

LA ORDENACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO DEL PERSONAL ESTATUTARIO: UN APUNTE ESPECÍFICO SOBRE EL SERVICIO ANDALUZ DE SALUD

CARMEN FERRADANS CARAMÉS

*Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social
Universidad de Cádiz*

EXTRACTO

Palabras Clave: Personal Estatutario, Tiempo de Trabajo

El personal sanitario de los hospitales públicos posee mayoritariamente un régimen jurídico estatutario, sujeto a la regulación establecida por el Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud. Las reglas del Estatuto en materia de jornada, permisos, licencias y descansos son particularmente importantes, dada la relevancia de conciliar la atención del servicio público sanitario con la protección de la seguridad y salud laboral de estos trabajadores. Además con ellas se pretende transponer al sector sanitario la Directiva comunitaria relativa a la regulación del tiempo de trabajo.

Particularmente importante resulta la distinción entre tiempo de trabajo efectivo, tiempo de presencia en el centro sanitario y tiempo de localización, la posibilidad de realización de jornadas complementarias y especiales, las reglas de jornada máxima y descansos, así como las reglas que regulan el disfrute de los permisos, licencias y vacaciones. A todo lo anterior hay que añadir en el ámbito andaluz el Acuerdo sobre Política de Personal, que introduce la institución novedosa de la jornada de continuidad asistencial, que requiere un estudio singularizado

ABSTRACT

Key Words: Statutory Staff, Working Time

The public hospitals' health workers statutory judicial regime is one way or another subscribed to the established regulation to the employees of the health sector's General Statute. Considering the Statute, working days, work permit, licensing, and day-offs statutory laws are quite important to care about work and family-life conciliation and protection of health at risk at work of those workers. Besides, the Fixed-Time Directive is intended to be transposed in the health sector with such measures.

Above all and quite important, we shall mention the difference between the number of hours of working days and days-off (for various reasons). Thus, taking into account real and effective work: full-time working days at the health care centre, commuting, allowance of complementary working-days, maximum time per working-day, etc, compared to days-off, work leave, licensing, and holiday period under the law that regulates these cases. Adding up, it shall be included the Andalusian Agreement on Employment Policy (*Acuerdo sobre Política de Personal*) that brings up the assistance work-day and which must be analysed.

INDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. DEFINICIÓN DE TIEMPO DE TRABAJO: PROBLEMAS DE SU APLICACIÓN AL SECTOR SANITARIO
3. MODALIDADES DE JORNADA DE TRABAJO
 - 3.1. Jornada ordinaria
 - 3.2. Jornada complementaria
 - 3.3. Jornada especial
 - 3.4. La situación específica andaluza: la reordenación de las guardias médicas y la creación de la continuidad asistencial
4. PAUSAS, DESCANSOS Y VACACIONES
5. PERMISOS Y LICENCIAS
6. CONCLUSIONES

1. INTRODUCCIÓN

La Ley 55/2003, de 16 de diciembre, alumbró el Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud (LEM), que fue adoptado con el “*objeto de establecer las bases reguladoras de la relación funcional especial del personal estatutario de los servicios de salud que conforman el Sistema Nacional de Salud*”¹. A ella hay que sumar la posterior publicación de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), que pretende ser la norma básica sobre la que se desarrollan las condiciones laborales de los funcionarios públicos, dado que desde hace tiempo la jurisprudencia optó por asimilar la relación del personal estatutario a la relación funcional, declarando como supletoria no la legislación laboral, sino la normativa de la función pública². Tanto en una como en otra Ley se regulan la jornada de trabajo, los permisos y las vacaciones de estos empleados públicos.

La Ley 55/2003³ se configura como la legislación básica sobre el personal estatutario de los servicios públicos de salud, de modo que las normas contenidas en la misma son susceptibles de desarrollo y ejecución por parte de las Comunidades Autónomas⁴, en relación con el personal estatutario de sus

¹ La LEM derogó el régimen estatutario configurado por los tres Estatutos de Personal precedentes, y por las disposiciones que los modificaron, complementaron o desarrollaron. En concreto el Decreto 3160/1966, de 23 de diciembre, para el Personal Médico, la OM de 26 de abril de 1973, para el Personal Auxiliar Sanitario Titulado y Auxiliar de Clínica (Personal no Facultativo de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social) y OM de 5 de julio de 1971, para el Personal no Sanitario.

² STS de 14 de octubre de 1996, Ar. 7624 y de 23 de febrero de 2000, Ar. 2235.

³ Cfr. Sobre el mismo GARCÍA MURCIA, J., y CASTRO ARGÜELLES, M.A., “El Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud: una presentación”, *Aranzadi Social*, nº21, 2004, pág. 1492 y ss.

⁴ Según la distribución competencial entre Estado y Comunidades Autónomas, el Estado tiene competencia exclusiva respecto de las bases y coordinación general de la sanidad (art.

respectivos centros de salud, y, además, pueden ser mejoradas a través de la negociación colectiva en el ámbito estatutario.

En lo no previsto por la LEM, o en las normas estatales o autonómicas aplicables al personal de cada servicio de salud, o en los pactos o acuerdos regulados por la LEM (arts. 78, 79 y 80), serán de aplicación las disposiciones y principios generales sobre función pública de la Administración correspondiente, en particular el EBEP, que al delimitar su ámbito de aplicación expresamente indica su operatividad sobre el personal estatutario de los Servicios de Salud⁵ (art. 2 EBEP).

En el marco de este entramado jurídico, que en los últimos cinco años ha sido sustancialmente modificado, se van a estudiar de forma singular algunos aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo del personal estatutario del Servicio Andaluz de Salud. Es por ello que se deberá tomar en consideración de forma importante, junto a las normas citadas, el Acuerdo entre el Servicio Andaluz de Salud y los sindicatos integrantes de la Mesa Sectorial de Sanidad en materia de política de personal para el período 2006-2008, firmado el 16 de mayo de 2006, el Acuerdo adoptado en el seno de la misma Mesa Sectorial de Sanidad, en materia de vacaciones, licencias y permisos, de 30 de diciembre de 2003, y el resto de normas de desarrollo adoptadas y aprobadas por la Junta de Andalucía.

2. DEFINICIÓN DE TIEMPO DE TRABAJO: PROBLEMAS DE SU APLICACIÓN AL SECTOR SANITARIO

Según el art. 46.2.c) de la Ley 55/2003 será tiempo de trabajo el período en el que el personal permanece en el centro sanitario, a disposición del mismo y en ejercicio efectivo de su actividad y funciones. Su cómputo se realizará de modo que tanto al comienzo como al final de cada jornada el personal se encuentre en su puesto de trabajo y en el ejercicio de su actividad y funciones. También se considerará jornada de trabajo los servicios prestados fuera del centro sanitario, siempre que se produzcan como consecuencia del modelo de organización asistencial o deriven de la programación funcional del centro.

149.1.16ª Constitución Española), la legislación básica de Seguridad Social (art. 149.1.17ª) y respecto de las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y de régimen estatutario de sus funcionarios (art. 149.1.18ª).

⁵ Salvo el capítulo II del Título III, relativo al derecho a la carrera profesional y a la promoción interna (excepto el art. 20, referido a la evaluación del desempeño que sí será de aplicación), los arts. 22.3 y 24, relativos a las retribuciones complementarias y el art. 84 sobre movilidad voluntaria en las Administraciones Públicas.

Esta definición coincide en esencia con la dispuesta por el artículo 2 de la Directiva 2003/88/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a la ordenación del tiempo de trabajo, que establece que el tiempo de trabajo es aquel período durante el cual el trabajador permanece en el centro de trabajo, a disposición del empresario y en ejercicio de su actividad o de sus funciones. El período de descanso, por exclusión, se define como todo período de tiempo que no sea tiempo de trabajo. En la Directiva no existe ninguna categoría intermedia, por lo que un período determinado sólo puede ser considerado tiempo de trabajo o de descanso.

Es necesario resaltar que, a estos efectos, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) ha considerado que las guardias con presencia física en el centro sanitario deben ser equiparadas a tiempo de trabajo, con independencia de que llegue a producirse efectivamente o no la prestación de servicios.

Esta es la doctrina emitida por el TJCE, en sentencias SIMAP y JAEGER, respectivamente de 3 de octubre de 2000 y de 9 de septiembre de 2003⁶. El TJCE afirma que los elementos característicos del tiempo de trabajo concurren únicamente cuando el personal está presente en el centro de trabajo, y no por el mero hecho de estar localizable, pues en este caso sólo debe entenderse como tiempo de trabajo el correspondiente a la efectiva prestación de servicios⁷ tras la producción de una llamada.

⁶ Cfr. la STJCE SIMAP vs Consejería de Sanidad y Consumo de la Generalitat Valenciana, As. C-303/98, de 3 de octubre de 2000, en la que se plantea al Alto Tribunal si cuando los médicos que realizan turnos de atención continuada (guardias), mediante los dos sistemas posibles: de localización y de presencia física, debe estimarse todo este tiempo como de trabajo o sólo aquél efectivamente invertido en la realización de la actividad para la que son llamados. Así como en el mismo sentido el Auto CIG vs el servicio Gallego de Salud, As.C-241/99, de 3 de julio de 2001. Asimismo, la STJCE JAEGER y KIEL, de 9 de septiembre de 2003, As. C-151/02, manifiesta que es preciso considerar que un servicio de atención continuada que efectúa un médico en régimen de presencia física en el hospital constituye en su totalidad tiempo de trabajo a efectos de la Directiva 93/104/CEE, aun cuando al interesado se le permita descansar en su lugar de trabajo durante los períodos en que no se soliciten sus servicios.

⁷ El TJCE en su sentencia SIMAP manifestó que “el tiempo dedicado a la atención continuada prestado por los médicos de equipos de atención primaria, bien mediante el régimen de presencia física en los centros sanitarios debe considerarse tiempo de trabajo en su totalidad y, en su caso, horas extraordinarias en el sentido de la Directiva 93/104. Por lo que respecta a la prestación de servicios de atención continuada por dichos médicos en régimen de localización sólo debe considerarse tiempo de trabajo el correspondiente a la prestación efectiva de servicios de atención primaria”. En la sentencia JAEGER se precisó que un servicio de atención continuada que un médico efectúa en régimen de presencia física en el hospital constituye en su totalidad tiempo de trabajo con arreglo a la Directiva, aun cuando al interesado se le permita descansar en su lugar de trabajo durante los períodos en que no se requieran sus servicios”. Secundando esta doctrina por la que los elementos característicos del tiempo de trabajo son las obligaciones de hallarse físicamente presente en el lugar determinado por el empresario y de permanecer a disposición de éste para poder prestar inmediatamente servicios en caso de necesidad, vid en la jurisprudencia española, entre otras, STSJ de Galicia, de 21 de marzo de 2001, Ar. 2128 y STSJ de Aragón, de 18 de marzo de 2002, Ar. 922.

Estos pronunciamientos tienen importantes consecuencias en determinados sectores de los distintos Estados miembros, esencialmente en el de la sanidad⁸, que requieren períodos de guardia regulares. Esto es así, porque antes de la sentencia SIMAP el concepto de tiempo de trabajo se solía interpretar en el sentido de que no exigía considerar como tiempo de trabajo las fases de inactividad durante el servicio de atención continuada, no equiparándose los períodos de atención continuada al tiempo de trabajo a que se refiere el artículo 2 de la Directiva. En algunos países miembros estaban en vigor disposiciones relativas a categorías intermedias entre estos dos conceptos, como la disponibilidad, las actividades de guardia, de permanencia, de desplazamientos⁹, etc.

