de salud e INGESA, manteniendo, por lo tanto, tasas importantes de precariedad laboral. Las altas tasas de temporalidad del personal estatutario son, en ocasiones, muy superiores a las del empleo privado. Los repetidos procesos de estabilización del personal no han tenido un efecto de disuasión de la ausencia de estabilidad en el empleo de quienes prestan sus servicios para la sanidad pública.

Hemos de cuestionarnos cómo se ha venido afrontando la gestión (y en particular el mantenimiento) de los recursos humanos a partir de la aparición del Estatuto Marco, en diciembre de 2003. Las necesidades reales de personal del Sistema Nacional de Salud se ordenan mediante los servicios de Salud de las CCAA y el INGESA, todo el sistema debe atender a los retos que se plantean en materia de recursos humanos. Por otro lado concierne a los centros sanitarios efectuar los procesos de selección y nombramientos definitivos, estando dotados de facultades decisorias y una gran autonomía. Corresponde a cada servicio de salud del SNS la redacción de los planes de ordenación de recursos humanos (obligaciones contenidas en los arts. 12.2 y 13 LEM) que deberán ser publicados, previa negociación en las mesas sectoriales. En ellos se han de fijar los efectivos necesarios y habrán de delimitar (contenido posible del Plan) la estructura de los recursos humanos, fijarán los sistemas de captación del personal, programando las correspondientes convocatorias públicas para el acceso y selección de su personal (estatutarios y otros) así como los procesos de movilidad geográfica, reclasificación y promoción interna del personal. Las necesidades de plantilla vienen previstas en estos Planes que determinan en cada servicio de salud las necesidades de personal de la organización sanitaria. También los mencionados planes de ordenación de los recursos humanos fijarán los métodos de aplicación ante posibles alteraciones provocadas por las necesidades de la atención sanitaria que provoquen las reordenaciones antes descritas (funcionales, organizativas o asistenciales) del sistema general establecido, y se ajustarán a lo establecido en las normas aplicables en cada Servicio de Salud. Finalmente, el plan resultante de este proceso, una vez aprobado, se publicará o notificará según señale cada Servicio de Salud. Dentro de los principios fijados legalmente para la provisión de las plazas del personal estatutario aparece la planificación eficiente de las necesidades de recursos (art. 29.1 b LEM). ¿Ha existido en los primeros años de vida del Estatuto Marco esa planificación eficiente? La respuesta si nos fijamos en la situación actual deficitaria de capital humano debe ser, necesariamente, negativa.

Los nombramientos del personal, como sucede con carácter general en la función pública, vendrán a delimitar cuál es el ámbito y la extensión al que podrá ser adscrito el personal (art. 12.3 de la LEM). De esta forma su integración

se producirá mediante su efectiva incorporación (art. 14.2 de la LEM), adaptándose a la enumeración de plazas, puestos o funciones que fije o bien cada Servicio de Salud o bien el INGESA. El ejercicio de las facultades organizativas se ejerce desde la discrecionalidad administrativa⁷, siguiendo razonamientos y motivaciones que avalen sus decisiones en atención a las necesidades del servicio, pero será en último lugar la institución sanitaria la que fije —a través de sus órganos (directores, gerentes, jefaturas de unidades o servicios)— las alteraciones, modificaciones del lugar de trabajo o funciones, organización de la distribución del tiempo de trabajo, fijación de horarios, cambios de turnos, cambios de personal, movilidades internas, traslados, reasignación de efectivos y otros cambios. Y lo harán como considere más adecuado al cumplimiento de su fin (la prestación del servicio público de la sanidad), con base en los objetivos previamente delimitados en los planes de ordenación de los recursos humanos. Frente a esta ordenación pública los derechos del personal se encuentran subordinados al cumplimiento de los fines e intereses generales, lo cual dificultará que se puedan alegar determinadas condiciones más favorables adquiridas (si no están contempladas en la Ley).

3.1. Sustento legal para la continuidad de la temporalidad en la sanidad pública

Un manera de distinguir las vinculaciones del personal se efectúa en atención a la duración del nombramiento entre personal fijo (con vocación de permanencia o nombramiento en propiedad) y el temporal.

Ya en el art 84.2 de la LGS figuraba una preferencia legal por la estabilidad en el empleo de todo el personal al servicio de la salud pública siendo considerado excepcional el empleo temporal y, nuevamente, se predica el precitado principio de la estabilidad en el empleo en el art. 4 c) LEM. Sin embargo tras el análisis de las cifras de la temporalidad sanitaria es procedente preguntarse ¿ha venido prevaleciendo en la práctica esa estabilidad? La realidad indica que el nivel de contratación temporal —particularmente de interinidad⁸—, constituye una notable patología de nuestro Sistema Nacional de Salud, muy a pesar de las dicciones legales en favor de la estabilidad. Quizá ese uso, sin duda abusivo de la temporalidad, fue inicialmente provocado por el propio crecimiento veloz de la asistencia sanitaria pública desde que se creó este servicio público hasta nues-

⁷ La discrecionalidad implica libertad de elección entre alternativas igualmente justas, no siendo posible alterar por esta vía los fines a que obedece el ejercicio de la potestad administrativa, STS, Sala 3.ª, de 24 de febrero de 1998, ni tampoco obrar con abuso de poder, el comportamiento de la Administración ha de basarse en justificadas necesidades del servicio que deben ser conocidas por quien resulta afectado por la medida, vid. BREÑOSA ÁLVAREZ DE MIRANDA, F., «La difícil delimitación entre la movilidad funcional, la modificación sustancial de condiciones del contrato y la movilidad geográfica del personal estatutario sanitario», *RGDTjSS*, n.º 5, www.iustel.com, enero-marzo 2004, pp. 7, 12, 15 y 19.

⁸ Vid. Informe sobre la temporalidad en el empleo en el sector público, CES, n.º 03/2004, aprobado en sesión ordinaria de 22 de diciembre de 2004, *passim*.

tros días, que ha ido absorbiendo al personal de las estructuras precedentes (en particular del ámbito sanitario privado y caritativo) así como incrementando de manera exponencial el número de personal sanitario público en función de las demandas sociales pero sin llegar a consolidar la fijeza de los puestos de trabajo. Pero es muy difícil de justificar su permanencia a día de hoy, cuando la necesidad de ese personal es nítidamente permanente y no temporal.

La posibilidad de mantener las elevadas cifras de temporalidad ha venido respondiendo, como en tantas otras cuestiones de la asistencia sanitaria pública, a la prevalencia y anteposición legal del mantenimiento a la tutela de la salud de la ciudadanía —en respuesta al art. 43 de la CE— frente a los derechos individuales del personal estatutario al mantenimiento de un principio de estabilidad en el trabajo. A veces incluso no sólo se le impide el acceso a un puesto estable sino que por las Administraciones sanitarias injustamente se les niegan a los estatutarios temporales derechos que son reconocidos por las normas para los contratados laborales o para los restantes funcionarios públicos, éste ha sido el caso de los trienios⁹. Sin embargo en el seno de las mesas sectoriales ya se comienzan a alcanzar Acuerdos para limitar los toques máximos de personal temporal, en concreto las desmedidas cifras de interinos¹⁰ (la práctica de los próximos años revelará la consecución o no de estos objetivos). Tomando en cuenta el problema de la temporalidad del personal estatutario, su inestabilidad laboral —ante los muy altos niveles de nombramientos temporales— podemos afirmar que aun no se ha conseguido que nuestro modelo sanitario de selección y provisión de personal haya podido colocarse en la senda del debido y deseable equilibrio entre flexibilidad y agilidad en la cobertura de los servicios con el del respeto debido al principio de estabilidad en el empleo (más aun cuando se trata de empleo funcional como lo es el empleo estatutario, una relación funcional especial). Sólo la convocatoria periódica y regular de plazas, planificada en el seno de cada servicio de salud podrá evitar que en el futuro los índices de temporalidad se perpetúen como un mal endémico de la sanidad pública española¹¹.

La justificación normativa para acudir a los nombramientos estatutarios temporales aparece descrita en el apartado primero del art. 9 de la LEM. En el precepto se fijan los siguientes motivos: razones de necesidad, de urgencia o para el desarrollo de programas de carácter temporal, coyuntural o

⁹ Cuyo reconocimiento se ha hecho posible gracias al pronunciamiento del TJUE en Sentencia de 13 de septiembre de 2007, asunto C-307/05, caso Cerro Alonso frente a Osakidetza; siguiendo esta doctrina para el personal laboral del SESPA puede verse la STSJ de Asturias de 18 de enero de 2008. Un comentario en PALOMINO SAURINA P., «¿Es discriminatorio para el trabajador no concederle los trienios correspondientes al tiempo trabajado como personal estatutario temporal?», *AS* n.º 55/2007.

¹⁰ Por ejemplo, el Acuerdo Marco alcanzado en Castilla y León fija en el 7% el porcentaje de interinos en su Servicio de Salud. Aunque alcanzar ese porcentaje llevará mucho tiempo.

¹¹ La situación actual de las instituciones sanitarias se ha calificado por el Defensor del Pueblo, en su Informe de 2003, de temporalidad endémica.

extraordinario. Como se puede observar por el lector algunas de las justificaciones que amparan la temporalidad son tan amplias, pudiendo incluso llegar a ser bastante indeterminadas, por lo que deberán, necesariamente, verse matizadas cuando se conozca qué tipo de nombramiento temporal se efectúa. Una interpretación holgada del precepto permitiría entender que queda en manos de las Administraciones sanitarias —como empleadores responsables— recurrir a los nombramientos de personal estatutario temporal sólo ante la necesidad de personal, desfigurando la frontera que en todo caso debe existir entre el nombramiento fijo y el temporal, entre necesidades temporales y ordinarias¹².

Esos posibles nombramientos temporales se agrupan en tres bloques: el nombramiento de *interinidad*, que responde a la interinidad por vacante siguiendo la tradición de los dos estatutos del personal sanitario¹³, el nombramiento de *eventualidad* que abarca tres grandes subtipos, sea por razones de naturaleza temporal, coyuntural o extraordinaria, ante la necesidad de garantizar el funcionamiento permanente y continuado de los centros sanitarios o para la prestación de servicios complementarios de una reducción de jornada ordinaria y, finalmente, el nombramiento denominado de *sustitución*, que subsume lo que en la tradición laboral ha sido el contrato de interinidad¹⁴, esto es, el nombra-

¹² Vid. las críticas a la redacción del art. 9 a modo de cláusula general de la LEM de MOLINA NAVARRETE, E. y C., «El nuevo marco de relaciones laborales...», p. 78. Asimismo el Informe sobre la temporalidad en el empleo en el sector público, CES, n.º 03/2004, pp. 91 y ss., pone de manifiesto que las modalidades temporales de personal eventual son de gran amplitud, carentes de contornos suficientemente precisos en cuanto a la definición de su causalidad, lo que nos conduce a observar la existencia de un gran número de relaciones temporales que no responden a necesidades causales en la prestación de los servicios sanitarios.

¹³ Tanto el art. 5 del EJPM como el art. 13 del EPSNF, se referían a la interinidad para el desempeño de una plaza vacante en tanto no se provea en propiedad. Aunque en el caso de los facultativos la interinidad también respondía a la cobertura de plazas en las que su titular tenía derecho de reserva de aquélla y además en caso de vacante el máximo de tiempo se fijaba en nueve meses (aunque la jurisprudencia hizo una interpretación laxa de este plazo —declarándolo ineficaz— cuando no se cubría la plaza en propiedad en tiempo hasta que definitivamente se cubriese o, en su caso, se amortizara; no permitiendo la sustitución sucesiva de un interino por otro) límite temporal que no se fijó para el personal sanitario no facultativo. El art. 51 del Estatuto médico reconocía el derecho de los interinos a permanecer en dicha situación hasta que la plaza fuera ocupada por su titular, se preveía una duración limitada para la interinidad y se decía expresamente que su desempeño no suponía derecho alguno a la plaza que se ocupa.

¹⁴ La distinción entre estas dos últimas figuras llamadas en un principio ambas de interinidad, sea interinidad por vacante o interinidad por sustitución, apareció en la jurisprudencia con las SSTS de 5 y 6 de octubre de 1978, cfr. ALONSO OLEA, M., *Las prestaciones del Sistema Nacional de Salud*, Civitas, 2.ª ed., Madrid, 1999, p. 69. Alguna doctrina ha criticado esta diferenciación entre sustitución e interinidad, ya que dentro de una amplia noción de interinidad son encuadrables las dos figuras y entienden que tiene poco sentido un tratamiento diferenciado cuando «la naturaleza de ambas figuras sigue siendo la misma: la necesidad de ocupar provisionalmente una plaza», vid. LÓPEZ ANIORTE, M.C. y GARCÍA ROMERO, B., «Incidencias de la Ley 30/1999, de 5 de octubre, sobre el régimen jurídico del cese del personal médico interino de la Seguridad Social», en *Las relaciones laborales...*, p. 427. Si bien esta diferencia no es una novedad ni de la Ley 30/1999 ni de la LEM sino propia del personal estatutario y de un sistema sanitario público caracterizado históricamente por sus altas tasas de interinidad por vacante.

miento que se realiza para cubrir ausencias temporales del personal con derecho a reserva de plaza.