El impacto de esta doctrina jurisprudencial, dado que ahora a igual tiempo de trabajo se llegará antes al umbral que delimita la duración máxima del tiempo de trabajo, lleva consigo en la mayoría de los Estados miembros, en sectores como el sanitario, la contratación de un número adicional de recursos humanos, el estudio de nuevas formas de trabajo en equipo multidisciplinar, la prestación, cuando sea posible, con profesionales sanitarios, no médicos, de determinados servicios, el rediseño de servicios en algunas áreas..., para prestar el mismo nivel de calidad¹⁰. Otra opción para eludir las importantes

⁸ Otros sectores en los que esta definición del tiempo de trabajo puede tener una fuerte incidencia son: los bomberos, la policía, trabajadores de la hostelería, cuidadores en internados, personal de residencias de ancianos, trabajadores ferroviarios o funcionarios de prisiones.

⁹ Cfr, a modo de ejemplo, en España, el RD 1561/1995, de 8 de septiembre, de jornadas especiales de trabajo, que en su artículo 8, limitado al sector del transporte, establece lo siguiente:

Se considerará en todo caso tiempo de trabajo efectivo aquel en el que el trabajador se encuentre a disposición del empresario y en el ejercicio de su actividad, realizando las funciones propias de la conducción del vehículo o medio de transporte u otros trabajos durante el tiempo de circulación de los mismos, o trabajos auxiliares que se efectúen en relación con el vehículo o medio de transporte, sus pasajeros o su carga. Siéndole aplicable la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo prevista en el artículo 34 del ET y los límites establecidos para las horas extraordinarias en el artículo 35.

Se considerará tiempo de presencia aquel en el que el trabajador se encuentre a disposición del empresario sin prestar trabajo efectivo, por razones de espera, expectativas, servicios de guardia, viajes sin servicio, averías, comidas en ruta o similares. Las horas de presencia no computarán a efectos de la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo, ni para el límite de las horas extraordinarias.

Además, se establece que los convenios colectivos aplicables a estos sectores determinarán, en cada caso, los supuestos concretos conceptuales como tiempo de presencia, no pudiendo exceder de 20 horas semanales de promedio en un período de referencia de un mes, y distribuyéndose con arreglo a los criterios que se pacten colectivamente, con el respeto debido a los períodos de descanso entre jornadas y semanal propios de cada actividad.

¹⁰ Por ejemplo, el Gobierno Alemán señala que, de conformidad con esta línea jurisprudencial, las necesidades de personal aumentarían en un 24% y que se necesitarían entre 15.000 y 27.000 médicos más, requiriendo, a su vez, unos costes adicionales de uso 1750 millones de euros. En el Reino Unido sería necesario contratar entre 6250 y 12550 médicos, situándose los costes adicionales entre 380 y 780 millones de libras esterlinas. En los Países Bajos se deberían

consecuencias que derivan de esta línea jurisprudencial, es extender la práctica del “*opt-out*” entre el personal sanitario, pero no se puede obviar, en primer lugar, que su aceptación debe ser siempre voluntaria y no todo este personal la querrá, y en segundo lugar que esta institución está inmersa en un controvertido proceso de debate, no estando garantizada su permanencia tras la revisión de la Directiva relativa a la ordenación del tiempo de trabajo¹¹.

Son varias las alternativas que, con el objeto de preservar los servicios esenciales y eludir unos efectos desproporcionados, podrían ser adoptadas al hilo de la revisión de la Directiva:

1.- Permitir que los Estados miembros puedan derogar las reglas que surgen de la jurisprudencia del TJCE sobre el cómputo del tiempo de trabajo durante las guardias. De este modo los distintos países podrían, a través de su legislación o de convenios colectivos, admitir que a diferentes niveles –nacional, local- se adoptaran fórmulas alternativas, como la definición de una proporción del tiempo de trabajo total en guardia como tiempo de trabajo. Esto permitiría más flexibilidad.

2.- Alterar el contenido de la Directiva, creando una nueva categoría de tiempo de inactividad del período de atención continuada, un período durante el cual el trabajador está trabajando a llamada, en una guardia, pero en el cual no es requerido para desarrollar sus actividades, siendo libre para dormir o descansar¹². Este tiempo no contaría como trabajo efectivo, a efectos de calcular el límite máximo de jornada o de delimitar los descansos a que se tienen derecho. Los Estados miembros, en este supuesto, deberían estar habilitados a determinar qué proporción del tiempo denominado inactivo debería ser computado, fijando por ejemplo una proporción estándar o dejando esta materia a la negociación colectiva

3.- Modificar la definición de tiempo de trabajo establecida en el artículo 2 de la Directiva, para aclarar que esta categoría no incluye los períodos en los

contratar a 10000 nuevos miembros del personal sanitario, lo cual representaría un coste adicional de 400 millones de euros. Existe un problema, además de financiero, de imposibilidad de encontrar a un número de candidatos suficiente con la cualificación necesaria para desempeñar estos servicios.

¹¹ Vid FERRADANS CARAMÉS, C., “La controvertida reforma de la Directiva relativa a la ordenación del tiempo de trabajo”, *Temas Laborales*, nº86, 2006, pág. 120.

¹² Esta es la opción por la que se decanta la modificación de Directiva aprobada el 9 de junio de 2008 por la Consejo Europeo, ya que introduce la categoría del tiempo de atención continuada, en el que el trabajador está disponible, en su lugar de trabajo, para desarrollar su actividad a la llamada del empresario y el período inactivo del mismo, en el que existe disponibilidad pero no actividad. Este último no se considerará tiempo de trabajo, a no ser que se prevea lo contrario en las legislaciones laborales nacionales. No obstante, hay que resaltar que esta modificación está pendiente de su aprobación por el Parlamento Europeo, por lo que se podría introducir alguna precisión adicional.

que el trabajador está trabajando a llamada, y no es requerido efectivamente para realizar sus obligaciones, teniendo libertad para descansar o dormir. Esto permitiría que la Directiva se interpretara de la misma forma que antes de que se emitiera la jurisprudencia resultante de las sentencias SIMAP y JAEGER, resolviéndose los problemas que surgen en la mayoría de los Estados miembros respecto, esencialmente, la atención de los servicios sanitarios.

Tras destacar cuáles son las opciones posibles, hay que prestar atención a la reacción efectivamente producida al hilo de la presentación por la Comisión de las propuestas de modificación de la Directiva relativa a la ordenación del tiempo de trabajo. La Comisión Europea plantea que los períodos de tiempo latente o inactivo durante el tiempo de guardia, en los que no se realiza un trabajo real y efectivo, no deben gozar del mismo nivel de protección que los períodos realmente activos. Por lo tanto, tales intervalos no deben ser equiparados a tiempo de trabajo. No obstante, esta iniciativa deja en manos de los Estados miembros la posibilidad de admitir lo contrario mediante la legislación nacional de cada uno, así como mediante la negociación colectiva entre los agentes sociales¹³.

De forma más concreta, la primera de las propuestas de la Comisión, fechada en septiembre de 2004, establece, con el objeto de eludir los efectos de la línea jurisprudencial surgida en los pronunciamientos reseñados¹⁴, dos nuevas definiciones, en adición a tiempo de trabajo y tiempo de descanso, el tiempo de atención continuada, en el que el trabajador tiene la obligación de permanecer en el lugar de trabajo, y el período inactivo del tiempo de atención continuada. En esta propuesta se dispone que el tiempo de atención continuada durante el que no se trabaje no contará como tiempo de trabajo, y sí el tiempo de atención continuada en el que el trabajador ejerce efectivamente su actividad o funciones. Lo expuesto presenta una laguna de gran envergadura, puesto que no se aclara cómo se mide el tiempo de trabajo en los períodos de atención continuada y en la práctica esta cuestión puede estar rodeada de una gran heterogeneidad.

El Parlamento Europeo, en oposición, aboga por la consideración del período inactivo de las guardias como tiempo efectivamente trabajado, aunque admitiendo que por Ley o convenio colectivo estos tiempos puedan ser computados de forma específica a efectos de la duración media semanal máxima de

¹³ Cfr. en este mismo sentido del informe del Comité de las Regiones, así como la Comisión de Industria, Investigación y Energía. En contra Comisión de Derechos de la Mujer e igualdad de Género, que entiende que permitiendo esto se dañan las políticas de conciliación de la vida laboral y familiar.

¹⁴ Vid sobre los efectos resaltados de forma detenida, PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., *La aplicación de la Directiva 93/104/CEE al personal estatuario de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, págs. 12 a 17.

48 horas. Consecuentemente, el Parlamento aboga por contabilizar todas las horas de guardia como tiempo de trabajo efectivo, pero simultáneamente admite un cómputo especial y diferenciado de aquellas horas de inactividad, por ejemplo determinándose que tres horas de guardia computadas corresponden a nueve horas reales de guardia, y siempre y cuando coetáneamente a esta medida se cumplan los principios generales de protección de la seguridad y salud de los trabajadores.

Tras estos primeros movimientos la Comisión, al presentar su segunda propuesta de modificación de la Directiva en mayo de 2005¹⁵, realiza ciertas precisiones. El período inactivo del tiempo de atención continuada no se considerará tiempo de trabajo, a menos que la legislación nacional o, de conformidad con la legislación o la prácticas nacionales, un convenio colectivo o un acuerdo entre interlocutores sociales dispongan de otro modo. Para aclarar esto último, se concreta que el período inactivo del tiempo de atención continuada podrá calcularse sobre la base de una media del número de horas o de una proporción del tiempo de atención continuada que tenga en cuenta la experiencia del sector de que se trate, en virtud de convenios colectivos o acuerdos entre los interlocutores sociales o previa consulta de éstos. Con ello se conseguirá que, dado que en los distintos sectores, profesiones y empresas existen condiciones distintas de aplicación del tiempo de atención continuada, por ejemplo pueden surgir diferencias en el sector hospitalario en función del tamaño de los hospitales o de las especialidades médicas, se adopten normas especiales, adaptadas a cada sector y actividad, que deberán establecer, fundamentalmente, las partes negociadoras de los convenios colectivos.

Asimismo, en la propuesta de la Comisión se concreta que los períodos efectivamente inactivos del tiempo de atención continuada no se tendrán en cuenta para el cálculo de los períodos de descanso (diario, semanal)¹⁶ que correspondan, lo que conlleva que se dote de gran relevancia a la delimitación del modo de escisión de estas dos categorías, el período activo y el inactivo del tiempo de atención continuada, en los convenios colectivos.

Posteriormente, el 20 de octubre de 2006¹⁷, se presentó nueva propuesta por el Consejo de la Unión Europea, que fijó una regulación más estricta de las

¹⁵ Cfr. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2003/88/CE relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, de 22 de septiembre de 2004 (COM 2004 607 final). Y Propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2003/88/CE relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, de 31 de mayo de 2005, (COM 2005 246 final).

¹⁶ Cfr. un análisis de relativo a los descansos desde la perspectiva comunitaria en LÓPEZ AHUMADA, J.E., *Evolución normativa de los descansos laborales*, MTAS, Madrid, 2005, págs. 120 a 125.

¹⁷ Consejo de la Unión Europea, expediente interinstitucional 2004/0209 (COD), de 20 de octubre de 2006. Acuerdo político de la presidencia finlandesa finalmente no aprobado.

condiciones de uso del “*opt-out*” y estableció un procedimiento de revisión (informes de aplicación, grupo de seguimiento, reexamen por los Estados miembros), al término del cual y no más tarde de seis años, la Comisión procedería, si fuera necesario, a elevar propuestas apropiadas para reducir las horas excesivas de trabajo, de cara a una gradual finalización del “*opt-out*”. No obstante, esta propuesta tampoco fue aprobada porque un grupo de países se oponía a que no figurase una fecha cierta para el final del “*opt-out*”.

En junio de 2008, tras este dilatado debate, se ha aprobado en el Consejo Europeo de Ministros de Empleo, por mayoría cualificada¹⁸, la propuesta de reforma de la Directiva, que aún debe recibir el respaldo del Parlamento Europeo. La Directiva establece como regla general que la semana de trabajo en la UE tendrá 48 horas como máximo. Si embargo, se permitirá que los Estados miembros puedan autorizar la superación de este límite, siempre que adopten las medidas necesarias para garantizar la protección efectiva de la seguridad y la salud de los trabajadores y ello esté previsto expresamente en la legislación nacional, previa consulta a los interlocutores sociales, o en convenio colectivo¹⁹. Cuando se cumplan las condiciones indicadas, empresario y trabajador, en virtud de acuerdos individuales, pueden alargar la jornada laboral hasta 60 horas semanales y hasta 65 horas en el caso de las guardias médicas, en ambos casos calculadas como media de un período de tres meses. Es más, se podrán superar las 60 y las 65 horas de trabajo semanal si hay acuerdo entre los interlocutores sociales o si así lo establece un convenio colectivo.

En relación al personal sanitario, se introduce el concepto de tiempo de atención continuada, en el que el trabajador está disponible, en su lugar de trabajo, para desarrollar, a petición del empresario, su actividad y el período inactivo del mismo, en el que existe disponibilidad, pero no actividad. Este último no será considerado tiempo de trabajo, a no ser que se prevea lo contrario en las legislaciones laborales nacionales o los convenios o acuerdos colectivos y podrá ser calculado sobre la base de una media del número de horas o de una proporción del tiempo de atención continuada que tenga en cuenta la experiencia del sector de que se trate, en virtud de convenios colectivos o acuerdos entre los interlocutores sociales o en virtud de la legislación nacional, previa consulta de dichos interlocutores²⁰. Como consecuencia de que

¹⁸ Dado que se han abstenido varios países de la UE, entre ellos España.

¹⁹ Según lo aprobado por el Consejo Europeo, que todavía está pendiente de segunda lectura por el Parlamento Europeo, cuatro años después de la entrada en vigor de la norma el Ejecutivo comunitario deberá elaborar un informe sobre la aplicación de las excepciones a la jornada laboral de 48 horas semanales, que podrá ir acompañado de propuestas para reducir el exceso de horas trabajadas.

²⁰ Cfr. Art. 2 bis de la propuesta de reforma de la Directiva 2003/88, presentada en junio de 2008 en el Consejo Europeo.

el período inactivo del tiempo de atención continuada, en principio, no es considerado tiempo de trabajo, no se tendrá en cuenta para calcular los períodos de descanso diario y semanal, a menos que se disponga lo contrario en un convenio colectivo o acuerdo entre interlocutores sociales o en la legislación nacional, previa consulta a los interlocutores sociales. Respecto a los descansos compensatorios, aplicables cuando se superen los límites máximos de jornada establecidos, se indica que podrán ser concedidos en un período de tiempo razonable, no necesariamente de forma inmediata, el cual será delimitado por las legislaciones nacionales, los convenios colectivos o el acuerdo entre empresario y trabajadores.

Resulta llamativo que con cualquiera de las alternativas propuestas no se secunda la jurisprudencia emanada del TJCE²¹. Al contrario, en este caso la legislación comunitaria conlleva una intervención correctora, para eludir el impacto negativo que la doctrina judicial puede tener sobre la suficiencia y calidad de los recursos humanos y los costes de determinados sectores productivos, fundamentalmente el sanitario.

En cualquier caso, los efectos de la modificación pueden ser muy importantes a la hora de delimitar el modo de ordenación del tiempo de trabajo en el sector sanitario y, por ello, aun teniendo presente la normativa vigente en la actualidad no se debe obviar cómo puede ser la futura definición del tiempo de trabajo y sus efectos sobre este sector.

3. MODALIDADES DE JORNADA DE TRABAJO

Mientras en el ámbito laboral como norma general se distingue entre dos modalidades de jornada: ordinaria y extraordinaria, en el ámbito del personal estatutario se regulan la jornada ordinaria, la complementaria y la especial²². Los artículos 47 a 49 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud regulan la denominada jornada ordinaria de trabajo, la jornada complementaria y el régimen de jornada especial. En adición el artículo 60 se refiere a la jornada parcial²³. Hay que

²¹ Cfr. en este sentido el Informe del Comité Económico y Social Europeo, que hace hincapié en este argumento y en que es necesario que las instituciones comunitarias al abordar esta revisión legislativa busquen un planteamiento compatible con el TJCE.

²² Cfr. Sobre la regulación del tiempo de trabajo del personal estatutario precedente a la Ley 55/2003, RABANAL CARBAJO, P., “Tiempo de trabajo del personal estatutario de la Seguridad Social”, en AA.VV., *Personal Estatutario de la Seguridad Social*, pág. 180 y ss. Así como MARÍN ALONSO, I., “Problemas jurisprudenciales en torno a la jornada del personal estatutario”, *Temas Laborales*, nº 43, 1997, págs. 102 y ss.

²³ Sobre esta posibilidad vid de forma detenida VÁZQUEZ BELTRÁN, A., “Tiempo de trabajo y personal estatutario de los Servicios de Salud: la problemática de la jornada a tiempo parcial”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº129, 2006, pág. 113 y ss.

resaltar que aunque el tiempo de trabajo y de descanso no figuraba entre los contenidos fundamentales que se atribuyeron²⁴ al Estatuto Marco, la LEM incluye en su articulado unas disposiciones mínimas en esta materia, fundamentalmente con el fin de garantizar la protección de la seguridad y salud del personal estatutario.

3.1. Jornada ordinaria

La jornada ordinaria de trabajo en los centros sanitarios se determinará en las normas, pactos o acuerdos, según resulte procedente en cada caso. A su vez, a través de la programación funcional del correspondiente centro se podrá establecer la distribución irregular de la jornada a lo largo del año (art. 47 LEM). El tiempo de trabajo correspondiente a la jornada ordinaria no excederá de 12 horas ininterrumpidas²⁵, si bien mediante la programación funcional de los centros se podrán establecer jornadas de hasta 24 horas para determinados servicios o unidades sanitarias, con carácter excepcional y cuando así lo aconsejen razones asistenciales u organizativas, debiendo en estos casos ampliarse los períodos mínimos de descanso ininterrumpido según se derive de los procesos de negociación con los representantes sindicales en el servicio de salud y “*con la debida antelación para hacerlos compatibles con las posibilidades de los servicios y unidades afectadas por los mismos*” (art. 51.1 LEM). Se trata de una medida excepcional, causal y para determinados servicios o unidades, aquellos en los que se realicen jornadas complementarias, es decir, servicios de atención continuada, a través de guardias de presencia física o localizada.

Por lo tanto, la concreción de la jornada ordinaria de trabajo se remite a la regulación derivada de la negociación colectiva de este peculiar tipo de funcionarios, según proceda, pacto o acuerdo, ya que entre las materias que serán objeto de negociación se cita la regulación de la jornada laboral, tiempo de trabajo y régimen de descansos (art. 80.2.e) LEM). Tales acuerdos deberán respetar las 12 horas máximas de jornada ordinaria con carácter general, así como el descanso mínimo entre una jornada de trabajo y la siguiente, sin que se establezca ningún período temporal de referencia.

A estos efectos se constituirá una mesa sectorial de negociación en cada servicio de salud, con presencia de los representantes de la correspondiente Administración Autonómica o servicio de salud y las organizaciones sindicales

²⁴ Vid, a estos efectos, el art.84 de la Ley General de Sanidad.

²⁵ Cfr. RODRÍGUEZ PASTOR, G., “Jornada de trabajo, permisos y licencias en la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto marco del personal estatutario de los servicios de salud”, Tribuna Social, nº 169, 2005, pág.21.

más representativas a nivel estatal y a nivel autonómico, así como las que hayan obtenido el 10% o más de los representantes en las elecciones para delegados y juntas de personal en el ámbito del servicio de salud (art. 79 LEM). A su vez hay que tener en consideración que de conformidad con la LEM, y la Directiva relativa a la ordenación del tiempo de trabajo que traspone, ningún trabajador puede superar las 48 horas de trabajo efectivo semanal en cómputo semestral (una vez sumadas la jornada ordinaria y la complementaria), a menos que el empleado exprese su consentimiento para ello.

Ahora bien, teniendo presente la propuesta de reforma de la Directiva relativa a la ordenación del tiempo de trabajo aprobada en junio de 2008 por el Consejo Europeo, se podrían producir importantes cambios. Ello es así, porque de conformidad con la misma, en primer lugar, se introduce el concepto de tiempo de atención continuada, en el que el trabajador está disponible, en su lugar de trabajo, para desarrollar, a petición del empresario, su actividad, y el de período inactivo del mismo, en el que existe disponibilidad pero no actividad, que no será considerado tiempo de trabajo, a menos que la legislación nacional o los convenios y acuerdos colectivos dispongan lo contrario. Y en segundo lugar porque, aún manteniéndose el límite máximo de tiempo de trabajo en 48 horas semanales, los Estados miembros podrán autorizar su superación, siempre que adopten las medidas necesarias para garantizar la protección efectiva de la seguridad y salud de los trabajadores y que ello esté expresamente previsto en la legislación nacional o en un convenio colectivo de nivel adecuado. En este caso, tal y como ocurre en la legislación comunitaria vigente, para que un empresario pueda requerir a un trabajador la superación de dicho límite debe obtener el consentimiento por escrito²⁶ del mismo (que estará rodeado de una serie de garantías). Cuando se cumplan los requisitos citados la duración máxima del trabajo será, en cada período de siete días, de 60 horas, a menos que se disponga otra cosa en convenio colectivo o acuerdo entre los interlocutores sociales, o de 65, en ausencia de convenio colectivo y cuando el período inactivo del tiempo de atención continuada se considere jornada laboral. En este último supuesto, si un Estado hace uso de esta posibilidad no podrá, simultáneamente, ampliar el período de referencia para el cálculo de los límites del tiempo de trabajo, sino que la duración máxima indicada deberá ser calculada como promedio de un período de tres meses²⁷.

²⁶ Cfr., sobre el régimen jurídico del “*opt-out*” el art. 22 1 bis de la propuesta de reforma de Directiva relativa a la ordenación del tiempo de trabajo, aprobada por mayoría cualificada por el Consejo Europeo en junio de 2008.