Puede observarse que el legislador incluye entre la contratación eventual algún supuesto más propio del tiempo parcial (y que tiene relación con la jornada de trabajo y no con la duración del vínculo) que de auténticas necesidades temporales, como lo es la designación de personal para la atención permanente y continuada de los centros sanitarios (sin perjuicio de que en ciertas ocasiones pudiera existir aquella necesidad temporal). En todo caso el Estatuto Marco admite los nombramientos a tiempo parcial cuando no supere el 75% de la jornada ordinaria a tiempo completo en cómputo anual y se refiere expresamente a los nombramientos temporales inferiores a un año (al respecto la DA 14.^a LEM). Esta contratación se suele utilizar para los llamados refuerzos, servicios de urgencias o las guardias en atención primaria, aunque muchas veces se ha hecho un uso indebido de la figura y continúa abusándose indebidamente.

Sólo podrán ser utilizados aquellos tres nombramientos temporales (interinidad, eventualidad y sustitución) ya que se establecen únicamente esas tres posibilidades, se trata de un número cerrado o si se prefiere de una tipología «tasada», no pudiendo realizarse otra clase de nombramientos temporales que no fueran reconducibles a cualquiera de alguna de esas figuras. Además deberán responder a las causas temporales que permite su correspondiente nombramiento. Sin embargo, la práctica desarrollada por las instituciones sanitarias nos ilustra sobre como muchos de estos nombramientos han sido tan prolongados temporalmente que llegó incluso a hablarse de una impropia estabilidad del interino en la sanidad pública, debido a que a pesar de ser nombramientos temporales eran en la práctica permanentes en el tiempo.

La Ley no fija, ni delimita plazos temporales máximos para ninguna de las tres circunstancias que posibilitan acudir al nombramiento eventual, lo que puede ser más comprensible en aquellas designaciones que por su propia naturaleza tienen un término final pero de muy difícil aceptación a los que carecen del mismo. Como sí lo hacían algunos de los Estatutos previos fijándolo en seis meses en concreto el Estatuto jurídico del personal médico y el personal no sanitario¹⁵. Además serán en los propios nombramientos donde se podrá fijar una duración determinada o no a decisión de la Administración Sanitaria¹⁶. La LEM sólo establece escuetamente que se acordará el cese de este personal eventual bien cuando se produzca la causa o bien cuando venza el plazo que expresamente se determine en el nombramiento. Se observa cómo el periodo

¹⁵ Y también lo hace la legislación laboral para el contrato de eventualidad por circunstancias de la producción, aunque el nombramiento eventual del personal estatutario tal y como esta concebido en la Ley 55/2003 no puede insertarse en esta tipología de contrato pues lo desborda, por lo cual no cabrá realizar un paralelismo entre el eventual laboral y el eventual estatutario.

¹⁶ Art. 9.3 párrafo 2.º de la LEM.

máximo temporal se deja por la propia Ley al albur de la dirección del centro contratante, por último también procederá el cese en el caso de que se supriman las funciones que en su día lo motivaron, es decir, que se «amortice» la plaza (en sentido impropio)¹⁷. Aquélla deficiencia que supone la ausencia de fijación de máximos temporales a los nombramientos temporales eventuales (causales o temporales) puede ser en este apartado, por sí sola, una de las mayores insuficiencias de la norma que analizamos pero sobre todo, lo es, si conjuntamente la relacionamos con la amplitud de las circunstancias que permiten este tipo de nombramientos eventuales. Lo cual ya ha permitido a alguna doctrina evidenciar los posibles riesgos de la utilización espuria de esta figura por parte de las instituciones sanitarias¹⁸.

Aunque el Estatuto Marco no fije exigencias para que se delimiten cuáles son los concretos criterios o motivos que llevan a un nombramiento de este tipo parece que en todo caso y en aras a evitar tratamientos abusivos, desviados o arbitrarios será necesario que figuren en el nombramiento las concretas necesidades a las que responde y éstas habrán, al menos, de responder a algunas de las razones antes citadas, aquellas que aparecen recogidas en el art. 9.1 del Estatuto Marco, que amparan la posibilidad de acogerse a nombramientos temporales (de necesidad, de urgencia o para el desarrollo de programas de carácter temporal, coyuntural o extraordinario¹⁹). En la práctica se venían realizando estos nombramientos cuando eran alegados criterios de urgencia, acumulación de tareas, pero también permitiendo los mismos cuando existen plazas vacantes por jubilación. No deberían utilizarse estos nombramientos, en ningún caso, como medios que desacreditan el adjetivo temporal de los mismos²⁰. Corresponderá a la jurisprudencia, ante la ausencia de un régimen legal completo en la materia que nos ocupa, determinar estas cuestiones e impedir la desnaturalización conceptual de los nombramientos temporales del personal. Acoger otra respuesta que permitiera recurrir a nombramientos temporales eventuales cuando no se produce tal circunstancia temporal sería mantener por la Administraciones sanitarias una espita, permanente abierta, a la inestabilidad laboral en el sector sanitario público.

¹⁷ En este sentido era más restrictivo el art. 4 del RD-Ley 1/1999, aun vigente aunque con carácter reglamentario y no básico, pues sólo permitía el cese en dos supuestos: caso de amortización o de incorporación a la plaza de personal eventual fijo. Aplicando esta doctrina acogiéndose a la Ley del personal estatutario murciano la STS de Murcia, ct-a, de 13 de julio de 2007 (Ar. 307362), por no persistir las necesidades del servicio.

¹⁸ Vid. LÓPEZ TERRADA, E. y NORES TORRES, L.E., «Los riesgos de la inadecuada delimitación...», p. 504; refiriéndose a la Ley 30/1999.

¹⁹ Véase la SSTSJ de Andalucía —Sevilla— de 15 de marzo de 2002-.

²⁰ Las respuestas de la doctrina judicial anterior a la LEM, ante supuestos de contratación eventual sucesiva en puesto distinto al que figura en el contrato, vinieron a declarar nulo el cese por incumplimiento del término, ya que en estos casos de encadenamiento el término no extingue el nombramiento sino que la extinción sólo procederá si se ha cubierto o amortizado la plaza, SSTSJ de Extremadura de 20 de febrero de 2002, de Andalucía —Sevilla— de 29 de noviembre de 2002.

Como ha quedado apuntado más arriba, en ocasiones, la delimitación difusa para los nombramientos de sustitución e interinidad hace que éstos se sobrepongan con los eventuales en algunas situaciones concretas como lo es la prestación de servicios de naturaleza temporal, quedando de este modo al albur de la decisión de la Administración sanitaria que efectúa el nombramiento una u otra opción. Aunque cuando llegan a los tribunales supuestos que manifiestan el uso abusivo de nombramientos temporales sucesivos de tipo eventual, los jueces venían declarando que dichos nombramientos serán lo que en el fondo son, y no lo que en la forma aparentan ser, si responden a las características bien de interinidad o en su caso de sustitución²¹. De esta forma se protegía la antes mencionada «estabilidad temporal» del personal estatutario, aun tratándose de nombramientos temporales del personal estatutario. Al no permitirse ceses y nombramientos continuados de igual persona para la misma plaza, bajo el sustento de la figura del nombramiento eventual, cuando no se dan las circunstancias legalmente contempladas para proceder a aquél.

Finalmente la verdadera distinción entre el nombramiento eventual y el de interinidad o sustitución nos la aportará la existencia o no de una plaza de carácter permanente —que deberá figurar en la plantilla orgánica del centro—, bien esté la plaza vacante o deba ser sustituido quien la ocupa. Si no existiese, o no debiera existir²², tal plaza de plantilla (así dotada presupuestariamente con vocación permanente) se permitiría el recurso al nombramiento eventual (que se recoge sólo para cubrir plazas coyunturales) ante cualquiera de los supuestos que enuncia el apartado tercero del art. 9 de la LEM. Si bien ha de ser excluido el supuesto de la letra c) de aquel precepto donde se introduce una tipología propia del «trabajo compartido» a modo de particular *job-sharing*, complementario del trabajo del titular que se acoge al derecho de reducción de jornada. Por ejemplo, cuando el art. 60.4 LEM permite al personal estatutario acogerse a reducciones de jornada para conciliar la vida laboral con la familiar que tienen es-

²¹ Vid., por todas, SSTSJ del País Vasco de 21 de enero de 1997, de Extremadura de 12 de septiembre de 2001 y 20 de febrero de 2002 donde se declara que será nulo el cese de un nombramiento formalmente eventual de personal estatutario ya que bajo la denominación de tal lo que se esconde es, en el caso de autos, una interinidad por vacante, y su cese sólo puede producirse atendiendo a las causas que para este último contempla la legislación y no las del cese eventual. Así también SSTs de 4 de abril, 4 y 10 de julio de 2001, con independencia del *nomen iuris* dado por las partes al nombramiento habrá que atender a la naturaleza y características de la plaza desempeñada. El problema se plantea cuando ante la inexistencia de plaza vacante y ante la, hasta el momento presente, dualidad de conocimiento entre las jurisdicciones social y contencioso administrativa en las materias de personal estatutario, sólo ésta última puede exigir a la Administración que proceda a regularizar la situación y consiguientemente a crear en su plantilla orgánica la plaza que aunque formalmente no existe *de facto* sí.

²² Pues los Tribunales también han analizado los supuestos en los que a pasar de la ausencia física de la plaza sí se demuestra su presencia física, por lo cual se deberá proceder a su creación, manteniendo a la persona que estaba ocupando la plaza, plaza que era irregularmente denominada como eventual pero en realidad se trataba de una interinidad (por vacante las más veces). Permaneciendo en ella quien fue nombrado hasta que se la provee en régimen de propiedad o se decida su amortización.

tablecidas con carácter general los funcionarios públicos en la correspondiente Comunidad Autónoma.

3.2. Hacia el control del abuso de la temporalidad

Con la sola regulación de tres figuras la flexibilidad para acudir a nombramientos temporales es, a nuestro juicio, bastante más amplia que la establecida para las relaciones laborales regidas por el Estatuto de los Trabajadores. Pues como venimos apuntando el nombramiento temporal parece que no responde siempre a necesidades estrictamente temporales de la Administración sanitaria (servicio de salud) en la que se presta la atención sanitaria pública. Quizá esta decisión se ampara en el interés público al que sirve el personal y en particular a la prestación sanitaria a la que se atiende, pero, en todo caso, la actuación administrativa debería cuidar y velar para que las amplias potestades concedidas por Ley no excedan del amplio marco jurídico permitido para los nombramientos temporales en el art. 9.1 de la LEM. Desde muy temprano la doctrina apuntaba a esta gran discrecionalidad administrativa en el nombramiento del personal temporal motivada en esa falta de límites causales y temporales de la que carece la propia regulación legal²³.

Consciente del uso abusivo que puede hacerse del tipo de nombramiento eventual el legislador, al redactar la LEM, incorpora una especie de cláusula de conversión de la plaza en fija (estructural de plantilla se nos dice), si se suceden más de dos nombramientos para la prestación de los mismos servicios por un tiempo superior (acumulado) de doce o más meses en un periodo de dos años²⁴. Aunque la cláusula es, ciertamente, escasa en su fines ya que sólo exige el estudio y la valoración de la conversión. Es decir, que no se trata de una obligación legal de transformación inmediata o automática pues no operará ni siquiera *ipso iure* detectado un fraude de ley en la incorrecta utilización de dicha figura (nombramiento eventual), dejando al albur de la decisión discrecional de los responsables del centro o servicio sanitario la verdadera dimensión conversora de la misma. Con lo cual las consecuencias generales derivadas del fraude de ley que predica el art. 6.4 del Código Civil se podrían ver en gran medida alteradas por estas reglas del Estatuto Marco, apartadas del Derecho común y de sus principios generales. En todo caso la plaza transformada en estructural en la plantilla orgánica deberá adaptarse a los procedimientos de provisión y selección de plazas contenidos en el Estatuto Marco²⁵. No obstante podrá proveerse una vez creada la

²³ Vid, entre otros, SALA FRANCO, T., *El Estatuto Marco...*, pp. 16 y 17.

²⁴ Esta opción fue ideada con anterioridad a la reforma del art. 15.5 del ET operada por la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, que promueve, bajo ciertos requisitos, la conversión de contratos temporales en fijos en los casos que la contratación supere los 24 meses en un periodo de referencia de 30 meses.

²⁵ En este apartado queda reafirmada la naturaleza funcional de vínculo estatutario que no va a permitir acudir (como tantas veces en años pasados se ha venido produciendo) a los Tribunales Sociales

plaza mediante nuevos nombramientos temporales, como el de interinidad por vacante²⁶; no siendo exigible, desde la legalidad vigente, su convocatoria y nombramiento como personal estatutario fijo.