²⁷ Cfr. Arts. 22.1bis d) y 22 bis b) de la propuesta de reforma de la Directiva aprobada en junio de 2008.

No se puede obviar que las Directivas comunitarias, a diferencia de los Reglamentos, no requieren una regulación uniforme en todos los países comunitarios, sino que, una vez aprobadas, abren posibilidades a los países que las desarrollen, siendo factibles varias alternativas de transposición.

En España, la legislación vigente, la LEM, indica que la duración de la jornada ordinaria del personal estatutario será fijada en la negociación colectiva, debiendo respetar el límite de que no puede superar las 48 horas de trabajo efectivo semanal en cómputo semestral, a menos que cada trabajador individualmente exprese su consentimiento expreso para ello, lo que conlleva el desarrollo de la denominada jornada especial. Asimismo, el período en el que el trabajador estatutario desarrolla guardias de presencia física es equiparado por completo a tiempo efectivo de trabajo, a diferencia del período de guardias en régimen de localización, en el que sólo se contabiliza como tiempo de trabajo el efectivamente invertido en la realización de la actividad para la que es llamado el trabajador²⁸. Por lo tanto, si la propuesta de Directiva relativa a la ordenación del tiempo de trabajo es definitivamente aprobada por el Parlamento Europeo se abre la posibilidad a que la legislación española, en este caso el Estatuto Marco del personal estatutario, sea reformada en línea con la normativa comunitaria, si bien los algunos de los cambios que se pueden introducir son complejos. Esto es así, porque en nuestro país no se ha introducido en ningún momento el concepto de período inactivo del tiempo de atención continuada en las guardias presenciales, ni ha dejado de ser equiparado todo el tiempo de estas guardias a tiempo de trabajo; y el desarrollo de una jornada más extensa, que se traduce en la realización de la jornada especial en el ámbito del personal estatutario, está rodeado de requisitos más estrictos, particularmente en lo relativo a su duración, puesto que la misma será como máximo de 150 horas al año en 2013²⁹, lo que supone una cantidad menor que la prevista en la legislación comunitaria propuesta.

Finalmente, recordar que para determinar la duración de la jornada ordinaria del personal estatutario también hay que tener presente las medidas intro-

²⁸ A estos efectos, es importante la precisión, en caso de efectivo llamamiento, del modo de medición del tiempo de trabajo tanto del desplazamiento como de la asistencia que se preste, con la intención de que se compute como jornada efectivamente realizada a efectos del cómputo de jornada.

²⁹ Vid Disposición Transitoria Sexta de la LEM, si bien la medida dispuesta en esta Disposición aún está pendiente de ser aprobada de forma efectiva por el Gobierno mediante un Real Decreto. Actualmente se ha emitido un borrador de informe preceptivo por la Comisión de Recursos Humanos del Sistema Nacional de Salud sobre aplicación de este límite máximo de 150 horas de jornada especial, que propone una aplicación decreciente del número máximo de jornada especial que, de modo bienal, trienal o en plazos más amplios, se reduzca desde el máximo teórico de 1150 horas al año hasta las 150 horas por año a la finalización del período de diez años.

ducidas por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, que son aplicables a este personal a raíz de lo dispuesto por la Disposición Adicional 19 de la misma³⁰, pues se crean o se amplían varios supuestos de hecho en los que los trabajadores tiene derecho a solicitar una reducción de la jornada de trabajo. Por ejemplo, por razones de guarda legal, quien tenga a su cuidado directo algún menor de 12 años, de persona mayor que requiera especial dedicación o a una persona con discapacidad, que no desempeñe una actividad retribuida, tendrá derecho a la disminución de su jornada de trabajo, con la disminución proporcional de sus retribuciones³¹ o por enfermedad muy grave de un familiar en primer grado de consanguinidad o afinidad, mientras permanezca dicho diagnóstico y por el plazo máximo de un mes, el trabajador tendrá derecho a solicitar una reducción de hasta un 50% de la jornada con carácter retribuido.

3.2. Jornada complementaria

La jornada complementaria sustituye al anterior concepto de guardias médicas, estableciéndose que cuando se trate de prestación de servicios de atención continuada y con el fin de garantizar la adecuada atención permanente al usuario de los centros sanitarios, el personal de determinadas categorías o unidades de los mismos desarrollará una jornada complementaria en la forma que se establezca a través de la programación funcional del correspondiente centro (art. 48 LEM). Se trata de una jornada distinta a la ordinaria, pero no equiparable a la extraordinaria³², que se determina por la propia dirección de los centros sanitarios, en su programación funcional, lo que conlleva que pueda ser o no objeto de negociación con los representantes del personal.

La no equiparación de las horas de jornada complementaria con las de jornada extraordinaria ha sido una cuestión harto controvertida³³, discutida

³⁰ La Disposición Adicional Decimonovena de la citada Ley, introduce determinadas modificaciones al contenido de la Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública, que también son aplicables al personal estatutario.

³¹ En estos casos, según el Acuerdo alcanzado en el ámbito andaluz el 30 de diciembre de 2003, cuando se trate del cuidado de un menor de nueve años o de un disminuido físico, psíquico o sensorial que no desempeñe actividad retribuida y la reducción de la jornada lo sea de un tercio o de la mitad de la misma, se percibirá un 80 o 60 por ciento, respectivamente, de la totalidad de sus retribuciones tanto básicas como complementarias, con inclusión de los trienios.

³² Tal y como el propio art. 48.3 de la LEM se ocupa de precisar al señalar que la jornada complementaria no tendrá en ningún caso la condición de hora extraordinaria, lo que conlleva la inaplicación de los límites establecidos por el artículo 35 ET, ni una retribución o compensación específica.

³³ Vid GARCÍA PIQUERAS, M., *Régimen jurídico del personal al servicio de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social*, Consejo Económico y Social, 1996, pág. 256, que precisa que

judicialmente, y continuamente reivindicada por el colectivo estatutario. Y, a pesar de que el Estatuto Marco indica la no equivalencia de ambos tipos de jornada, no se pueden obviar ciertos pronunciamientos jurisprudenciales en sentido contrario, desde el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que en su sentencia SIMAP afirmó que el tiempo de guardia que requiera la presencia física del trabajador debe considerarse como tiempo de trabajo, y en su caso horas extraordinarias, hasta varias sentencias del Tribunal Supremo³⁴ que vienen a abundar en este posicionamiento.

Más allá de esta controversia, la duración máxima de la adición de la jornada ordinaria y la complementaria tiene un límite: 48 horas semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo semestral, salvo que mediante acuerdo, pacto o convenio se establezca otro cómputo. A causa de esta última indicación algunas de las cuestiones que rodean a la jornada complementaria pueden ser objeto de negociación entre la administración competente y las organizaciones sindicales más representativas en cada ámbito, por ejemplo el posible establecimiento de límites máximos anuales, mensuales o semanales, o regímenes específicos en atención a circunstancias personales del personal (embarazo, lactancia...)³⁵.

Ahora bien, al hilo de la modificación de la Directiva relativa a la ordenación del tiempo de trabajo pueden implantarse ciertos cambios en esta materia. Al introducirse el concepto de tiempo de atención continuada y de período inactivo del mismo, y no equipararse este último a tiempo efectivo de trabajo, a menos que dispongan lo contrario las legislaciones nacionales o convenios colectivos, resultará esencial el modo de delimitar la duración del período inactivo del tiempo de atención continuada. Según la última propuesta de modificación de la Directiva éste podrá ser calculado sobre la base de una media del número de horas o de una proporción del tiempo de atención continuada que

la guardia es un concepto específico, consistente en un exceso de jornada e independiente de ésta, con autonomía propia y que responde a los principios de obligatoriedad en su ejecución, por el contrario de la voluntariedad de las horas extraordinarias, sistema especial de descansos y régimen retributivo independiente del ordinario. Y en igual sentido MARÍN ALONSO, I., "Problemas jurisprudenciales...", pág.109.

³⁴ Cfr. STS de 12 de julio de 2004, Ar. 5945, así como STSJ de Canarias, de 30 de junio de 2005, Ar. 1796, y STSJ de Andalucía, sede de Sevilla, de 3 de marzo, 31 de marzo y 12 de mayo de 2004, respectivamente Ar. 463, 505 y 465.

³⁵ En el Servicio Andaluz de Salud, en el punto 2 del acuerdo de 30 de diciembre de 2003, podrán solicitar la exención de jornada complementaria tanto el personal médico de la asistencia especializada y primaria, como los diplomados en enfermería de atención primaria, cuando concurren alguna de las siguientes circunstancias: 1) trabajadores mayores de 55 años; 2) trabajadoras en estado de gestación; 3) trabajadores con hijos menores de un año; 4) trabajadores que tengan hijos con minusvalías o discapacitados y 5) trabajadores a los que por razón de enfermedad sea contraproducente para su estado de salud ampliar la jornada ordinaria.

tenga en cuenta la experiencia del sector de que se trate, en virtud de convenios colectivos o acuerdos entre los interlocutores sociales o en virtud de la legislación nacional, previa consulta de dichos interlocutores. Además, en caso de que un Estado miembro opte por asimilar el período inactivo del tiempo de atención continuada a tiempo de trabajo la consecuencia será que, cuando se cumplan las condiciones fijadas, empresario y trabajador podrán acordar que la duración máxima de la jornada podrá alcanzar las 65 horas semanales de promedio en cómputo trimestral, a menos que en convenio colectivo se disponga otra cosa. Otro efecto de la definición de tiempo de atención continuada y período inactivo del mismo es que como consecuencia de que este último, en principio, no es considerado tiempo de trabajo no se tendrá en cuenta para calcular los períodos de descanso diario y semanal, a menos que se disponga lo contrario en un convenio colectivo o en la legislación nacional, previa consulta a los interlocutores sociales.

Al margen de lo dispuesto de forma general sobre la duración máxima de la suma de las jornadas ordinarias y complementarias hay que tener en cuenta la singular situación de los médicos internos residentes (MIR). La Disposición Transitoria Primera del Estatuto Marco establece la adaptación progresiva de su jornada a la del resto del personal estatutario, implantando las siguientes normas: una jornada de 58 horas semanales de promedio en cómputo anual, entre el 1 de agosto de 2004 y el 31 de julio de 2007; 56 horas semanales de promedio en cómputo semestral, entre el 1 de agosto de 2007 y el 31 de julio de 2008; 48 horas semanales de promedio en cómputo semestral a partir del 1 de agosto de 2008. Además de la normativa comunitaria que traspone la Disposición Transitoria Primera LEM, hay que tener en cuenta lo aprobado en el RD 1146/2006, de 6 de octubre, por el que se regula la relación laboral especial de residencia (art. 5), ya que en principio el régimen de trabajo y descansos de los MIR será el que se establezca en cada servicio de salud a través del correspondiente convenio y, en su defecto, el establecido en normas legales, reglamentarias o pactadas para el personal estatutario de la especialidad que se curse, si bien siempre se deberá respetar el límite máximo de 37.5 horas semanales de promedio semestral, salvo que por acuerdo, pacto o convenio se establezca otro cómputo. Asimismo, el residente estará obligado exclusivamente a realizar las horas de jornada complementaria que el programa formativo establezca para el curso correspondiente. En todo caso, no podrá realizar más de siete guardias al mes (art. 5.1.c) RD 1146/2006).

3.3. Jornada especial

El artículo 49 de Estatuto Marco establece el denominado régimen de jornada especial, precisando que cuando la jornada complementaria fuera insu-

ficiente para garantizar la adecuada atención continuada y permanente, y siempre que existan razones organizativas o asistenciales que lo justifiquen, previa oferta expresa del centro sanitario, podrá fijarse una jornada especial, por encima de la duración máxima conjunta de las jornadas ordinaria y complementaria.

Será requisito imprescindible para ello que el personal manifieste por escrito, individualizada y libremente, su consentimiento para ello.

Se establece un límite total máximo de horas realizadas de acuerdo con esta jornada especial, concretamente de 150 horas al año. Este límite se aplicará de forma progresiva durante los diez años siguientes a la entrada en vigor de la LEM, en la forma que determine el Gobierno mediante Real Decreto, adoptado previo informe de la Comisión de Recursos Humanos del Sistema Nacional de Salud (Disposición Transitoria Sexta LEM). La aplicación progresiva de esta medida que repercute en la mejor protección de la seguridad y salud del personal sanitario, sin embargo, no ha sido abordada hasta el momento por el precepto reglamentario reclamado³⁶, siendo necesaria su efectiva aprobación para introducir un límite expreso de aquí a 2013, dado que su inexistencia permite que algunos servicios de salud interpreten que mientras no esté publicado este Real Decreto no existe una limitación del número de horas a realizar como jornada especial³⁷. Es más, en la propuesta de reforma de la Directiva relativa a la ordenación del tiempo de trabajo aprobada por el Consejo en junio de 2008 sí que se incluye un número máximo de horas de trabajo a la semana, 60 o 65, si bien calculado en cómputo trimestral, que deberá ser respetado tras la adición de la jornada ordinaria, complementaria y, en su caso, especial que efectúe el personal estatutario.

Dada la singularidad de esta jornada especial es necesario implantar medidas que procuren garantizar la efectiva voluntariedad del trabajador que presta su consentimiento a su desarrollo³⁸. Se debería establecer que el consentimiento no sea superior a un determinado plazo temporal, por ejemplo de un año, siendo, en su caso, renovable; que el consentimiento dado en el momento de la firma del contrato o durante el período de prueba se considera nulo y sin

³⁶ Hasta el momento se ha emitido un borrador de informe preceptivo por la Comisión de Recursos Humanos del Sistema Nacional de Salud sobre aplicación de este límite máximo de 150 horas de jornada especial, que propone una aplicación decreciente del número máximo de jornada especial que, de modo bienal, trienal o en plazos más amplios, se reduzca desde el máximo teórico de 1150 horas al año hasta las 150 horas por año a la finalización del período de diez años.

³⁷ Cfr., en este sentido, el documento del Servicio Andaluz de Salud sobre la "Ordenación de la Atención Urgente en el Servicio Andaluz de Salud", de 31 de enero de 2007.

³⁸ Vid, las modificaciones que se introducen con la propuesta de reforma de Directiva aprobada en junio de 2008 por el Consejo Europeo de Ministros de Empleo, fundamentalmente en el art. 22. 1 bis de la misma.

efecto, por los riesgos de denuncia modificativa que ello conlleva; que ningún trabajador puede sufrir perjuicio alguno por el hecho de no estar dispuesto a dar su consentimiento para efectuar dicho trabajo; que ningún trabajador puede trabajar más de un número máximo de horas en el transcurso de siete días; que el empresario debe llevar registros actualizados de todos los trabajadores que efectúan trabajos de este tipo y del número de horas efectivamente trabajadas; y que los registros mencionados deben estar puestos a disposición de las autoridades competentes, que podrán prohibir o restringir, por razones de seguridad o de salud de los trabajadores, la posibilidad de sobrepasar la duración máxima del tiempo de trabajo semanal.

En este sentido, la propuesta de reforma de la Directiva relativa a la ordenación del tiempo de trabajo aprobada por el Consejo Europeo en junio de 2008 señala que los Estados podrán autorizar la superación de las 48 horas semanales de trabajo, siempre que adopten las medidas necesarias para garantizar la protección efectiva de la seguridad y salud de los trabajadores y que ello esté expresamente previsto en la legislación nacional o en un convenio colectivo de nivel adecuado. En este supuesto, para que se pueda requerir a un trabajador la superación de dicho límite se debe obtener el consentimiento por escrito del mismo, de validez no superior a un año, renovable, siendo considerado nulo si se produce en el momento de la firma del contrato de trabajo o en las cuatro semanas siguientes. El trabajador no puede sufrir perjuicio alguno por negar su consentimiento o por retractarse del mismo, lo que puede hacer en los seis primeros meses posteriores a la firma del acuerdo, o durante el período de prueba especificado en su contrato y hasta tres meses después del final de dicho período, ateniéndose al que sea más largo de dichos plazos, pudiendo el empresario en este caso exigir un preaviso que no deberá ser superior a dos meses. Cuando se cumplan los requisitos citados la duración máxima del trabajo podrá ser, a menos que se disponga otra cosa en convenio colectivo, en cada período de siete días de 60 horas o de 65, cuando el período inactivo del tiempo de atención continuada se considere jornada laboral, calculadas, en ambos casos, como promedio durante un período de tres meses.

Todas estas propuestas tienen por objeto, fundamentalmente, garantizar que el consentimiento del trabajador sea exteriorizado por escrito, que no sea dado al inicio de la relación laboral o durante el período de prueba, que tenga validez durante un plazo limitado, fijar un límite máximo absoluto de horas de trabajo y obligar a mantener determinados registros.

Con todo ello el acuerdo entre el trabajador estatutario y la Administración sanitaria contratante se debería realizar por escrito³⁹, concretando su duración

³⁹ En el Servicio Andaluz de Salud, por ejemplo, se establece que la jornada especial podrá ser requerida, cuando existan razones organizativas o asistenciales que así lo justifiquen. En este

y, en su caso, el plazo de preaviso para su rescisión; obligando a la Administración a llevar registros⁴⁰ actualizados que contengan, esencialmente, una lista de los trabajadores que hayan aceptado esta posibilidad, la definición de las condiciones en las que el trabajador ha aceptado esta opción y la especificación del número de horas efectuadas por el trabajador para el empresario durante cada período de referencia desde la entrada en vigor del acuerdo; poniendo dichos registros a disposición de cualquier inspección; y poniendo a disposición de las autoridades competentes, a petición de éstas, la información que soliciten sobre cualquier caso en que un trabajador haya aceptado ampliar la duración de su tiempo de trabajo.

En la negociación colectiva también se podría precisar que la celebración de este pacto esté rodeada de una determinada forma, además de su carácter escrito, determinándose que en caso de inobservarse la forma prescrita se producirá una cierta consecuencia jurídica. La más extrema consistiría en decretar la nulidad del pacto mismo por no respetar lo dispuesto al efecto⁴¹, si bien otras podrían consistir en la imposición de infracciones administrativas que se tipificaran al efecto⁴².

Respecto a la renuncia, en el contenido de algún acuerdo autonómico en materia de recursos humanos se establece que la duración del pacto es anual, renovable por el mismo período, siendo posible renunciar al mismo en los 30 días previos a la fecha de vencimiento⁴³.

caso el Centro ofertará al profesional de manera expresa la posibilidad de superar la duración máxima conjunta de la jornada ordinaria y la complementaria, siempre y cuando el personal manifieste, por escrito, individualizadamente y libremente, su consentimiento a ello. Dicho consentimiento implicará por parte del profesional su compromiso de superar el límite legalmente previsto, fijar hasta cuánto estaría dispuesto a superarlo (este límite nunca podrá superar el que se determine por las normas específicas que en cada momento se regulen) y el tiempo de dicho compromiso, seis meses al menos, prorrogables automáticamente si ninguna de las partes lo denuncia con al menos 30 días de antelación a la fecha de vencimiento.

⁴⁰ Cfr. en referencia a los registros, MONTOYA MELGAR, A., "El tiempo de trabajo de los médicos de la Seguridad Social", *Tribuna Social*, n°135, 2002, pág. 12.

⁴¹ Tal y como ocurre en el ordenamiento jurídico español cuando se dota de unos efectos *ad solemnitatem* a la no celebración por escrito de un período de prueba o del pacto de horas complementarias ligado a un contrato a tiempo parcial indefinido.

⁴² A modo de ejemplo podemos traer a colación en el artículo 6.6 del Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, que establece que cualesquiera otros incumplimientos que afecten a obligaciones meramente formales o documentales serán tipificados como infracciones leves

⁴³ En el caso del SAS, el Acuerdo de Mesa Sectorial sobre condiciones laborales y retributivas para el médico de familia en plaza diferenciada de servicio de cuidados críticos y urgencias en el ámbito de atención especializada y para el médico de familia en plaza diferenciada de cuidados críticos y urgencias en el ámbito de atención primaria, de 30 de enero de 2007, establece que siempre que existan razones organizativas o asistenciales que así lo justifiquen, el Centro ofertará al profesional de forma expresa la posibilidad de superar la duración máxima conjunta

En cuanto a los registros, hay que precisar que sus normas reguladoras deben tener por objeto que la Administración sanitaria lleve un registro de las horas realmente efectuadas por el trabajador y no sólo una relación nominal de los trabajadores que hayan firmado tal declaración. Esto es corroborado por el hecho de que las autoridades competentes puedan prohibir o restringir la posibilidad de trabajar más de 48 horas a fin de proteger la salud y seguridad de los trabajadores⁴⁴, pues sólo es posible tomar una decisión de este tipo si se puede acceder al registro de las horas efectivamente trabajadas por las personas que hayan firmado la jornada especial.

Estos registros resultan esenciales para controlar el cumplimiento de otras disposiciones, por ejemplo el descanso diario, las pausas o el descanso semanal, dado que sino se dispone de ningún registro sobre el tiempo de trabajo efectivamente realizado por los trabajadores que firman la jornada especial, no se podrán verificar estos extremos. Como contrapunto, el problema que conllevan todas estas exigencias es la carga burocrática que pueden suponer para la Administración Sanitaria.

3.4. La situación específica andaluza: la reordenación de las guardias médicas y la creación de la jornada de continuidad asistencial

La jornada ordinaria en Andalucía viene fijada en el Decreto 553/2004, de 7 de diciembre, siendo de 1540 horas anuales en el turno diurno, 1483 en el turno rotatorio y de 1450 para el nocturno. La suma de la jornada ordinaria y la complementaria, en tanto en cuanto no cambie el marco legislativo comunitario y español, no puede superar dos límites: las 48 horas de trabajo a la semana en cómputo semestral y el descanso de al menos 12 horas entre dos jornadas de trabajo, para garantizar la salud de los trabajadores.

El último acuerdo andaluz en materia de personal es el adoptado el 16 de mayo de 2006 entre el Servicio Andaluz de Salud y los sindicatos integrantes de la Mesa Sectorial de Sanidad, CC.OO, CESAMTSE, CSI-CSIF y UGT, posteriormente ratificado por el Consejo de Gobierno y publicado en BOJA de 31 de julio de 2006.