La jurisprudencia contencioso-administrativa, como ya lo hiciera anteriormente la justicia social, podrá interpretar de tales abusos la existencia de fraude de ley y la necesidad de solventar su perpetuación en el tiempo. Ahora bien, sus soluciones no pueden ser las mismas que venía aplicando los Tribunales sociales, pues tratándose de una relación funcional (aun especial) no puede utilizar la figura laboral del indefinido no fijo de plantilla (figura regulada en el Estatuto básico del empleado público aprobado por Ley 7/2007, en adelante EBEP) que se utiliza para el personal laboral al servicio de las Administraciones públicas o la revocación del cese ilegítimo²⁷ —en este particular supuesto—, sino que deberá utilizar los instrumentos del derecho del empleo público que tiene a su alcance para la provisión de la plaza con el debido respeto de los principios que contiene el Estatuto Marco para la adquisición de la condición de personal estatutario, temporal o fijo, y decidir qué sucede con el ocupante de la plaza eventual mientras se procede a la debida creación de la plaza como estructural de plantilla del centro correspondiente²⁸. Por otra parte, los ceses de personal interino también plantean una importante litigiosidad, aunque en principio son procedentes cuando se proceda a incorporar a la plaza personal fijo también se permite el cese del temporal cuando se opte por la amortización de la plaza y estas decisiones finales de proceder a la amortización y supresión de las plazas parten de los propios centros y son avaladas judicialmente²⁹. Lo mismo sucede para los nombramientos en régimen de sustitución, que son garantizados judicialmente sus

para que declaren la fijeza del vínculo en aplicación del art. 15.3 del ET, si bien es cierto que ya en la última etapa se negaba esta posibilidad alegando la naturaleza administrativa de la relación. Que incluso tratándose de personal contratado laboral, como lo era hasta 1999 el personal no sanitario temporal, al trabajar en una Administración Pública adquiriría la particular condición de creación jurisprudencial de indefinidos temporales pero no fijos, vid., por todas, STS de 9 de julio de 2001. Hoy al margen de las disposiciones que se contemplan sobre fijeza al amparo de dicho art. 9.2 último párrafo de la LEM, los posibles incumplimientos que sean responsabilidad cierta de la Administración habrán de reclamarse a esta en cuanto responsable patrimonial y, en todo, caso en la vía contencioso-administrativa.

²⁶ Así dotada presupuestariamente como plaza vacante en la plantilla.

²⁷ Estas fueran algunas de las soluciones dadas por las resoluciones de los TSJ, SSTS de Andalucía —Málaga— de 16 de septiembre de 1993 (4037), de Valencia de 12 de diciembre de 1997 (Ar. 4225), que ya fueron cuestionadas por alguna la doctrina judicial contemporánea, por ejemplo, STSJ de Valencia de 17 de abril de 1998 (Ar. 1696) vid. en este sentido tanto las referencias judiciales como las apreciaciones de LÓPEZ TERRADA, E. y NORES TORRES, L.E., «Los riesgos de la inadecuada delimitación...», p. 506. Aunque la doctrina judicial social ha mantenido esta singular apreciación para el personal estatutario, declarándolos fijos en la plaza vacante hasta que la misma sea cubierta en la forma reglamentaria establecida al efecto, STSJ de Andalucía de 28 de marzo de 2003.

²⁸ Por el momento al apreciarse la inexistencia de razones justificativas de la cobertura temporal en las impugnaciones de la convocatoria ha procedido a declarar la nulidad de la misma, así STSJ de Cantabria, ct-a, de 22 de noviembre de 2006.

²⁹ STSJ de Castilla y León —Valladolid—, ct-a, de 30 de enero de 2007 (Ar. 338).

ceses cuando se acredita la amortización de las plazas por el servicio de salud³⁰. Probablemente, en aras de una mayor seguridad jurídica y de evitar también innecesarias sustituciones del personal en la atención sanitaria pública (como las que se conoce que se producen en España), y sobre todo en favor de una transparencia en el actuar administrativo deberían regularse con carácter especial en los servicios sanitarios cuáles son las causas posibles de amortización de plazas o mejor aún cuáles son los firmes criterios que justifican y dejan de justificar la creación de una plaza por las necesidades del servicio.

En otro orden de cosas y con el fin de evitar abusos y cierta desprotección social injustificada se recogen algunas cautelas, previstas por el legislador, para «prevenir» algunas prácticas realizadas por las Administraciones sanitarias en la contratación de personal dedicado a la atención continuada y atención de urgencias. Por ejemplo cuando se reconoce de manera ininterrumpida su permanencia en situación de alta en la Seguridad Social desde su nombramiento hasta su cese y se exige la continuidad en el alta en la Seguridad Social con independencia de los momentos de la prestación de la actividad y de los contratos, la cotización se producirá durante todo el mes según las retribuciones y no sólo los días concretos de la que la contratación (arts. 100.1 y.2 LGSS). Es decir, el alta se produce durante todo el periodo de disponibilidad incluso cuando no se presta el trabajo³¹.

Al margen de las posibles anulaciones de los nombramientos que se producen por fallos, errores o falta de seguimiento del procedimiento administrativo de selección de personal en el empleo público (con respeto de las reglas establecidas tanto en el EBEP como en el art. 30 y concordantes LEM). Uno de los fallos más comunes sobre los que viene pronunciándose los Tribunales ha sido la falta de publicación en los boletines oficiales de las convocatorias de las OPE del personal estatutario para la selección del personal³² (con ajuste a los arts. 29, 30 y 33 LEM), también esos defectos se han detectado para otras coberturas de empleo temporal, y en sus bases y/o baremaciones junto con otras razones que repercuten directamente en las contrataciones realizadas bajo aquellas normas³³. En particular se ha estudiado si las convocatorias se someten a las reglas de igualdad —art. 23.2 CE—, mérito, capacidad —art. 103 CE— y publicidad.

³⁰ STSJ de Murcia, ct-a, de 13 de julio de 2007 (Ar. 307362).

³¹ En aplicación de esta legislación la STSJ de Galicia, ct-a, de 8 de febrero de 2006 (Ar. 203619) justificado en la disponibilidad permanente por parte de ese personal a prestar sus servicios en cuanto les sean requeridos.

³² STSJ de Extremadura, ct-a, de 24 de enero de 2006 (Ar. 68875).

³³ La STSJ de Cantabria, ct-a, de 30 de mayo de 2006 decretaba la anulación de la convocatoria de una plaza de personal estatutario temporal por la ausencia de publicidad e la misma. La STSJ de Castilla y León —Valladolid—, ct-a, de 21 de julio de 2006 determinaba la anulación de un proceso de provisión de plazas temporales del personal estatutario debido, entre otras razones, a la incorporación de causas de penalización a quienes renuncien a previos nombramientos por considerarlo una sanción impropia no habilitada legalmente y suponer una manifiesta transgresión de los principios de tipicidad y legalidad.

Una cuestión muy relevante a tener en cuenta para los estudiosos del personal estatutario en referencia a los nombramientos temporales y las convocatorias de plazas es conocer que los órganos judiciales de lo contencioso-administrativo entienden que no es alegable en esa sede contenciosa la jurisprudencia sentada en materia de personal estatutario por la jurisdicción social³⁴. La jurisdicción social fue competente en gran parte del conocimiento de los litigios relativos al personal estatutario desde su nacimiento en los años cuarenta del siglo pasado hasta junio de 2005, fecha en el que se dicta el Auto de la sala de conflictos de competencia del Tribunal Supremo 8/2005, de 20 de junio, atribuyendo la competencia al orden jurisdiccional contencioso-administrativo³⁵.

4. La posible pérdida de recursos humanos sanitarios ocasionada por las jubilaciones

Los motivos de extinción o pérdida del vínculo estatutario (fijo o temporal —en tanto en cuanto a este último le resultan de plena aplicación dichas reglas—) son los que ordinariamente se tienen en cuenta en las relaciones administrativas: renuncia (art. 22 LEM³⁶), pérdida de nacionalidad salvo que simultáneamente se adquiriera otra que permita acceder a la condición de personal estatutario³⁷ (art. 23 LEM), sanción disciplinaria firme que conlleve separación del servicio (art. 24 LEM), penas firmes de inhabilitación (absoluta o especial) para empleo o cargo público, o para el ejercicio de la correspondiente profesión cuando ésta última se impone por un tiempo superior a seis años (art. 25 LEM). Así como aquellos otros que, por el percibo de pensiones públicas, impiden la continuación en el trabajo productivo, bien sea con la jubilación por razón de la edad (art. 26 LEM) o relacionados con la incapacidad permanente (art. 27 LEM).

³⁴ Por todas, STSJ de Murcia, sala ct-a, de 13 de julio de 2007 (Ar. 307362).

³⁵ Justificando esa competencia, ya en sede contencioso administrativa la STSJ de Cantabria, ct-a, de 17 de marzo de 2006 (Ar. 132433), la STSJ de Castilla y León —Valladolid—, ct-a, de 31 de julio de 2006 (Ar. 245558) o más recientemente la STSJ de Cataluña, ct-a, de 22 de febrero de 2007 (Ar. 151907), 22 de marzo y 4 de mayo de 2007 (Ars. 148477 y 36594) y STSJ de Madrid, ct-a, de 19 de abril de 2007 (Ar. 350509).

³⁶ El único requisito es el preaviso con una antelación de al menos 15 días. Y sólo es posible denegar dicha solicitud cuando el renunciante esté incurso en un expediente disciplinario o exista un auto de procesamiento o apertura de juicio penal. Por otro lado la renuncia no impide acceder nuevamente, mediante la superación de los procedimientos previstos, a una plaza estatutaria.

³⁷ Al respecto de la nacionalidad y a la vista de que se equipara con ésta no sólo la pertenencia a un Estado de la Unión Europea o aquéllos del espacio económico europeo sino también aquellos otros a los que se conceda el derecho a la libre circulación (por tratados bilaterales en virtud del principio de reciprocidad) y los derechos equipados a los residentes legales con los de los nacionales se entiende que esta exigencia recoge un requisito arcaico y evidencia un vaciamiento práctico del mismo, cfr. MOLINA NAVARRETE E. y C., «El nuevo marco de relaciones...», p. 87. No obstante está aun pendiente la revisión del cuadro normativo que admita en el empleo público estas situaciones.

Por su relevancia con el tema que aquí tratamos —referido a la pérdida de efectivos— nos detenemos en la jubilación y su regulación, puesto que en los años venideros si no hay renovación de los activos sanitarios la jubilación puede convertirse en un acuciante problema que agrave la falta de recursos humanos sanitarios. En las relaciones estatutarias la jubilación puede ser clasificada en dos géneros, de carácter voluntario o forzoso³⁸. El Estatuto Marco se detiene en las especialidades que han de reunir dichas jubilaciones, condiciones de acceso y requisitos para poder permanecer en activo —previa autorización— que los diferencian en buena medida del tratamiento funcional general. Sin perjuicio de que los aspectos de los periodos previos de cotización, cuantía de la pensión y otros se rija por las normas del Régimen General de la Seguridad Social en el que el personal estatutario accederá a las prestaciones como pensionistas.

La Ley fija en 65 años la edad para la jubilación forzosa (art. 26 LEM), aunque permite continuar, excepcionalmente, en servicio activo hasta los 70 años siempre que las capacidades funcionales para la profesión no estén afectadas y así se autorice por el correspondiente servicio de salud. En este ámbito la LEM cambia de plano en relación a la situación anterior, al menos de una parte del personal estatutario, pues la edad de la jubilación forzosa llegaba hasta los 70 años³⁹.

A diferencia de otros ámbitos de la función pública para poder prolongar la vida laboral más allá de los 65 años ésta se condiciona a la obtención de acreditación de las capacidades y, superado aquel requisito, su concesión será otorgada de manera discrecional por el servicio de salud en atención a las necesidades organizativas del mismo. Desde los colectivos profesionales se cuestiona que las formas de reconocimiento de las capacidades queden en manos de las CCAA, sin haber fijado, tan siquiera, algunas medidas comunes para todo el Sistema Nacional de Salud. Por otro lado, ante las negativas previsiones de personal en los próximos años conviene cuestionarse lo errada que puede ser la medida de fijar una jubilación forzosa a los 65 años en este ámbito. Nuevamente se descubre una absoluta falta de previsión y planificación de los recursos humanos por parte del legislador de 2003. Por otro lado, la DT 7.^a establece reglas de mantenimiento de la actividad para el personal con 60 años que quiera prorrogar su situación en activo hasta alcanzar los treinta y cinco años de cotización sin superar el tope máximo de los 70 años. En este caso se pretende que con esa prolonga-

³⁸ Un estudio de esta materia en FERNÁNDEZ PRIETO, M., «La jubilación del personal estatutario de los servicios de salud. Aspectos significativos», *AL*, n.º 10, mayo, 2006.

³⁹ Se llegó en aquellos años incluso a rechazar un Acuerdo colectivo que redujo la edad de jubilación forzosa de los 70 a los 65 años —para el personal sanitario no facultativo, aunque con carácter general todos los Estatuto fijaron la edad máxima en los 70 años—, al entenderse que la entonces LORAP, en su art. 32, no habilitaba dentro de las materias negociables un aspecto como el de la edad de jubilación en el ámbito de la función pública y del personal estatutario, careciendo de cobertura normativa así STS de 9 de febrero de 1995 (Ar. 791).

ción del periodo de trabajo se alcance una mayor cuantía de la pensión resultante de jubilación.

Nada más promulgarse el Estatuto Marco las CCAA procedieron a establecer los criterios para conceder la prórroga en activo de acuerdo con las reglas establecidas en el Estatuto Marco y, a decir de las representaciones sindicales, lejos de alcanzar criterios armonizados las soluciones, según el servicio de salud de procedencia, son divergentes⁴⁰. Podemos observar dos líneas de actuación bien diferenciadas: (1.º) la de aquellos que han optado por prolongar la vida laboral de su personal estatutario y (2.º) la de aquellos otros servicios de salud que habían decidido que se obtuviera la jubilación a la edad de 65 años, convirtiendo en un hecho excepcional la prórroga⁴¹. En el mismo momento de la promulgación del Estatuto Marco comenzaron a escucharse ásperas críticas a esta disposición que permite la jubilación forzosa a los 65 años, pues el legislador no se había anticipado a la situación que en tan sólo unos años atravesarían los servicios de salud (la que hoy estamos viviendo), ya que esa medida puede contribuir a incrementar la descapitalización humana en determinadas especialidades médicas y de hecho ya esta sucediendo, por ejemplo, entre los cirujanos o los anesestesiólogos, como así lo han constatado tres años después CCAA como Cataluña o Madrid; debido, también, al elevado índice de envejecimiento de la profesión médica y otras profesiones sanitarias.

Ante un déficit de personal como que atraviesa en la actualidad el SNS no tiene sentido que se implante por los servicios de salud la jubilación forzosa, es una medida incoherente, resulta necesario permitir a quien voluntariamente lo desee continuar en su actividad asistencial si sus capacidades se lo permiten hasta, al menos, los 70 años⁴². En estos casos, cuando se produzca una ampliación de la edad de jubilación más allá de la edad ordinaria corresponderá al servicio de salud la autorización de la prórroga atendiendo a las necesidades de organización previamente planificadas, siendo obligada por la Ley la concesión de la prórroga si al cumplir los 65 años al «trabajador» le resten seis o menos años de cotización para causar la pensión de jubilación pero la exigencia legal se ciñe sólo al tiempo necesario para que se completen los periodos de carencia imprescindibles para generar la pensión (los mínimos). En este caso se exigirá, también, que el personal estatutario se encuentre en pleno estado de las capacidades funcionales necesarias para el desarrollo de la profesión pues si no concurrieran podría

⁴⁰ Pueden consultarse las Resoluciones de 12 de abril de 2004 de Castilla y León, de 4 de mayo de Valencia, de 15 de junio de 2004 de Castilla La Mancha, de 17 de junio de 2004 de Cataluña o de 10 de febrero de 2005 de la Rioja.

⁴¹ De entre los primeros sería el caso gallego, para los segundos —que son la mayoría, aunque con intensidades diferentes— citamos el andaluz, riojano, madrileño o catalán.

⁴² Los tribunales ya vienen reconociendo el derecho subjetivo de los médicos para permanecer en servicio activo hasta la edad de jubilación forzosa de 70 años, entre otras, STSJ Cataluña, de 30 de enero de 2008 (Rec. n.º 122/2007).

abrirse un proceso de declaración de incapacidad o acceder a una prestación de Seguridad Social en atención a su particular situación personal.

Resulta imprescindible adoptar por cada servicio de salud una buena planificación de sus recursos humanos (previa negociación con las organizaciones sindicales) bien sea mediante la regulación adecuada a las necesidades del momento de la jubilación o a través de la renovación de los recursos humanos, cubriendo las necesidades asistenciales sanitarias, para que así el proceso de sustitución de los efectivos no ocasione de golpe grandes e irreparables pérdidas de capital humano al SNS.

Por otro lado, el acceso a la jubilación voluntaria anticipada también se encuentra legalmente establecido, ésta se realizará de acuerdo a la legislación de Seguridad Social, permitiéndose que a través de los planes de ordenación de recursos humanos de los servicios de salud se regulen procesos de esta naturaleza. El Estatuto Marco quiso expresamente dejar vigente el art. 151 del Estatuto del personal sanitario no facultativo que permite la jubilación a los 60 años cuando se tengan al menos 25 cotizados o una vez llegada la edad de jubilación forzosa con esos mismos años de cotización sin que ellos suponga experimentar una pérdida en la cuantía de la pensión de jubilación recibida, que será complementada hasta el cien por cien de las cuantías retributivas que vinieran percibiendo (lo que comprende: salario base, antigüedad, complementos de destino, puesto de trabajo y jefatura y gratificaciones extraordinarias). Estos mecanismos que han sido tradicionalmente utilizados por el empleo público para renovar o «rejuvenecer» a sus plantillas deben ser hoy cuestionados, aunque no sea políticamente correcto hacerlo, cuando se advierte una progresiva descapitalización humana en la sanidad pública.

Otra medida de relevancia que en el texto del Estatuto Marco también se menciona es la posibilidad de la jubilación parcial (arts. 26.4 y 77.4 LEM). Medida que recientemente ha sido contenida para toda la función pública en el EBEP (art. 67.4 EBEP). El acceso a la jubilación parcial debería regir en consonancia con las disposiciones de la LGSS (art. 166 LGSS y en alguna medida el RD 1131/2002) ya que el personal estatutario se encuadra en el Régimen general de la Seguridad Social y los requisitos de edad y cotización previa han de ser los allí exigidos. La jubilación parcial debe ser coordinada con la posibilidad del trabajo a tiempo parcial en el sector sanitario, siendo de aplicación las reglas de jubilación del Régimen General también es posible acceder a una jubilación parcial de acuerdo con la legislación de Seguridad Social. Sin embargo la jubilación parcial aun no ha sido desarrollada por los servicios de salud ni tampoco para los funcionarios públicos y parece que no hay una voluntad inmediata de desarrollarla, principalmente, por los costes económicos en la protección social con los que se encuentra, sobre todo aquellos que acarrearía con carácter general en la función pública. No se debería entender como un obstáculo para acceder a la jubilación parcial a partir de los 61 años (o en ocasiones los 60 años si

son peticiones o bien anteriores a la reforma de la Ley 40/2007 o bien durante la fase transitoria de la norma) la necesaria contratación de un relevista mediante un contrato laboral, ya que en la sanidad pública pueden prestar sus servicios tanto sanitarios con vínculo estatutario, como los funcionarios o los contratados laborales. De momento el reconocimiento de la jubilación parcial al personal estatutario ha venido de la mano de las resoluciones judiciales —siempre que se cumplan los requisitos legales para su acceso—, porque las Administraciones sanitarias vienen sistemáticamente denegando estas peticiones, alegando que no habiendo desarrollo reglamentario de la jubilación parcial del personal estatutario no pueden concederla. Sin embargo los Tribunales han entendido que la entrada en vigor de la norma (LEM) no está condicionada a un posterior desarrollo legislativo (y mucho menos que el desarrollo reglamentario tenga que provenir de las Comunidades Autónomas) sino que se condiciona a los requisitos exigidos en la normativa de Seguridad Social⁴³ y además el Estatuto Marco resulta de aplicación directa. Sin embargo, el lector debe conocer que, como ya se ha manifestado en otros pronunciamientos se ha condicionado la jubilación parcial de los estatutarios a la existencia de un plan de ordenación de recursos humanos en los términos que aparece en el propio art. 26.4 LEM. De forma que parece quedar, en cierta medida, en manos del correspondiente servicio de salud la posibilidad de acogerse a una jubilación parcial, aunque ha de indicarse que en todo caso es obligada la redacción de ese plan. Por otro lado, en nuestra opinión, la jubilación parcial a partir de los 65 años puede ser una medida que contribuya a evitar la pérdida profunda de profesionales sanitarios en los próximos años. Por ello urge que se aborde de inmediato su desarrollo reglamentario por parte del gobierno central, no porque sea necesario éste para el acceso a la jubilación (como hemos visto los Tribunales niegan la necesidad de un desarrollo reglamentario para acogerse a la jubilación parcial) sino en particular para permitir la continuidad del personal. También la jubilación parcial es una medida que sirve para facilitar la sustitución de personal estatutario por personal también con vínculo estatutario cuando la jubilación se solicita entre los 61 y los 65 años. La reglamentación es indispensable, en todo caso, para detallar otros aspectos de interés a la hora de tramitar las solicitudes de jubilación parcial.

Por último respecto al personal sanitario se contempla la posibilidad de acceso a la figura de eméritos, éstos se encuentran afectados por la DA 43.^a de LGSS extendida a este personal por la Ley 40/2007 de medidas de reforma de la seguridad social en relación con lo que dispone DA 4.^a del Estatuto Marco para la realización de consultoría, informe y docencia. No es necesaria su alta RGSS ni en ningún otro régimen de Seguridad Social, además no quedará

⁴³ Véase las pioneras resoluciones mediante STSJ de Canarias, Tenerife, sala de lo social, de 10 de marzo de 2006 (Rec. n.º 879/2005) y SJLS n.º 2 de Huelva de 30 de noviembre de 2006. La respuesta en este sentido se ha ido consolidando en los últimos años. Ya en sede contencioso-administrativa el TSJ de Castilla y León en Sentencia de 2 de enero de 2008 acoge esa misma doctrina.

en suspenso su pensión de jubilación mientras preste servicios como personal emérito percibiendo su pensión de jubilación, aunque provenga de distintos regímenes de Seguridad Social (pues no se les aplica la incompatibilidad del art. 165.2 LGSS, como tampoco se aplica a los eméritos en la docencia universitaria —DA 12 LGSS—).

5. La jornada de trabajo. ¿Cómo enfrentarse a la ordenación del tiempo de trabajo ante la escasez de personal?

La regulación de la jornada del personal estatutario fue afrontada por el Estatuto Marco incorporando a nuestro derecho interno las demandas del ordenamiento comunitario. En particular la legislación estatal responde a la transposición al derecho nacional de la Directiva comunitaria 2003/88/CE relativa a la ordenación del tiempo de trabajo. La nueva regulación pretendía ofrecer normas homogéneas en este punto, alejándose de la regulación precedente en materia de jornada, ya que anteriormente se caracterizó por su dispersión normativa (Acuerdos, circulares y regulaciones diferenciadas en función del centro, tipo de personal, institución para la que se prestaba el servicio —abiertas, cerradas u hospitales, etc.—). En el definitivo diseño legal también influyeron los pronunciamientos del TJUE que afectaban al personal estatutario⁴⁴, a los que siguieron las resoluciones de nuestros tribunales internos ajustándose a la doctrina sentada por el Tribunal de Luxemburgo⁴⁵. Por otro lado, conviene señalar que la regulación de la jornada contenida en LEM no sólo es de aplicación para el personal estatutario sino también para el funcionarial y el laboral, mostrando en este apartado la regulación legal una única modulación de los tiempos de trabajo y descanso para todo el personal con absoluta independencia de cual sea el vínculo que une al personal con la institución sanitaria pública (en régimen de gestión directa) e incluso para los vinculados o concertados por el SNS (gestión indirecta) en los términos que describe la DA 2.^a EM —con carácter supletorio ante la ausencia de regulación de la materia por los Convenios colectivos o de directa aplicación si las normas del Estatuto Marco son más beneficiosas que lo recogido en la negociación colectiva aplicable—.

La principal característica a la hora de proceder a la ordenación de la jornada del personal sanitario en los ordenamientos europeos va a ser la necesidad de asegurar la continuidad del servicio sanitario pero también su «sostenibilidad»

⁴⁴ A la cabeza de ellos el caso SIMAP con el Servicio valenciano de salud, STJCE de 3 de octubre de 2000, asunto C-303/98. También el caso CIGA-SERGAS, asunto C-241/99 resuelto por Auto de 3 de julio de 2001 afectó al personal estatutario español.