En el mismo se introduce un nuevo modelo de atención urgente tanto en el ámbito de la atención primaria como de la atención especializada, que pretende

de la jornada ordinaria y la complementaria, siempre y cuando el personal manifieste, por escrito, individualizada y libremente, su consentimiento a ello. Dicho consentimiento implicará por parte del profesional su compromiso de superar el límite legalmente previsto, fijar hasta cuánto estaría dispuesto a superarlo y el tiempo de dicho compromiso, seis meses al menos, prorrogables automáticamente si ninguna de las partes los denuncia con al menos 30 días de antelación a la fecha de vencimiento.

⁴⁴ Cfr. En este sentido la Directiva 2003/88/CE.

coadyuvar a cumplir lo dispuesto por la Ley 55/2003 en materia de jornada y descansos, y que está en funcionamiento desde el uno de febrero de 2007.

La ordenación del tiempo de trabajo acordada presenta importantes novedades, puesto que junto a la jornada ordinaria y la complementaria se crea la denominada continuidad asistencial, que se desarrolla entre las 15 y las 20h, en días laborables de lunes a viernes, por el personal facultativo especialista de área de los Centros de Atención Especializada.

Este nuevo tipo de jornada será operativo en cada centro, servicio o unidad, tras decisión en reunión con las organizaciones sindicales firmantes del acuerdo en cada centro, y recibe una retribución específica. Todos los profesionales que a uno de febrero de 2007 vengán realizando guardias médicas, o hayan realizado o solicitado la realización de actividad adicional alternativa en los doce meses anteriores a la publicación del acuerdo en el BOJA, deberán prolongar la jornada hasta las 20 horas de lunes a viernes. Dicha prolongación será de una o dos tardes a la semana, en días laborables, según las necesidades de cada especialidad en cada centro, a propuesta de la Dirección del centro y oída la Junta Facultativa o Comisión de Participación⁴⁵.

De conformidad con este cambio en la distribución de la jornada, en función del tamaño del centro, la demanda asistencial y la cartera de servicios, oída la Junta Facultativa y de acuerdo con las orientaciones de la Dirección General de Asistencia Sanitaria, se planificará el número de profesionales y las correspondientes especialidades necesarios para la cobertura de la atención urgente del área hospitalaria desde las 20 horas hasta las 8 horas del día siguiente, de lunes a viernes, y durante las 24 horas los sábados, domingos y festivos, bien en régimen de presencia física o en régimen de disponibilidad, según los criterios que se negocien en Mesa Sectorial de Sanidad.

Según el acuerdo alcanzado, la cobertura de la jornada complementaria, de 20 horas a 8 horas, se realizará preferentemente con facultativos específicos en plaza diferenciada de la correspondiente especialidad, en jornada ordinaria, complementaria y especial en su caso. Sólo de forma excepcional se señala que dichos horarios podrán ser cubiertos por el propio personal de cada servicio o unidad, a través de la jornada complementaria y, en su caso, especial y que en aquellos Centros, Servicios o Unidades que por su dimensionamiento de plantillas o por las dificultades de selección de personal, resulte complejo la total

⁴⁵ Según el Acuerdo la Dirección de cada centro, a propuesta justificada del Jefe de Servicio o Unidad, con informe favorable de la Junta Facultativa o Comisión de Participación correspondiente, podrá proponer que otras especialidades o unidades que no realizan guardia médica, en principio estas son los Médicos de Familia en plaza diferenciada de Cuidados Críticos y Urgencias, Medicina Interna, Radiología, Pediatría, Obstetricia y Ginecología, Cirugía General y Digestivo, Anestesia y Reanimación, Cuidados Intensivos y Traumatología y Cirugía Ortopédica, puedan prolongar igualmente su jornada hasta las 20 horas de lunes a viernes.

aplicación de lo previsto en los apartados anteriores podrán establecerse otros turnos de trabajo, siempre con respeto a las limitaciones legales en cuanto a jornada y descanso vigentes.

De esta forma dentro de cada Unidad o Servicio se quiere diferenciar, por un lado, los facultativos que realizan la jornada ordinaria y, en su caso, la denominada continuidad asistencial y, por otro, los que efectúan la jornada complementaria, de 20 horas a 8 horas, y 24 horas los sábados, domingos y festivos.

Con esta reordenación se pretende, según el SAS, además de la mejora de la atención sanitaria que se presta en las urgencias, la facilitación de la aplicación del régimen de descansos de sus profesionales, compatibilizando el modelo de asistencia con la garantía de descanso de doce horas entre dos jornadas de trabajo y de que todo profesional que trabaje veinticuatro horas, sumando su jornada diaria ordinaria y la complementaria, descansará al día siguiente.

A su vez, con este sistema se procurará aumentar el número de consultas de especialidades en turno de tarde, de lunes a viernes, de 15 a 20 horas, así como los procedimientos diagnósticos e intervenciones quirúrgicas, y disminuir los tiempos de respuesta en los procesos de consulta. La aplicación de este acuerdo conllevará el incremento de plantilla de profesionales, y, por lo tanto, los costes derivados de la misma, dado que a todos los efectos el personal específico de las guardias es equiparado al resto de facultativos especialistas de área, pudiendo participar en los procesos de traslado a unas u otras plazas de su categoría y/o especialidad.

La reordenación tiene aspectos positivos, entre otros, el aumento del horario de las consultas permitirá recibir más pacientes y reducir las listas de espera, pero para ello los distintos servicios tienen que programar y dotar de contenido a las consultas del turno de tarde, pues antes durante ese horario sólo se realizaba la atención urgente y ahora el objetivo es más amplio; se incrementará el número de profesionales del SAS, y se les proporcionará más estabilidad, pues los antiguos contratos de guardias no equiparaban al contratante con el resto de facultativos especialistas de área⁴⁶; se garantizará el derecho al

⁴⁶ Cfr. Este tipo de contratos y su problemática en VÁZQUEZ BELTRÁN, A., “Tiempo de trabajo y personal estatutario de los servicios de salud...”, op.cit., págs. 119 y 120, que indica cómo antes de la adopción de la LEM existiendo necesidades asistenciales que reclamaban la posibilidad de que existieran nombramientos a tiempo parcial, fundamentalmente en el personal de refuerzo de las guardias y urgencias, no existía regulación de esta modalidad de jornada, y tipo contractual, para el personal estatutario, lo que provocaba que se usaran distintas modalidades de nombramientos temporales, de forma desviada, para cubrir puestos de trabajo que no participaban de ese carácter temporal. Por lo tanto, tradicionalmente, se han sustituido los nombramientos a tiempo parcial del personal estatutario en propiedad para cubrir estas necesidades por personal temporal de tipo eventual.

descanso de los profesionales, de modo acorde a la normativa comunitaria y española. Y aspectos negativos, entre otros, la limitación de un número determinado de profesionales al turno nocturno y al trabajo en festivos puede dificultar la conciliación de su vida laboral y familiar, y puede conllevar que su práctica profesional se limite, pues con el desarrollo de esa jornada sólo se atienden consultas urgentes y puede que no se recicle adecuadamente el profesional.

Todo lo que se ha expuesto conlleva determinados cambios en la jornada complementaria. La misma sólo la realizarán las categorías o unidades que con anterioridad a la entrada en vigor de este acuerdo ya venían realizándola, si bien se admite que previa negociación en las Mesas correspondientes se extienda esta posibilidad a otras categorías o unidades. Se crea el complemento de jornada complementaria, diferente del de continuidad asistencial, que sustituye al concepto de guardias médicas y se modifica la duración de las mismas, pues pasa a ser de 20 a 8 horas de lunes a viernes, y durante veinticuatro horas los sábados, domingos y festivos. La jornada complementaria ahora la efectuarán preferentemente facultativos específicos en plaza diferenciada de la correspondiente especialidad, en jornada ordinaria, complementaria y especial en su caso. Por lo tanto, se trata de Facultativos Especialistas de Área, con las mismas condiciones laborales y retributivas, pero con la diferencia de que realizarán su jornada de trabajo preferentemente en horario nocturno y/o fines de semana. Ahora bien, hay que tener presente que esos horarios también podrán ser cubiertos por el propio personal de cada servicio o unidad, a través de jornada complementaria y en su caso especial. Por lo demás, la regulación de las actuales guardias médicas se mantiene.

Las nuevas previsiones conllevan que un profesional realice la jornada ordinaria hasta las 15 horas, continuidad asistencial de las 15h a las 20 horas, y que, en principio, otro realizara la jornada complementaria de 20h a 8 horas del día siguiente. En caso de que las circunstancias del servicio o unidad⁴⁷ no permitan esta distribución de jornada entre profesionales y que sea el mismo el que continúe desde las 8 horas de la mañana hasta las 8 horas del día siguiente, se le tendrá que garantizar el descanso diario dispuesto en el artículo 51.2 del Estatuto Marco, donde se establece el derecho a un período mínimo de descanso ininterrumpido diario de doce horas entre el fin de una jornada y el comienzo de la siguiente. Es decir, en este supuesto al ser una jornada de 24

⁴⁷ El punto 5.2.9 del Acuerdo alcanzado en mayo de 2006, permite otros turnos de trabajo en aquellos centros, servicios y unidades que por su dimensionamiento de plantillas o por las dificultades de selección de profesionales, resulte complejo la total aplicación de los previsto en los apartados anteriores, siempre con el respeto a las limitaciones legales en cuanto a jornada y descanso vigentes.

horas, el período mínimo de descanso ininterrumpido debe ser incrementado en igual proporción. En este caso, eso sí, se deberá diferenciar la retribución correspondiente por la continuidad asistencial⁴⁸ y la que corresponde por la atención continuada.

4. PAUSAS, DESCANSOS Y VACACIONES

Los artículos 50 a 54 y 58 de la LEM regulan el régimen de descansos y el régimen de descansos alternativos del personal estatutario. Se regula la pausa durante la jornada, el descanso diario, semanal, las vacaciones anuales y los descansos alternativos al diario y al semanal.

Cuando la duración de una jornada diaria sea superior a seis horas continuadas, se establecerá una pausa o descanso durante la misma de, al menos, quince minutos, subordinándose el momento de disfrute de este período de descanso al mantenimiento de la atención de los servicios. Su consideración como tiempo de trabajo efectivo será “*en la forma que esté establecido por norma, pacto o acuerdo, según corresponda*” (art. 58.1 LEM). Del tenor literal de este precepto pueden extraerse dos interpretaciones, que se considere que es necesario que una norma, pacto o acuerdo se pronuncie expresamente acerca de la consideración de este período como tiempo de trabajo efectivo⁴⁹ o que se presuponga esta consideración y que sea la norma, pacto o acuerdo la que deba determinar la forma en la que se debe computar. La primera opción concuerda con lo establecido por el Estatuto de los Trabajadores y la Directiva relativa a la ordenación del tiempo de trabajo, mientras que la segunda podría sustentarse en el propio tenor literal del precepto del Estatuto Marco y en su contexto sistemático, ya que esta norma, *a sensu contrario*, sí que excluye de forma expresa la consideración como tiempo de trabajo efectivo de los períodos de descanso diario y semanal. A nuestro juicio, dada la especialidad de la normativa que regula al personal estatutario, este período será equiparado a tiempo de trabajo efectivo, a menos que una norma, pacto o acuerdo autonómico lo excluya⁵⁰. Por ejemplo, en el ámbito de la Comunidad Autónoma Andaluza no existe hasta el momento una norma, pacto o acuerdo que prevea algo al respecto, por lo que debemos entender aplicable lo establecido por el Estatuto Marco.