⁴⁵ Para profundizar en la trascendencia de esta cuestión puede consultarse mi artículo «La ordenación del tiempo de trabajo desde la perspectiva del Derecho comunitario y su jurisprudencia. Especial atención a su repercusión en el sector sanitario», *RUCT*, Lex Nova, n.º 5, 2008, pp. 105 a 125.

en cuanto a los recursos humanos disponibles del personal que presta sus servicios para los correspondientes sistemas nacionales de salud, su regulación se efectúa buscando un importante ahorro económico. Como es conocido la prestación de asistencia sanitaria ha de ser continua, todas las horas del día durante todos los días del año, por ello las legislaciones están llamadas a cohonestar los intereses de los trabajadores del sector (de sus derechos y condiciones laborales) con el derecho de prestar a los ciudadanos la debida protección de la salud (art. 43 CE y art. 35 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión europea⁴⁶). Por ello se regula por todos los ordenamientos jurídicos una especial organización del trabajo y en particular del tiempo de trabajo. También la reforma de la Directiva comunitaria 2003/88/CE que se ultima en estos meses cabalga sobre este presupuesto, y la posibilidad excepcional de ampliar la jornada semanal a 60 ó 65 horas está pensada para quienes trabajan en sectores que exigen atención continuada, guardias o que durante sus guardias tienen periodos inactivos de trabajo y muy en particular en la ordenación de los tiempos de trabajo de la sanidad pública de los Estados miembros⁴⁷. El lector debe conocer que la modificación de la citada Directiva es en este punto, en buena medida, la respuesta legislativa que desde los propios países de la Unión europea y las Instituciones comunitarias se da a una interpretación del TJUE de los tiempos de trabajo en la sanidad pública de los distintos Estados miembros, resoluciones que ponían en serio peligro la cobertura de personal para la atención sanitaria (teniendo en cuenta la actual escasez de personal).

Algunas de las reglas tradicionalmente implantadas en la sanidad pública han pretendido frenar los costes de personal, flexibilizando o alterando los principios que inspiran los descansos o la alteración de éstos, en principio partiendo del consentimiento de ciertos profesionales (de los médicos) a los que no se les exigieron sistemas de turnicidad y se les permite jornadas laborales maratónicas (adicionado a la jornada ordinaria la guardia médica). Con la aprobación de LEM el personal médico podría trabajar a turnos conforme al art. 46.2 h) LEM, sin embargo sigue prefiriéndose los modelos de equipos de atención continuada.

No es siempre una tarea fácil ordenar los tiempos de trabajo en la atención sanitaria. En particular en lo relativo a la duración de la jornada, la adición a la jornada ordinaria de tiempos complementarios y el respeto del derecho al descanso. Arbitrando opciones como establecimiento de guardias o descansos alternativos que permitan mantener el servicio sanitario y su necesaria atención continuada con las plantillas existentes o disponibles (frente a la tendencia a su escasez, en algunas especialidades y territorios —como venimos poniendo de

⁴⁶ Aun carente de valor jurídico pero se espero que lo adquiera si prospera el proceso de ratificación del Tratado de Lisboa de diciembre de 2008, a pesar del no irlandés.

⁴⁷ Véase la Posición común aprobada por el Consejo el 15 de septiembre de 2008 para la modificación de la Directiva 2003/88/CE, 10597/2/08 REV 2.

manifiesto en este artículo ya se constata en España la falta de recursos humanos—). La causa justificativa del tratamiento especial de la delimitación de la jornada de trabajo en el ámbito sanitario se sustenta sobre el servicio público esencial que se presta a la sociedad. Lo que va a permitir (tolerar) algunas matizaciones con respecto al régimen común, ordenación y cómputo de los tiempos de trabajo, en este campo las normas comunitarias —Directiva 2003/88/CE— inciden en la necesidad de dar una definición al tiempo de atención continuada así como barajan la posibilidad de incluir periodos de inactividad durante aquella. La actividad sanitaria necesita que se garantice la continuidad del servicio, por ello a sus trabajadores se les exige la atención continuada (según el derecho comunitario ésta incluye la atención hospitalaria o asimilable, que contiene tanto asistencia sanitaria como la recepción de pacientes⁴⁸). En todo caso hay que respetar el derecho a la salud y seguridad que asiste al trabajador con el servicio que se presta a las personas.

Bajo los parámetros descritos el Estatuto Marco aborda la ordenación del tiempo de trabajo para el personal estatutario en el capítulo X (arts. 46 a 61⁴⁹). Si bien, como hemos apuntado en esta materia vinculada con la jornada se extiende a todo el personal con independencia de cuál sea el concreto vínculo que le una con las instituciones sanitarias, funcionarial estatutario o laboral. La Ley 55/2003 establece con relación a la jornada tres clases diferentes: la jornada ordinaria, la complementaria y la especial. Pasemos a enunciar las principales notas que definen y diferencian a cada una de ellas⁵⁰.

A. Jornada ordinaria. Corresponde la determinación de jornada ordinaria a las normas, pactos o acuerdos. El art. 47.1 de la LEM no delimita cuál haya de ser ésta sino que prefiere delegar su fijación en aquellos otros instrumentos para que procedan a su concreta cuantificación. Hasta la aparición del Estatuto Marco su fijación, en la práctica, aparecía en los Acuerdos negociados en el seno del INSALUD o de los servicios de salud; éstos fueron sustituyendo las reglas que, sobre la materia, venían contempladas en los viejos Estatutos del personal estatutario de finales de los años sesenta y principios de los setenta. De modo que la jornada era la que con carácter anual delimitaron aquellos acuerdos o, en su caso, las leyes aplicables al sector sanitario público autonómico⁵¹, que después de

⁴⁸ Art. 17.3 letra c) de la Directiva 2003/88/CE.

⁴⁹ Sobre estas cuestiones véase Dulce María CAIRÓS BARRETO, «La Ordenación del Tiempo de Trabajo del Personal Estatutario de los Servicios de Salud», *Rev. Derecho y Salud*, vol. Extra, n.º 2006, pp. 33 a 50, GONZÁLEZ DEL REY, I. y MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., «La ordenación del tiempo de trabajo del personal estatutario del Sistema Nacional de Salud», *RL*, n.º 20, 2006, pp. 12 a 25.

⁵⁰ Para profundizar más vid. GONZÁLEZ DEL REY, I. y MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., «La ordenación del tiempo de trabajo del personal estatutario del SNS», *RL*, n.º 20, octubre, 2006.

⁵¹ Es el caso de Murcia cuyo art. 56 fija una jornada no superior a 40 horas semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual para el personal con especial dedicación, cuantía que se reduce a 37 horas y media si la dedicación del personal es normal (art. 56.2 de la Ley murciana 5/2001, de 5 de diciembre).

efectuar las consabidas operaciones matemáticas podemos, con algún autor, decir que la jornada semanal era, con carácter general, de promedio de 36 horas para el personal facultativo (ampliado hasta un máximo de 42 horas si se desarrollaban actividades docentes) y oscilaba en una horquilla de 40 ó 35 horas para el personal sanitario no facultativo y el personal no sanitario en función de si se trabajaba en turno de día o de noche⁵², lo que en la práctica se vino fijando por las distintas direcciones provinciales de INSALUD en algo más de 37 horas semanales⁵³.

En un primer momento pudo parecer que gracias al Estatuto Marco y por parte de los servicios de salud se optaba por la implantación de jornadas de 35 horas semanales (aunque esta opción muestra ya su claro retroceso en toda Europa). Esas reducciones se han negociado en el seno de los servicios de salud, que en un estadio inicial no han escapado a la tendencia reductora de la jornada ordinaria. Al tiempo que continuaban fijando jornadas complementarias adicionales, lo que no deja de ser paradójico (limitar el tiempo de trabajo, el ordinario, para luego ampliarlo, mediante el trabajo denominado complementario).

En la actualidad se plantean dudas referentes a cómo integrar la disminución de las horas de trabajo del personal sanitario cuando se aprecia la necesidad de atención permanente a los ciudadanos y ausencia de recursos humanos. Las respuestas practicadas son variadas, ha habido servicios de salud que manifiestan reforzar las contrataciones ordinarias de personal, mientras otros tienden a mejorar las jornadas a través de nombramientos del denominado personal de refuerzo. No obstante, allí donde se han reconocido esas nuevas jornadas hoy existe, ante la creciente falta de recursos humanos, un descontento generalizado, bien porque se amplía el horario de atención continuada, bien porque se reducen los días para realizar las guardias (pasando estas últimas a ser realizadas con mayor frecuencia). Finalmente, hemos de colegir que la pretendida reducción real de la jornada es sólo presunta, pues mientras se reduce la jornada ordinaria simultáneamente se ve incrementada (para esos mismos trabajadores) la jornada complementaria. Otra cosa distinta será que dicha reducción de jornada suponga una mejora retributiva final en comparación al tiempo trabajado (antes y después de la limitación horaria a 35 horas semanales para las jornadas ordinarias).

⁵² Vid. RABANAL CARBAJO, P., «Tiempo de trabajo...», p. 196. Permitiendo para el turno de noche una compensación bimensual, pudiéndose en consecuencia superar alguna semana las 35 horas, teniendo además en cuenta que los turnos de noche son de 10 horas diarias —entrada a las 22:00 y salida a las 8:00 a.m.—.

⁵³ Según DEL REY GUANTER, S. y GALA DURÁN, C., «Régimen estatutario frente a norma laboral...», p. 595, la duración media de la jornada legal del personal estatutario suele ser inferior a la máxima permitida, fijando esa media a la que hemos aludido de 36 horas/semana. La OMC entiende que en el ámbito del INSALUD la jornada semanal estaba fijada en 37 horas y media ó 1645 horas anuales en turno fijo diurno, mientras que otros servicios de salud tenían jornadas inferiores, cfr. OMC: Informe en relación con la Ley 55/2003..., p. 82. Lo que a la postre se convierte en una cifra final bastante inferior a las 48 horas semanales que establece la normativa Comunitaria y avala la LEM, eso sí, teniendo en cuenta la jornada ordinaria junto con la complementaria.

Tal y como hemos anunciado el Estatuto Marco pronto se convirtió en la primera norma española que al regular la ordenación del tiempo de trabajo para delimitar la jornada recibe completamente la normativa comunitaria. De alguna manera en su sustrato se deja de distinguir entre esas dos clases de jornada —ordinaria y complementaria—, e indirectamente se fija el número máximo de horas que podrán realizarse anualmente pero sobre todo esto sucede cuando se delimita el tiempo máximo de trabajo semanal (tanto por la LEM como por la Directiva comunitaria).

La ordenación legal esta necesitada de una serie de matizaciones, por una parte, porque la LEM no señala cuál sea el ámbito territorial que han de tener esas normas, pactos o acuerdos que delimitarán la jornada ordinaria de trabajo de los centros sanitarios y sí que debiera haberlo especificado a nivel nacional⁵⁴. A diferencia de lo que acontece tanto en la normativa funcional como en laboral, donde la jornada en ambos casos viene fijada por el derecho estatal en cómputo anual con referencias semanales, como un máximo en las leyes laborales y como un número infranqueable e indisponible en las normas funcionariales. En segundo lugar, por otra parte, porque al desconocerse cuando se va a delimitar de modo inicial la jornada cuál va a ser el *quantum* anual de la jornada complementaria (que fijará cada centro) no se puede delimitar numéricamente y *a priori* cuál será la jornada máxima anual, ya sea la ordinaria ya la complementaria o sólo la ordinaria. Sólo podemos aventurarnos en una cifra máxima de trabajo posible que nos sitúa en cantidades irreales, totalmente alejadas de la práctica y que nunca se realizan en el sector sanitario público (aplicando la ecuación: 48 horas semanales por el número de semanas de trabajo efectivo anual).

El Estatuto Marco también alude a la posibilidad de establecer una distribución irregular de la jornada en los centros. Lo que va a permitir introducir mayor flexibilidad en la prestación de los servicios sanitarios y del tiempo debido para su realización, en función de las específicas necesidades del centro sanitario. En particular se atenderá a las necesidades de mantenimiento de las funciones sanitario asistenciales, y la decisión será tomada amparándose en las facultades de organización de la dirección o gerencia del centro. Sujetos que serán quienes fijen esas modificaciones⁵⁵.

Finalmente la delimitación de la jornada se deja en manos no sólo del correspondiente servicio de salud y de la negociación colectiva que en este ámbito se alcance sino que, parece, en un mismo servicio de salud podrían determinarse

⁵⁴ Para PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, es claro que esta materia forma parte de las bases del art. 149.1.18.^a de la CE en relación con el mandato del 103.3 de la misma CE y, por tanto, corresponde fijarla al Estado en una Ley estatal delimitando la jornada anual de trabajo, mientras las CCAA y, en su caso, los centros deberán organizar y distribuir ese tiempo de trabajo pero no delimitarlo, en La aplicación de la directiva 93/104 CEE al personal estatutario..., pp. 67 y ss.

⁵⁵ A diferencia del ámbito laboral donde se exige por Ley que se alcance a través de un acuerdo colectivo, art. 34.2 ET, vid. estas consideraciones en SALA FRANCO, T., *El Estatuto Marco...*, p. 77.

distintas jornadas en atención a las características y peculiaridades de cada uno de sus centros sanitarios.

B. Jornada complementaria. La 55/2003, consolidando un concepto ya típico de la atención sanitaria, introduce la denominada *jornada complementaria*.

En este caso corresponderá su fijación a cada centro (según la programación funcional del mismo) para atender a la prestación de servicios permanentes en régimen de atención continuada. En principio pueden acogerse a este sistema quienes ya lo venían realizando a través de guardias⁵⁶ (o mediante procedimiento equiparable o similar⁵⁷) con anterioridad a diciembre de 2003 (fecha de la entrada en vigor de la LEM). Pero también puede ampliarse a otros colectivos o grupos si así se fija a través de la negociación colectiva.

La jornada complementaria se delimita en aplicación de los criterios de la Directiva comunitaria 93/104/CE (actual 2003/88/CE) de modo que en ningún caso la duración máxima de jornada ordinaria y complementaria puede alcanzar una media semanal de 48 horas⁵⁸, en cómputo semestral (que se refiere al primer o segundo de los semestres de cada año natural, art. 57 LEM). Si bien la propia Ley permite la alteración por acuerdo, pacto o convenio colectivo del cómputo (entendemos que lo que permite modificar es sólo el criterio de referencia semestral —y no el máximo de las 48 horas⁵⁹—). La negociación colectiva en todo caso deberá respetar los criterios que figuran en la Directiva de ordenación del tiempo de trabajo, en particular cuando dispone que los periodos de referencia acordados en ningún supuesto excederán de doce meses⁶⁰. Además la ampliación deberá estar justificada, por responder a razones objetivas, técnicas o de organización del trabajo.

Desde hace unos años en el sector sanitario la atención continuada venía siendo el modo utilizado para cubrir las necesidades de jornada por encima de la ordinaria. Si bien, este concepto muchas veces se desvirtuaba, para con él superar los máximos normativamente fijados que correspondía realizar a cada «profesional». Desde distintos Acuerdos entre la Administración sanitaria y los

⁵⁶ Sobre estas cuestiones relacionadas con las guardias vid. FERNÁNDEZ PRATS, C., «Problemas aplicativos de la regulación de las guardias médicas», en *Las relaciones laborales...*, pp. 389 a 401.

⁵⁷ Piénsese, por ejemplo, en el personal que trabaja para los Servicios de Urgencia de Atención Primaria (SUAP) que deben mantener una continuidad de cuidados de la atención a la urgencia sanitaria.

⁵⁸ En aplicación combinada de las reglas y excepciones sobre la duración máxima del tiempo de trabajo semanal que recogen los arts. 6, 16, 17 y 19 de la Directiva 2003/88/CE, de 4 de noviembre relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo. El propio TJCE, en numerosas Sentencias, ha interpretado que en ningún caso se podrá exceder de tal duración máxima del tiempo de trabajo semanal, límite que será tomado en cuenta siempre dentro de los parámetros que figuran en aquellos preceptos.

⁵⁹ Para lo cual se exige el consentimiento del trabajador, art. 22.1 de la Directiva 2003/88/CE, y entraría dentro de la jornada especial que regula el art. 49 del Estatuto Marco.

⁶⁰ Vid. art. 19 de la Directiva 2003/88/CE.

sindicatos se establecieron tramos de esta atención continuada a través de negociaciones con los agentes sociales⁶¹ (aunque en los primeros años no hubo una delimitación normativa ni de su número, ni de su distribución, ni tampoco del tiempo que deberían durar, sólo se sometían a las necesidades derivadas del funcionamiento continuado de la atención sanitaria) y los tribunales no permitieron que se exigiese fuera del año natural las horas de atención continuada no realizadas⁶².

Por otro lado y ante un aluvión de reclamaciones, la doctrina judicial social vino a mantener que la atención continuada y las guardias no podían ser calificadas como trabajo extraordinario sino como trabajo complementario, pues no respondían ni a un carácter ocasional ni a supuestos fuera del normal desarrollo de la asistencia sanitaria sino, por el contrario, se desarrollan dentro de la normal actividad de las instituciones sanitarias. Ya que en su desarrollo el ritmo de trabajo no es (habitualmente⁶³) el que se desempeña en una jornada ordinaria, puesto que se atienden urgencias sin llevar a cabo «trabajo/actividad efectiva» todo el tiempo de duración de la misma. Conforme a la actual regulación vigente en la asistencia sanitaria pública no se permiten las horas extraordinarias (art. 48.3 LEM), al haberse normativizado el criterio judicial. Regla que trasciende más allá del personal estatutario cuando las normas de jornada son extendidas al personal sanitario funcionario no estatutario o incluso al personal sanitario laboral.

Una de las grandes diferencias entre horas extraordinarias en sede laboral y jornada complementaria sanitaria es que esta última tampoco resulta de aceptación voluntaria para el personal estatutario (así lo recoge el art. 48.1 de la LEM) y el número de horas en cómputo anual no encuentra los estrictos límites que fija el art. 35 del ET (así lo remarca el actual art. 48.3 de la LEM)⁶⁴, pero sí los límites propios de la Directiva comunitaria 2003/88/CE que están, a su vez, recogidos en el texto del Estatuto Marco en cuanto a la jornada máxima semanal de 48 horas de promedio en cómputo semestral o aquel que paccionadamente se

⁶¹ Delimitándose en atención primaria un máximo de 450 horas al año que en el medio rural se permite hasta 850 horas al año, aunque se intenta su progresiva disminución en tanto en cuanto los efectivos puedan ofrecer el servicio sanitario a los ciudadanos. En la atención especializada se fijan tres tramos, A, B y C. Para entrar más en detalle sobre la regulación de la atención continuada y sus retribuciones, así como los motivos que permiten su reconocimiento en instituciones hospitalarias (turno de noche, domingos y festivos, o prestación de servicios fuera de la jornada ordinaria) y en instituciones no hospitalarias (actividades adicionales o servicios fuera de la jornada ordinaria), vid. HERNÁNDEZ MARTÍN, A., *Régimen jurídico del personal sanitario...*, pp. 218 y ss.

⁶² Vid. STSJ de Cantabria de 6 de junio de 1995 (Ar. 2277).

⁶³ Dependerá de si se trata de personal facultativo o sanitario no facultativo u otro, así como del tipo de servicio en el que se viene trabajando, pues quien trabaja en los servicios de urgencias estará llamado a continuar con su habitual desempeño de la actividad que viene realizando, sin disminuir su intensidad con respecto a lo que es su jornada ordinaria.

⁶⁴ Vid., con anterioridad a la LEM, las opiniones al respecto mantenidas por GARCÍA PIQUERAS, M., *Régimen jurídico...*, p. 253 y coincidentes en este aspecto con la solución dada por el legislador.

fije, (art. 48.2 de la LEM). Es decir, la obligatoriedad de la atención continuada no es ilimitada en sus horas sino que debe establecerse de acuerdo con las precisadas normas, respetando en todo caso sus topes máximos.

C. Jornada especial. Regulada en el art. 49 LEM. La ampliación de la jornada mediante el recurso a esta posibilidad se trata de un compromiso personal de ampliación de la jornada, que está motivado en razones organizativas o asistenciales.

La jornada especial aparece con la finalidad de cubrir la posible insuficiencia de las otras dos clases de jornadas. Sin duda esta incorporación de una jornada especial es el reflejo en la legislación española de la cláusula *opt-out* que posibilita la Directiva comunitaria, así es posible en el sector sanitario superarse el máximo de 48 horas semanales de promedio semestral siempre que el trabajador muestre su consentimiento. Consentimiento que debe quedar reflejado por escrito.

La Legislación española admite la ampliación de la jornada por razones del servicio, si bien, corresponde a cada centro —en atención a su organización interna y necesidades— hacer uso, si fuera, necesario de esta jornada especial, art. 49.1 y.2 EM, ofertando a los trabajadores compromisos de ampliación de su tiempo de trabajo más allá de las 48 horas semanales. El máximo anual permitido se fija en 150 horas; pudiendo establecerse un mínimo en el compromiso individualmente asumido por el trabajador (sin embargo ese tope operará a partir del año 2013). Además se admiten excepciones a la regla general por motivos de insularidad y otras medidas en atención a la financiación de los servicios de salud y las necesidades de especialistas. Lo que hace sospechar que con el panorama de futuro que presenta la sanidad pública, en particular ante la escasez de plantillas, el recurso a esta jornada especial será, sin duda, creciente en los próximos años. Tanto el problema financiero como el de la falta de recursos humanos son ya hoy dos caras visibles de la sanidad española. De tal forma que nos parece una respuesta bastante hipócrita la de nuestras instituciones nacionales (incluido el Parlamento⁶⁵) cuando se opone de plano frente a la reforma de la Directiva comunitaria que se anuncia para diciembre de 2008. Pues en nuestra legislación ya existe esa posibilidad de superar las 48 horas semanales en el Derecho nacional, precisamente en el sector sanitario con la Ley 55/2003. Más aun cuando la reforma de la Directiva 2003/88/CE es una respuesta a las resoluciones judiciales del TJUE que en dos ocasiones han condenado a España en relación con el tiempo de trabajo en la atención sanitaria pública.

La Directiva comunitaria admite ampliar en el sector sanitario el periodo de referencia de la duración media de la jornada semanal de 48 horas, que

⁶⁵ En el mes de septiembre de 2008 ha votado unánimemente el Congreso de los Diputados en contra de la reforma de la Directiva comunitaria aprobada por el Consejo europeo en junio de 2008.

con carácter ordinario para el derecho comunitario es de cuatro meses hasta en doce meses (aunque es posible incluir una cláusula del trabajador denominada opt-out⁶⁶, manifestada de manera voluntaria, expresa e individual, que permita superar ese límite). La concreción de esta regla por LEM fija como periodo de referencia seis meses, en España esos seis meses son tomados en cuenta por semestres naturales (art. 57 LEM) aunque como hemos anticipado se permite legalmente la alteración por acuerdo pacto o convenio colectivo que ha de ser debida a razones objetivas, técnicas o de organización del trabajo.

El establecimiento de la jornada especial para el sector sanitario por parte de la LEM se vino a fijar con un carácter precautorio, esto es, con la finalidad última de que no quede desatendida la demanda sanitaria ciudadana. Pero también exige, por otro lado, que se alcancen previsiones por parte de los servicios de salud que impidan la transgresión de la normativa comunitaria de tiempo de trabajo (no sobrepasar indebidamente los límites máximos de 48 horas semanales que contempla la Directiva). La próxima modificación y reforma de la Directiva 2003/88/CE también pretende fijar un límite máximo semanal de trabajo de 60 ó 65 horas en el transcurso de un periodo de siete días (calculadas en un promedio de tres meses⁶⁷) salvo que el convenio colectivo o acuerdo entre interlocutores sociales disponga lo contrario⁶⁸. Se tratará de un límite absoluto, en principio, que sería insuperable para todas las jornadas laborales. Necesariamente hay que relacionar esta limitación con la tercera categoría que introducía la Propuesta de Modificación en su art. 2. 1 *bis* y *quarter* y art. 2 *bis* encargados de fijar las nociones de tiempo de guardia y período inactivo de guardia. Cuya regulación —si finalmente prospera— permitirá flexibilizar los cálculos del tiempo de trabajo e igualmente, también, permite racionalizar en las legislaciones nacionales estos tiempos de guardia especiales que, por otra parte, son habituales en el sector sanitario. Lo cual supone frente a la oposición manifestada por el sector sanitario, que puede ser la vía más convincente para respetar los fines de la Directiva de preservar la seguridad y salud de los trabajadores. Pues si no se admitiese esta nueva tipología y la amplitud de sus nociones (donde no computa el tiempo en el periodo de espera en atención continuada, denominado como *periodo inactivo*) los Estados, ante la necesidad de más horas de trabajo en la sanidad pública y ante la imposibilidad real de incrementar las contrataciones debido a tanto a los costes que ello supone como al preocupante déficit de personal especializado, probablemente optarán masivamente por la vía excepcional de la no aplicación de las reglas del art. 6 de la mencionada Directiva comunitaria cuando el trabajador consiente en realizar

⁶⁶ Hoy recogida en el art. 22 de la Directiva 2003/88/CE, precepto que se está revisando y pronto será modificado para permitir la continuidad de esta cláusula de exclusión.

⁶⁷ Aunque tal vez podrían ampliarse hasta en seis meses.

⁶⁸ Propuesta de la nueva redacción para el art. 22. y la incorporación de un nuevo art. 22 bis de la Directiva 2003/88, 10597/2/08 REV 2.

su trabajo por encima de los límites horarios⁶⁹. Es decir, se tenderá a la búsqueda de remedios individualizados mediante el consentimiento de cada trabajador en la realización de jornada especial.

Los centros deben velar porque se respeten en todo caso los principios de prevención y salud del personal de sus plantillas y para que no se tomen represalias frente a quienes no se adhieran a este compromiso (voluntario) de la jornada especial. Este procedimiento se llevará a cabo mediante la fijación de una garantía de indemnidad para esos trabajadores, así como los centros sanitarios habrán proceder al establecimiento de registros. Registros que se adecuarán a los requerimientos de la Directiva: estarán actualizados y se facilitará a las autoridades competentes⁷⁰; pudiendo éstas prohibir o restringir por razones de seguridad y/o salud de los trabajadores la posibilidad de excederse de las 48 horas semanales como principio general de la Directiva 2003/88/CE que fija el tiempo máximo de trabajo.