⁴⁸ Que respectivamente ascienden a 40 euros la hora y 17 euros la hora de lunes a viernes y 19 horas la hora los fines de semana (Acuerdo de 16 de mayo de 2006).

⁴⁹ En este sentido RODRÍGUEZ PASTOR, G., “Jornada de trabajo, permisos, ...”, *op.cit.*, pág. 23.

⁵⁰ El Acuerdo de 20 de julio de 2004, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba el de 30 de septiembre de 2003, de la Mesa Sectorial de Negociación de Sanidad, sobre el régimen de vacaciones, permisos y licencias del personal de centros e instituciones sanitarias del Servicio Andaluz de Salud, no dispone nada sobre los pausas o descansos de este personal.

Respecto al descanso diario, entre jornadas, en aplicación de lo dispuesto de forma genérica por el Estatuto Marco, será de doce horas ininterrumpidas (art. 51.2 LEM). No obstante, podrá verse reducido en determinados supuestos justificados, en primer lugar, en el caso del trabajo a turnos, cuando el personal cambie de equipo y no pueda disfrutar del descanso diario entre el final de la jornada de un equipo y el comienzo de la jornada del siguiente, y en segundo, cuando se sucedan una jornada de trabajo ordinario con horas de jornada complementaria o especial. En estos casos se deberá aplicar el régimen de descansos alternativos establecidos en el artículo 54 LEM. Además, si se ha establecido una jornada de hasta 24 horas, el período mínimo de descanso ininterrumpido deberá ser ampliado en la misma proporción.

El descanso semanal tendrá una duración de 24 horas, que se adicionarán al descanso diario de 12 horas entre jornadas diarias, y será computado en un período de referencia de dos meses (art. 52 LEM). En caso de que no se pueda disfrutar este descanso, si bien en este supuesto expresamente no se exige la concurrencia de unas determinadas causas, también se aplicará el régimen de descansos alternativos, cuya duración no podrá ser inferior a la reducción experimentada. En concreto, se presume que la compensación se produce cuando en cómputo trimestral se haya disfrutado un promedio semanal de 96 horas de descanso, incluyendo los descansos semanales disfrutados y computando para ello todos los descansos de duración igual o superior a doce horas (art. 54. 2 LEM)⁵¹.

El cómputo trimestral, dada la ausencia de criterio alguno al respecto, debe extenderse en el resto de casos en lo que se puedan compensar los descansos de forma alternativa⁵². En esta materia es necesario tener presente lo dispuesto por la normativa comunitaria, pues, en lo relativo a los descansos compensatorios derivados de superar los límites fijados, la propuesta de reforma de la Directiva relativa a la ordenación del tiempo de trabajo aprobada en junio de 2008 prevé que el descanso compensatorio equivalente que ha de disfrutar el trabajador tendrá lugar en un tiempo razonable, que se determinará de conformidad con la legislación nacional o con los convenios o acuerdos colectivos, lo que abre la posibilidad a que los Estados miembros adopten distintas soluciones de forma justificada.

Los períodos de descanso diario y semanal, a diferencia de la pausa entre jornadas, e incluyendo a los de compensación alternativa, no tendrán en ningún

⁵¹ Las 96 horas son el resultado de la suma de los descansos mínimos diario y semanal (12 horas por 6 días más 24 horas).

⁵² Cfr. En este sentido GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, I., y MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., "La ordenación del tiempo de trabajo del personal estatutario del Sistema Nacional de Salud", Relaciones Laborales, nº20, 2006, pág. 513.

caso la consideración de tiempo de trabajo efectivo, ni podrán ser tomados en cuenta para el cumplimiento de la jornada ordinaria, con independencia del momento de su disfrute (art. 58.2 LEM).

Resulta relevante, en lo relativo al descanso diario y semanal, lo señalado por la propuesta de reforma de la Directiva relativa a la ordenación del tiempo de trabajo aprobada en junio de 2008, pues en la misma al introducirse el concepto de período inactivo del tiempo de atención continuada, se precisa que el mismo no se tendrá en cuenta para calcular los períodos de descanso diario y semanal, a menos que se disponga lo contrario en un convenio colectivo o acuerdo entre los interlocutores sociales o en la legislación nacional, previa consulta a los interlocutores sociales. En la legislación española no está en vigor una disposición que conlleve la consecuencia señalada. Ahora bien, si la Directiva es definitivamente aprobada en el Parlamento Europeo, será importante la opción de transposición que elija nuestro país, pues como se puede comprobar son amplias las consecuencias derivadas de la introducción del concepto de tiempo de atención continuada y del período inactivo del mismo.

En lo que se refiere a las vacaciones, la Ley reconoce el derecho del personal estatutario al disfrute de un tiempo no inferior a 30 días naturales de vacaciones anuales retribuidas. Esta duración se verá proporcionalmente reducida en función del tiempo de servicios (inferior al año). Corresponde a la programación funcional del correspondiente centro establecer las reglas sobre el período(s) de disfrute de las vacaciones anuales. Y este período no podrá ser sustituido por una compensación económica más que en el caso de finalización de la prestación de los servicios (art. 53 LEM).

El régimen jurídico de las vacaciones establecido por el Estatuto Marco exige un desarrollo en el ámbito autonómico, dada su parquedad. Será habitual encontrar acuerdos autonómicos, en materia de vacaciones y permisos, que aborden cuestiones como la solicitud y fijación del calendario⁵³, o el régimen de fraccionamiento de las vacaciones⁵⁴.

En Andalucía, por ejemplo, en diciembre de 2003 se concluyó un Acuerdo, en materia de vacaciones, licencias y permisos, en la Mesa Sectorial de Negociación de Sanidad, que fue refrendado por el Consejo de Gobierno de 20 de julio de 2004.

⁵³ En los Acuerdos de Cantabria de 2004 se considera período ordinario de vacaciones el comprendido entre el 1 de junio y el 30 de septiembre, precisándose que el disfrute de vacaciones en este período debe solicitarse antes del 15 de abril, aprobándose y publicándose el correspondiente calendario de vacaciones antes del 30 de ese mes. El disfrute del período de vacaciones fuera del período ordinario debe solicitarse con 15 días de antelación y su autorización está condicionada a las necesidades del servicio. Si la solicitud de vacaciones no se resuelve en el plazo de 15 días se entenderá autorizada. En caso de que se deniegue el período solicitado deberá hacerse constar las causas.

⁵⁴ El Acuerdo de Andalucía de diciembre de 2003 permite dos períodos de vacaciones.

En este Acuerdo se aclaran diversas cuestiones relacionadas con el disfrute de las vacaciones.

Así, respecto a la duración, el personal tendrá derecho a una vacación retribuida cuya duración será de un mes natural, sin que en ningún caso pueda ser inferior a los 30 días naturales que indica el Estatuto Marco. Con la referencia al mes natural se posibilita que se disfrute un mes de vacaciones que conste de 31 días y no 30⁵⁵. Cuando el período de disfrute de las vacaciones no coincida con un mes natural se computarán 30 días naturales contados a partir del inicio del período. Además, en función de la antigüedad, para el personal con plaza en propiedad en el momento de la generación del derecho, y con independencia de que en el cómputo de los años se tengan en cuenta, en su caso, los servicios prestados con anterioridad a la adquisición de la plaza en propiedad, se establecen unos días adicionales de vacaciones⁵⁶. Estos días adicionales tendrán la consideración de trabajados a efectos del cómputo de la jornada ordinaria anual, sin que pueda entenderse que el disfrute de los mismos genera un incremento de jornada.

En cuanto a los períodos de disfrute, el Acuerdo andaluz señala como regla general que el disfrute de las vacaciones lo será de manera ininterrumpida. No obstante, las vacaciones se podrán fraccionar como máximo en dos períodos sin que la suma de ambos sobrepase 26 días laborables, considerándose entre ellos los sábados, aunque por el turno asignado corresponda descansar⁵⁷. Excepcionalmente, se podrá disfrutar un tercer período de vacaciones con los días adicionales de vacaciones correspondientes por la antigüedad⁵⁸.

En relación al período de disfrute de las vacaciones en el Acuerdo reseñado también se precisan determinados supuestos en los que se establecen preferencias para elegir turnos de vacaciones. El de los trabajadores que tengan hijos en edad escolar obligatoria, que tendrán preferencia para disfrutar sus vacaciones en período coincidente con las vacaciones escolares y el de los trabajadores casados o miembros de parejas de hecho que figuren como tales en el debido

⁵⁵ Caso de que se solicitara el disfrute de las vacaciones en el mes de febrero, se disfrutarán sus 28 o 29 días, y a éstos se sumarán los días naturales del mes de marzo que sean necesarios hasta completar 30 días naturales.

⁵⁶ Concretamente según el art. 6.1.3 del Acuerdo, cuando se acrediten quince años de antigüedad, 1 día hábil más. Veinte años de antigüedad, 2 días hábiles más. Veinticinco años de antigüedad, 3 días hábiles más. Treinta o más años de antigüedad, 4 días hábiles más.

⁵⁷ Art. 6.3 del Acuerdo, el fraccionamiento de las vacaciones se hará a petición del interesado y su concesión se adaptará a los criterios que se establezcan entre los Equipos de Dirección y de las Secciones Sindicales del centro con representación en la Mesa Sectorial, de acuerdo con la programación funcional del centro.

⁵⁸ Cuando así lo aconsejen razones organizativas o asistenciales para el adecuado mantenimiento de la actividad de los centros, previa resolución motivada del órgano competente.

Registro, cuyos cónyuges o convivientes presten servicios en el Servicio Andaluz de Salud, que tendrán derecho a condicionar su solicitud al otorgamiento de idéntico período para ambos, teniendo preferencia sobre el resto del personal en el caso de que el cónyuge o pareja no pueda disfrutar de las mismas⁵⁹.

De forma específica se tiene en consideración el período de disfrute de las vacaciones del personal que se jubile o pase a excedencia voluntaria. Éstos deberán disfrutar, en su caso, la parte proporcional de vacaciones que corresponda antes de la fecha en la que esté prevista la baja. Si se producen estas situaciones sin mediar petición de vacaciones por parte del trabajador, perderá todo derecho a las mismas y no procederá compensación económica en la liquidación que se practique⁶⁰.

Respecto al momento de disfrute de las vacaciones, se establece que las mismas se disfrutarán preferentemente durante los meses de julio, agosto y septiembre. Ahora bien, de forma flexible, se permite que voluntariamente se puedan tomar las vacaciones en otros meses del año, conforme a lo que establece la programación funcional del centro⁶¹.