Como hemos apuntado con anterioridad, la jornada especial que recoge el Estatuto Marco irá introduciéndose en lo relativo a su limitación máxima anual de forma progresiva hasta el año 2013. Además necesita de un desarrollo reglamentario mediante Real Decreto⁷¹ (que será básico en todo el territorio nacional) y tolera excepciones derivadas del hecho insular⁷², así como otras medidas apropiadas que se podrán vincular directamente al examen de su incorporación y sus repercusiones en la organización funcional, la financiación de los servicios de salud o las necesidades de especialistas. Desarrollo reglamentario que aun no se ha producido. Al margen del oscurantismo normativo que introduce la DT 6.^a LEM⁷³ y a la espera del desarrollo reglamentario, es probable que se estén superando las 150 horas anuales durante estos años (hasta que alcancemos el umbral temporal del año 2013) pero puede que también, una vez agotado dicho periodo de adaptación, sigan realizándose jornadas especiales superiores a 150 horas anuales (en este último caso atendiendo a las especialidades citadas en que expresamente se permite exceder de ese tope⁷⁴).

⁶⁹ Lo que al final supondrá mayor tiempo de trabajo y además se aleja de los fines protectores perseguidos. Vid., sobre estas cuestiones, FONTINOPOULOU BASURKO, O., «Derecho social comunitario y jornada del personal sanitario. La revisión de la Directiva 93/104/CE sobre determinados aspectos de la ordenación de tiempo de trabajo», *Aranzadi Social* n.º 16, enero, 2005, pp. 67 a 79.

⁷⁰ Art. 22.1.b) y c) de la Directiva 2003/88.

⁷¹ Encargado al gobierno para que lo redacte en los 18 meses siguientes a la entrada en vigor del Estatuto Marco.

⁷² Introducido en el texto de la LEM a raíz de la demanda efectuada por las dos CCAA insulares de España, Baleares y Canarias.

⁷³ De la lectura de la disposición puede observarse como bajo una disposición transitoria no sólo se contienen reglas aplicables transitoriamente durante un periodo de tiempo concreto previsto al efecto (finalidad última de cualquier disposición de esa clase) sino que también aparece una amplia habilitación legal al Reglamento para que regule excepciones al máximo legal de las 150 horas de jornada especial con vocación de permanencia.

⁷⁴ En su día, deberá realizarse un análisis en profundidad de las excepciones que contenga el futuro Real Decreto, en particular en cuanto a la aplicación y respeto a las directrices de la Directiva 2003/88/CE.

También convendría reflexionar sobre la relación entre esta jornada especial y la posibilidad de una mayor contratación por parte de los servicios de salud de lo que desde un Acuerdo de enero de 1990 se viene denominando como personal de refuerzo. Personal que es nombrado, precisamente, para suplir las carencias de personal. La finalidad de los refuerzos no es otra que permitir que los sanitarios no superen el máximo de horas que pueden trabajar, entendido este límite como el que se adiciona a la jornada ordinaria con las horas de atención continuada establecida así por los Acuerdos colectivos. Con esa limitación de jornada de trabajo y el recurso a la contratación de refuerzo se haría posible el respeto del mantenimiento de la atención sanitaria a los ciudadanos, en particular para los servicios de urgencias con el de la limitación de jornada del personal sanitario. Normalmente el personal de refuerzo era contratado con carácter temporal, utilizando nombramientos eventuales⁷⁵, en vez de hacerlo como personal a tiempo parcial permanente o en su caso, si así lo requería el servicio, ante la necesidad de incrementar los recursos humanos a tiempo completo. La mala práctica de estas contrataciones de refuerzo ha provocado en los últimos años que algunos servicios de salud opten por una tendencia a su supresión en la atención primaria o bien se comprometan a limitar este tipo de nombramien-

⁷⁵ Dichos nombramientos eventuales eran constantes, de forma que en un periodo de algo más de un año podían producirse en una misma persona hasta 32 nombramientos como personal de refuerzo (STSJ de Castilla La Mancha de 13 de marzo de 2001). Por otro lado, han producido un ingente número de litigios debido a los periodos en que permanecían en alta en la Seguridad Social y los momentos correspondientes a sus cotizaciones, se vino entendiendo, en un principio, que el alta debe durar desde sus respectivos nombramientos con independencia de que las cotizaciones se correspondan con la efectiva realización del trabajo (STSJ de Madrid de 10 de abril de 2003). En aplicación de lo que así disponía el Acuerdo del Consejo de Ministros de 2 de julio de 1999 (además del Pacto de 17 de junio de 1999 y la Resolución de la Presidencia Ejecutiva del INSALUD por la que se dictan instrucciones para la aplicación del Acuerdo y Pacto citados) para el personal del INSALUD se producían las cotizaciones y altas sólo durante los días que realmente se prestaban servicios a pesar de que el contrato permanecía vivo pues la relación seguía vigente en atención a los nombramientos realizados pero eran dados de baja en la Seguridad Social en esos periodos de inactividad. Este aspecto ha sido objeto de numerosos litigios y el TS entiende finalmente, por ejemplo en la STS de 16 de julio de 2004, que el personal sanitario de refuerzo tiene derecho a estar dado de alta de forma continuada en la Seguridad Social durante todo el tiempo que dure el nombramiento. En atención a esa doctrina judicial (y para evitar distintas interpretaciones tanto de los centros obligados a cotizar como de los órganos jurisdiccionales) el RD 335/2004, de 27 de febrero, introduce un nuevo párrafo segundo al apartado 6 del art. 65 del Reglamento General sobre cotización y liquidación de otros derechos de Seguridad Social (RD 2064/1995), y en consonancia con la DA 14.^a de la LEM sólo permite dar de baja al personal nombrado para servicios de atención continuada si el periodo de inactividad fuera superior a un mes natural (periodo durante el que no tendrán las instituciones sanitarias la obligación de cotizar, aunque continúen en situación de alta). El legislador en la Exposición de Motivos del citado RD justifica su regulación singular atendiendo a las peculiaridades en el ejercicio de su concreta prestación de servicios, ya que a su juicio «no se adecuan plenamente a las de los contratos de trabajo a tiempo parcial». Otro aspecto litigioso, que llama la atención, por la respuesta dada, fue la demanda del cobro del complemento de atención continuada por este personal de refuerzo, contratado, precisamente, para realizar guardias (al respecto HERNÁNDEZ MARTÍN, A., *Régimen jurídico del personal sanitario...*, pp. 223 a 226), retribución que sistemáticamente les fue negada por los tribunales porque sus remuneraciones se debían ajustar a lo establecido en los Acuerdos correspondientes. SSTs de 2 y 4 de octubre y 7 de noviembre de 2000 (Arts. 1410, 8663 y 9662).

tos ya que más que reforzar las necesidades de la atención continuada se realizan para cubrir necesidades ordinarias de la plantilla, que bien pudieran suplirse a través de contrataciones a tiempo completo o parcial. El servicio de salud gallego se comprometió (en negociación con los sindicatos) para que a partir de la primavera de 2005 en su atención primaria no se realizasen contrataciones de refuerzo sino a través de la incorporación de nuevos efectivos, con nombramientos «ordinarios» de personal estatutario. En Andalucía existe un compromiso similar con los sindicatos de reducir estos nombramientos de atención continuada y optar por su «normalización». Sin embargo en el conjunto del SNS sigue haciéndose un uso abusivo de estas contrataciones; son empleadas, muchas veces, con los sanitarios más inexpertos o con los más jóvenes; estos nombramientos se celebran aunque el concreto servicio de salud necesite una contratación más estable y duradera en el tiempo.

El problema de estas contrataciones de refuerzo surge cuando la escasez de personal es más acuciante. El verano de 2008 —en todo el territorio del SNS— ya ha sido una muestra de las dificultades de cubrir las necesidades sanitarias ante la ausencia generalizada de personal (ya sea por la emigración de efectivos españoles a otros países europeos que les ofrecen condiciones estables a lo largo del año y no pueden esperar a una contratación de temporada o refuerzo, ya sea por la carencia que comienza a ser endémica de ciertas especialidades).

5.1. Algunas otras insuficiencias regulativas de la jornada de trabajo

Toda la materia relacionada con la jornada ordinaria y complementaria ha venido presentando un sinfín de dudas, ante tratamientos que no estaban contemplados con la suficiente claridad y desarrollo en las normas jurídicas y que por lo tanto, debían resolverse por los tribunales.

Algunas de estas cuestiones no han sido plasmadas en la reciente LEM tales como: los descansos mínimos obligatorios tras una guardia (en especial el momento de su disfrute), elenco de causas para la exención de guardias por motivos de edad, enfermedad u otro estado o situación que se deba tener en cuenta, etc. Así como las facultades de los centros de la concesión o no de las mismas en función de las necesidades asistenciales, lo que podemos calificar como una carencia o desatención a los más importantes problemas prácticos que se suscitaban. Olvidos legales que se deberán subsanar con una regulación reglamentaria estatal sobre esta materia o, en su caso, las regulaciones pactadas —que quizá esa haya sido la intención legislativa a la espera de la promulgación de normas estatutarias especializadas y sólo aplicables a los profesionales sanitarios—. Mientras aflora dicha regulación nos encontramos ante un vacío normativo ya que, a diferencia de otras materias, las normas precedentes al Estatuto Marco relativas a la jornada han sido expresamente derogadas sin mantener un régimen transitorio de vigencia, por ello sólo los acuerdos negociados, y en aquello que no contradigan a la LEM, pueden entenderse que continúan siendo aplicables.

Una de las medidas incorporadas para compatibilizar el derecho de descanso con los efectivos de personal existentes en cada momento ha consistido en posponer el descanso a otro periodo, llamado de descanso alternativo e, incluso, en el caso de que no se pudiera disfrutar de aquél se ofrece una protección equivalente como reducciones de jornada o ampliaciones de descansos, (nunca se admite la compensación económica). La primera interpretación que conocemos que ha realizado el Ministerio de Sanidad en 2004 sobre este particular régimen de descansos alternativos previsto por el art. 54 de la LEM, ha versado en relación con el descanso semanal a que tienen derecho los trabajadores sanitarios. La respuesta ministerial ha sido restringida al entender que estos descansos alternativos no podrán afectar, por una parte, al derecho al descanso semanal de 24 horas ininterrumpido y, por otra, que tras una guardia médica se deberá disfrutar, al menos, de un mínimo de 12 horas de descanso. Hemos de estar atentos a la regulación de desarrollo que se haga de esta materia, así como a los contenidos de los Acuerdos de los servicios de salud que excepcionen las reglas generales. Estos nuevos textos deberían determinar, con mayor especificidad que lo hace la Ley 55/2003, en qué consistirán y cómo se articularán los periodos equivalentes de descanso o la protección equivalente.

Igualmente se considera necesaria la flexibilidad de organización del tiempo de trabajo. Así como determinar si es o no tal tiempo de trabajo cuando no se presta la actividad contratada aunque sí se permanezca en el trabajo a disposición del empresario. La reciente respuesta del Derecho comunitario se contiene en la reforma de la Directiva 2003/88/CE, que se opone así al entendimiento de aquellas resoluciones del TJUE que han venido entendiendo que todo el tiempo dedicado a la atención continuada en régimen de presencia física constituye tiempo de trabajo⁷⁶ (sin atender a la intensidad de trabajo ni a un rendimiento mínimo pudiendo descansar durante ese período y aunque exista inactividad). La modificación en el Derecho comunitario de diciembre de 2008 implicará de suyo que se proceda a modular las reglas relativas a la atención continuada, guardias, tiempos de inactividad durante las guardias en la legislación sanitaria estatal, autonómica y negocial del personal estatutario.

Un número importante de los conflictos laborales en el sector sanitario surgen por demandas que aparecen en cuanto a la concreción de los parámetros la ordenación de la jornada, el incremento de la atención continuada, el pago de las guardias (hora de guardia) y no sólo o en exclusiva por demandas estrictamente salariales. Por otro lado la convocatoria de nuevas plazas y las acciones para la consolidación del personal son las principales causas de los conflictos colectivos y las huelgas sanitarias que se vienen planteando en estos últimos meses en la sanidad pública. En consecuencia la labor que de ahora en adelante sean

⁷⁶ SSTJUE en que se resuelven los asuntos SIMAP (2000), Jäeger (2003), Pfeiffer (2004), Dellas (2005) y otras más recientes COMO Jan Vorell (2007).

capaces de efectuar las Administraciones sanitarias (con el concurso sindical) en la resolución de los problemas que plantea el escenario actual de la escasez de recursos sanitarios contribuirá a su vez a pacificar las reclamaciones del personal estatutario.

6. Redescubriendo medidas para paliar el déficit de personal

Primero la Comunidad Autónoma catalana y después la Comunidad de Madrid han optado por implantar (y hasta impulsar) el pluriempleo en el sector público sanitario como medida que contrarreste el creciente déficit de recursos personales en la sanidad pública. Se trata de introducir una excepción a la normativa de incompatibilidades del personal al servicio del sector público (tanto la Ley estatal 53/1984, de 26 de diciembre⁷⁷ como la Ley catalana 21/1987, de 26 de noviembre, de incompatibilidades del personal al servicio de la Generalidad⁷⁸) en aras al interés público justificado, en este caso por la necesidad de garantizar la debida atención sanitaria. Las nuevas medidas conocidas coloquialmente como «*doble empleo*» permiten el acceso a un segundo empleo de quien ya es personal adscrito al servicio público de salud. Por el momento la medida ha sido implantada con carácter temporal (por un periodo inicial de 3 años desde 2007 en Cataluña, con posibilidades de prórroga en atención a la evolución de las plantillas médicas) o no delimitando *a priori* su posible duración temporal (así ha sucedido por ejemplo en Madrid⁷⁹). Otras CCAA, como Castilla y León, ya han anunciado que implantarán en breve decisiones semejantes regulando una segunda jornada de los sanitarios en el sector público para hacer frente a la falta de personal en la sanidad pública.

Con esta medida se espera que los médicos, que mayoritariamente tienden a compatibilizar su empleo público con un segundo empleo en el sector privado, opten por compatibilizar su trabajo con el desempeño de dos empleos públicos que sean compatibles (ampliando las posibilidades de compatibilidad) o quizá se

⁷⁷ Según dispone el art. 3.1 de la norma, reguladora de las incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas.

⁷⁸ El art. 4 de la misma permite al personal comprendido en el ámbito de aplicación de la Ley 21/1987 ocupar un segundo puesto de trabajo o ejercer una segunda actividad en el sector público solamente si así lo exigiera el interés del propio servicio público. (BOE de 26 diciembre de 1987). Si bien la norma autonómica exige para la declaración de interés público del segundo cargo que así lo determine el Consejo ejecutivo y para este caso, para el personal médico que presta servicios en atención primaria, hospitalaria, sociosanitaria y de salud mental, lo ha decretado el Acuerdo de gobierno 115/2007, de 2 de octubre (DO de Cataluña de 19 de octubre). Aunque el acuerdo se refiere a determinadas especialidades en las que ya se observa la falta de personal (anestesiastas, pediatras, psiquiatras, radiólogos, ginecólogos y médicos en atención primaria) no se limita sólo a éstas.

⁷⁹ La medida fue adoptada en la Ley de acompañamiento a los presupuestos de 2008 de la Comunidad de Madrid, en este caso cita cuatro especialidades médicas deficitarias (pediatría, ginecología, obstetricia y anestesiología).

busca que aquellos otros sanitarios que no han tomado esa opción de trabajar en dos empleos (aproximadamente se calcula que será un 45% de los galenos y un número mayor de personal de enfermería y auxiliar) si así lo desean desempeñen durante algún tiempo dos puestos públicos. La medida es voluntaria y dicen las autoridades sanitarias de las CCAA en las que se ha puesto en marcha que es de carácter extraordinario pues permanecerá en vigor en tanto en cuanto haya una necesidad de garantizar la asistencia sanitaria ante la actual falta de personal.

Sin duda su atractivo está en el incremento remunerativo que recibirá el personal; en su contra pesará todo lo que le aleja de las medidas tendentes a la flexibilización de horarios. Por ejemplo, la conciliación de la vida personal y laboral (que encuentra referencias expresas en la LEM y EBEP) o, también, por lo que puede suponer de rebajamiento de la protección de la salud del trabajador (aunque si es posible compatibilizar el empleo privado con el público sin merma de la salud laboral también será posible que pueda compatibilizarse dos empleos públicos sin que supongan un deterioro de las garantías de salud del personal estatutario). En este segundo caso se habla sobre todo en términos de limitación de la jornada de trabajo. Por último, por los críticos de esta medida se cuestiona si se verá o no dañada la calidad de la asistencia sanitaria pública prestada, debido al exceso de jornada, o cómo se distribuirá la elección para el segundo empleo en otro centro (en términos de cercanía, alejamiento) y la carga asistencial. Por el breve tiempo en el que la medida lleva en vigor no se puede analizar si resulta acertada o no, los detractores inciden por el momento en su poca aceptación inicial por parte del personal (seguramente no se ha sabido diseñar con un efecto llamativo para los profesionales sanitarios); al tiempo que manifiestan que no es la solución (fetén) para resolver el problema de la falta de recursos humanos. Por otro lado, la actuación es aun muy incipiente, falta su concreta delimitación en cuanto al régimen de jornada y condiciones de trabajo y premio remunerativo, que sin duda será el principal atractivo que despierte al personal a apuntarse a esta clase de iniciativas.

Otras medidas ideadas por distintas CCAA, como por ejemplo Asturias o Navarra, pasan —casi siempre— por la reorganización de las jornadas y los horarios de trabajo. Por ejemplo la introducción de la jornada vespertina. En otros territorios se han alcanzado Acuerdos que regulan la cobertura de asistencia sanitaria mediante refuerzo y sustituciones en los equipos atención primaria en los periodos vacacionales o festivos, que es cuando debido al turismo interno crece la demanda sanitaria, es el caso de Valencia, llegándose a modelar una obligación del personal de doblar su jornada durante esos periodos anuales de mayor demanda⁸⁰ si no hay recursos humanos para efectuar contrataciones que cubran las necesidades de atención sanitaria. Esa medida también se establece en Cataluña donde se abona como atención continuada la doble jornada voluntaria-

⁸⁰ DOCV de 15 de abril de 2008.

mente realizada para sustituir al personal en periodo vacacional o por situación de incapacidad temporal.

Con carácter general se detecta una creciente demanda sanitaria de la población que, a su vez, exige una ampliación de los tiempos de atención médica de mañana y tarde. Ya sea de las consultas de especialistas, ya la utilización los quirófanos, mediante una jornada de trabajo se ajuste a las actuales necesidades sanitarias públicas.

7. Reflexión final

La falta de previsión de personal nos ha llevado a conocer en el último lustro una importante carencia de los recursos humanos en la sanidad pública. Todo indica que la situación puede ser mucho más grave en los próximos años. Evitar una mayor fisura está en manos de los gestores sanitarios, quienes están llamados a adoptar, con premura, todas aquellas medidas que impidan caer en escenarios que ya se conocen en otros países desarrollados (EEUU, Reino Unido o nuestro vecino Portugal).

La planificación de los recursos humanos es muy relevante, ésta ha de ser acometida en dos momentos: el formativo y el de la prestación de los servicios. Además esas medidas deberían ser tomadas de manera simultánea en el tiempo y de forma coordinada para todo el SNS (carece de sentido que se generen competencias entre las distintas autonomías cuando todas ellas tienen déficit de recursos humanos y conjuntamente deben lograr el incremento de personal sanitario). Para lograr incrementar el número de personal será necesario combinar diversas medidas, que no tienen por qué ser permanentes e inamovibles, sino que habrá que ir las corrigiendo a medida que se vaya evaluando su eficacia y utilidad.

La competencia entre sistemas sanitarios de distintos Estados es una realidad en Europa, África, Asia, Oceanía y América. Es un problema global. Todos los países pretenden atraer a su sistema sanitario público personal ya formado —muchas veces con dinero público— y eso ha de conllevar un coste para todos los territorios que ha de medirse tanto en términos sanitarios como en la merma que la pérdida del avance sanitario supone para el desarrollo. Por desgracia también esta situación contribuye a acrecentar el empobrecimiento de cualquier país. Desde los organismos internacionales (con los informes de la OMS a la cabeza) se nos muestra el daño que estas medidas provocan en el mundo en desarrollo. Quizá atraer por un Estado a personal sanitario formado en otro habría de conllevar el pago de una prima de cesión para quien lo pierde (más aun si se trata de un Estado con unidades muy reducidas o mínimas de sus modelos sanitarios públicos). Nuevamente a nivel territorial, en este punto, todos los Estados buscamos lo mismo: mantener una buena asistencia sanitaria para nuestros ciu-

dadanos y territorios respectivos (la mejor posible con los recursos económicos y avances tecnológicos del momento). Por ello, creemos que en el estado actual de pérdida de personal sanitario a nivel mundial las acciones nacionales deben combinarse con decisiones tomadas en marcos internacionales (que no despojen a la población de los países en desarrollo de sus posibilidades de crecimiento —siempre vinculado a las mejoras de la salud—, ni tampoco detraigan calidad asistencial a los países desarrollados).

El reto no es una tarea fácil. Sin duda afrontar con decisión este asunto supone un gran desafío para toda la Comunidad internacional para los próximos años que consiste en hacer atractivas las profesiones sanitarias. (Atracción que pasará por mejorar las retribuciones del personal sanitario, hacer más amables y flexibles las condiciones de trabajo, la racionalización de las jornadas, el mantenimiento del elemento vocacional...).

Bibliografía

- ALONSO OLEA, M. (1999): *Las prestaciones del Sistema Nacional de Salud*, Civitas, 2.^a ed., Madrid.
- BREÑOSA ÁLVAREZ DE MIRANDA, F. (2004): «La difícil delimitación entre la movilidad funcional, la modificación sustancial de condiciones del contrato y la movilidad geográfica del personal estatutario sanitario», *RGDTySS*, n.º 5, www.iustel.com, enero-marzo.
- CAIRÓS BARRETO, Dulce María (2006): «La ordenación del tiempo de trabajo del personal estatutario de los servicios de salud», *Rev. Derecho y Salud*, vol. Extra, n.º 2006.
- CES (2004): *Informe sobre la temporalidad en el empleo en el sector público*, n.º 03/2004. Aprobado en sesión ordinaria de 22 de diciembre de 2004.
- CLARK, P.F., STEWART, J.B. y CLARK, D.A (2006): «Globalización del mercado laboral de los profesionales de la sanidad», *Rev. Internacional del Trabajo*, vol. 125, n.º 1-2.
- DEFENSOR DEL PUEBLO (2004): *Informe de 2003*.
- FERNÁNDEZ PRATS, C. (2001): «Problemas aplicativos de la regulación de las guardias médicas», en *Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas* (vol. II), MTAS, Madrid.
- FERNÁNDEZ PRIETO, M. (2006): «La jubilación del personal estatutario de los servicios de salud. Aspectos significativos», *AL*, n.º 10, mayo.
- FONTINOPOULOU BASURKO, O. (2005): «Derecho social comunitario y jornada del personal sanitario. La revisión de la Directiva 93/104/CE sobre determinados aspectos de la ordenación de tiempo de trabajo», *Aranzadi Social* n.º 16, enero.
- GARCÍA PIQUERAS, M. (1996): *Régimen jurídico del personal al servicio de las instituciones sanitarias de la Seguridad Social*, CES, Madrid.
- GONZÁLEZ DEL REY, I. y MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P. (2006): «La ordenación del tiempo de trabajo del personal estatutario del Sistema Nacional de Salud», *RL*, n.º 20.
- GÓNZÁLEZ SALINAS, P. y otros (2005): *Comentarios a la Ley 55/2003, de 16 de diciembre*, Civitas.
- HERNÁNDEZ MARTÍN, A. (1997): *Régimen jurídico del personal sanitario no facultativo de instituciones sanitarias de la Seguridad Social*, Dykinson, Madrid.
- LÓPEZ ANIORTE, M.C. y GARCÍA ROMERO, B. (2001): «Incidencias de la Ley 30/1999, de 5 de octubre, sobre el régimen jurídico del cese del personal médico interino de la Seguri-

- dad Social», en *Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas* (vol. II), MTAS, Madrid.
- LÓPEZ TERRADA, E. y NORES TORRES, L.E. (2001): «Los riesgos de la inadecuada delimitación del personal estatutario eventual en la Ley 30/1999», en *Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas* (vol. II), MTAS, Madrid.
- MOLINA NAVARRETE, E. y C. (2004): «El nuevo marco de relaciones laborales del personal de los servicios de salud: las claves de su estatuto especial», *Revista de Trabajo y Seguridad Social-REF*, n.º 252, marzo.
- OMC (2004): *Informe en relación con la Ley 55/2003, de 16 de diciembre de Estatuto Marco del Personal estatutario de los servicios de salud julio de 2004*. Aprobado en sesión de 2 de octubre de 2004.
- PALOMAR OLMEDA, A. y SEMPERE NAVARRO, A.V., dir.; (2006): *Comentarios a la Ley 55/2003 del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud*, Aranzadi, Pamplona.
- PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. (2002): *La aplicación de la directiva 93/104 CEE al personal estatutario de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- RABANAL CARBAJO, P. (2000): «Tiempo de trabajo del personal estatutario de la Seguridad Social», en *Personal estatutario*, CGPJ, Madrid.
- DEL REY GUANTER, S. y GALA DURÁN, C. (2001): «El régimen estatutario frente a norma laboral de las instituciones sanitarias del INSALUD: razones y consecuencias de un largo e inacabado debate» en *Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas* (vol. II), MTAS, Madrid.
- SALA FRANCO, T. (2004): *El Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- SERRANO ARGÜELLO, N. (2008): «La ordenación del tiempo de trabajo desde la perspectiva del Derecho comunitario y su jurisprudencia. Especial atención a su repercusión en el sector sanitario», *Rev. Universitaria de Ciencias del Trabajo*, Universidad de Valladolid-Lex Nova, n.º 5.