El procedimiento a seguir para la concesión de vacaciones también viene precisado en el Acuerdo citado. El trabajador deberá solicitar las vacaciones por escrito, utilizando el modelo normalizado disponible en su unidad o servicio, en el mes de abril. A la vista de las solicitudes y teniendo en cuenta los acuerdos a que pueda llegar el personal de cada categoría profesional, en cada Unidad o Servicio se elaborará un calendario vacacional, siempre que tales acuerdos se ajusten a la normativa y se preserve la funcionalidad de las unidades. En caso de no existir acuerdo se sorteará el mes a elegir, estableciéndose un sistema rotatorio que servirá de base para años sucesivos. El órgano competente, las Direcciones Gerencias de Hospitales y Áreas de Gestión Sanitaria, Direcciones de Distritos y Direcciones de Centros de Transfusión Sanguínea, aprobará o denegará las propuestas de las distintas unidades o servicios con una antelación mínima de quince días a la fecha prevista para su disfrute. La denegación será motivada y, en su caso, los interesados podrán entender estimada su solicitud por silencio administrativo⁶². Tras todo este

⁵⁹ Respectivamente artículos 6.4.3 y 6.4.4. del Acuerdo.

⁶⁰ De conformidad con el artículo 6.5.2. in fine del Acuerdo, si por no conocerse la fecha de la baja con antelación suficiente se hubiera disfrutado un mes entero de vacaciones o más días de los que proporcionalmente le correspondiesen, se deducirán en la liquidación pertinente los haberes correspondientes a los días de vacaciones disfrutados en exceso.

⁶¹ Artículo 6.4.1. del Acuerdo.

⁶² En cada centro se constituirá una Comisión de Seguimiento formada por la Dirección del Centro y las Secciones Sindicales presentes en Mesa Sectorial, que velará por el cumplimiento del Acuerdo en materia de vacaciones y donde se presentará el plan de vacaciones anual.

proceso, en cada Centro se elaborará un plan de vacaciones donde se reflejen los períodos vacacionales autorizados y/o denegados a cada trabajador/a, incluyendo el motivo de la denegación.

Otra cuestión que se plantea en el Acuerdo reseñado es la coincidencia de las vacaciones con la incapacidad y la maternidad. Es esta una materia cada vez más presente en la negociación colectiva y reflejo de ello es la previsión que se resalta. En estos casos lo normal es que se diferencien dos supuestos de hecho: 1) La concurrencia de la incapacidad o de la maternidad antes del inicio del período de disfrute de vacaciones y su persistencia al llegar este momento y 2) La enfermedad, accidente o maternidad una vez iniciadas las vacaciones.

En la primera hipótesis planteada, el Acuerdo aplicable al personal estatutario del Servicio Andaluz de Salud⁶³ señala que el trabajador tendrá derecho a solicitar un nuevo período, quedando las vacaciones aplazadas hasta que se produzca el alta, teniendo como fecha límite de disfrute el 31 de diciembre del año en curso. A estos efectos, hay que tener en cuenta que legalmente, a partir de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, se permite que el disfrute de las vacaciones incluso sea trasladado al año natural siguiente. Por ello, ha de entenderse que han devenido ilegales aquellas cláusulas, como la indicada, que exigen su disfrute dentro del año natural⁶⁴.

En la segunda de las hipótesis descritas el Acuerdo diferencia entre el sobrevenimiento de la incapacidad temporal o de la maternidad durante las vacaciones⁶⁵. Así, la situación de incapacidad temporal no interrumpirá el disfrute de las vacaciones, que continuará hasta la extinción del período previamente autorizado. Mientras que si durante las vacaciones se produce el nacimiento de un hijo/a, adopción o acogimiento permanente o preadoptivo de un menor, su disfrute podrá quedar interrumpido y reanudarse tras la finalización del descanso por maternidad, teniendo como fecha límite de disfrute de las mismas el 15 de enero del año siguiente, y debiendo acreditarse la baja derivada del nacimiento mediante certificación del mismo o resolución judicial o administrativa de adopción o acogimiento. Debe reiterarse en este caso la precisión ya advertida sobre la ilegalidad, tras la entrada en vigor de la Ley de Igualdad efectiva entre mujeres y hombres, de las cláusulas que exijan el disfrute de las vacaciones durante el año curso o como en este caso hasta el 15 de enero del año siguiente.

⁶³ Artículo 6.5.5 del Acuerdo.

⁶⁴ Cfr., en este sentido la Resolución de la Dirección General de Personal y Desarrollo Profesional 2851/2007, de 3 de octubre, por la que se modifica el manual de normas y procedimientos en materia de vacaciones, permisos y licencias del personal de centros e instituciones sanitarias del SAS por la LIMH.

⁶⁵ Artículo 6.5.4. del Acuerdo.

Una última cuestión que resulta interesante que sea abordada por los Acuerdos autonómicos, dada la ausencia de regulación legal Estatal al efecto, es la relativa al modo de determinación de la retribución que ha de percibirse durante las vacaciones en el supuesto de que el empleado haya tenido distintos regímenes de dedicación horaria en el período de referencia. En el Acuerdo andaluz, por ejemplo, se precisa que la retribución será la correspondiente al régimen de dedicación del momento de disfrute⁶⁶. Una alternativa a esta opción sería hallar el promedio de retribución obtenido por el trabajador en un período anterior prefijado.

5. PERMISOS Y LICENCIAS

El Estatuto Marco contiene el régimen de fiestas y permisos del personal estatutario, precisando que el mismo tiene derecho a disfrutar de las fiestas y permisos que se fijan en el ámbito de cada una de las Comunidades Autónomas (art. 61 LEM). Respecto a los permisos se hace referencia a dos supuestos principales, uno de ellos referido a la aplicación de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de conciliación de la vida laboral y familiar de las personas trabajadoras⁶⁷ y el otro habilitando la norma estatutaria a las Comunidades Autónomas para que, en el ámbito de sus respectivas competencias, puedan conceder permisos en relación con dos tipos de supuestos: 1) con motivo de la realización de estudios o para asistencia de cursos formación o especialización que tengan relación directa con las funciones de los servicios sanitarios e interés relevante para el servicio de salud. En este caso los permisos podrán ser retribuidos total o parcialmente y podrá exigirse como requisito previo para su concesión el compromiso del interesado de continuar prestando servicios en la misma institución, centro, área o servicio de salud, durante los plazos que se establezcan, es decir, se puede establecer una especie de pacto de permanencia, cuyo incumplimiento implicará, a modo de indemnización, la devolución por parte del interesado de la parte proporcional que resulte procedente de las retribuciones percibidas durante el permiso; 2) con motivo de la asistencia a cursos o seminario de formación o para participar en cursos de cooperación internacional o en actividades y tareas docentes o de investigación sobre materias relacionadas con la actividad de los servicios de salud. En este supuesto, el permiso podrá ser parcialmente retribuido o no retribuido.

⁶⁶ Artículo 6.5.6. del Acuerdo.

⁶⁷ Cfr. En el ámbito Estatal el artículo 30 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de reforma de la Función Pública, así como el RD 180/2004, de 30 de enero, que adopta medidas para la conciliación de la vida laboral y familiar en relación con el disfrute a tiempo parcial de los permisos incluidos en el art. 30.3 de la Ley 30/1984.

De forma genérica, los permisos y licencias serán de aplicación tanto al personal fijo como al temporal, salvo que en alguno, de forma justificada, se establezca lo contrario.

En esta materia, en función de la aplicación al personal estatutario del régimen de la función pública en los últimos años encontramos varias novedades. En primer lugar, hay que tener en cuenta la adopción del denominado “Plan Concilia”, Resolución de 20 de diciembre de 2005, por el que se dictan instrucciones sobre jornada y horarios del personal civil al servicio de la Administración General del Estado, que es un desarrollo de la precedente Orden del Ministerio para las Administraciones Públicas 3902/2005, de 15 de diciembre, que recoge diversas medidas para mejorar la conciliación de la vida laboral y familiar en las Administraciones Públicas y contra la violencia de género y que supone el reconocimiento del Acuerdo al que se llegó en la Mesa General de Negociación, entre la Administración General del Estado y las organizaciones sindicales UGT, CSI-CSIF y SAP, por el que se establecen medidas retributivas y para la mejora de las condiciones de trabajo y la profesionalización de los empleados públicos. Y en segundo lugar, hay que tener en consideración la entrada en vigor de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre mujeres y mujeres (LIMH) y de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico de la Función Pública (EBEP), que introducen innovaciones y/o modificaciones de cierto calado.

El ámbito de aplicación subjetivo del Plan Concilia abarca tanto al personal funcionario como al personal laboral, ¿quiere ello decir que queda excluido del mismo el personal estatutario?. A nuestro juicio, no cabe una interpretación de este tipo, puesto que el capítulo I de la LEM, en su artículo 1, indica que esta Ley tiene por objeto establecer las bases reguladoras de la relación funcional especial del personal estatutario de los servicios de salud que conforman el Sistema Nacional de Salud, a través del Estatuto Marco de este personal. El hecho de que a este personal se le diferencie del resto de funcionarios públicos, se justifica por la necesidad de elaborar una Ley específica, que se ajuste a las peculiaridades del Sistema Nacional de Salud, por lo que el personal estatutario no puede ser excluido de las mejoras sociales o de conciliación de la vida laboral y familiar que se concedan a los empleados públicos. En todo caso su regulación puede ser objeto de modulaciones en atención a sus singularidades.

Entre otras mejoras el Plan Concilia introduce medidas tales como: la ampliación a tres años del período máximo de excedencia al que tienen derecho los empleados públicos para el cuidado de cada hijo o familiar a su cargo, hasta el segundo grado de consanguinidad, reservándose durante los dos primeros años el mismo puesto de trabajo y garantizándose a partir del tercero un puesto en la misma localidad y de igual nivel y retribución; el derecho a ausentarse del trabajo para someterse a técnicas de fecundación asistida por el tiempo nece-

sario para su realización; el derecho de la empleada pública víctima de violencia de género que se vea obligada a abandonar el puesto de trabajo a solicitar un traslado a distinta unidad administrativa o en otra localidad; el derecho a reducir la jornada un 50%, con carácter retribuido, durante un mes para atender a un familiar en primer grado muy enfermo.

No obstante, hay que resaltar que tras la entrada en vigor de la Ley para la igualdad efectiva de mujeres y hombres y el Estatuto Básico del Empleado Público se han adoptado algunas medidas nuevas y que otras, ya previstas por el Plan Concilia, han sido recogidas por esta normas y extendidas tanto al personal funcionario, como al laboral y al estatutario. Por ejemplo, el personal estatutario podrá solicitar una licencia para cumplir deberes relacionados con la conciliación de la vida laboral y familiar (Disposición Adicional Decimonovena LIMH y art. 48.1.j) EBEP); podrá pedir una hora diaria de ausencia al trabajo por cada hijo/a menores de dieciséis meses, lo que podrá ser sustituido por un permiso retribuido que acumule en jornadas completas el tiempo correspondiente (Disposición Adicional Decimonovena LIMH); podrá requerir el disfrute de un permiso por paternidad de quince días naturales consecutivos (Disposición Adicional Decimonovena LIMH y art. 61.2 de la LEM); las faltas de asistencia de las trabajadoras víctimas de violencia de género, totales o parciales, tendrán la consideración de justificadas por el tiempo y en las condiciones en que así lo determinen los servicios sociales de atención o de salud, según proceda (art. 49.d) del EBEP y 61.2 LEM)...

Por último señalar que a efectos del cómputo de jornada algunos permisos tendrán un carácter neutro, por ejemplo los seis días de libre disposición reconocidos al personal estatutario del SAS ya son tenidos en cuenta para el cálculo de la jornada anual; y que para el cálculo de los promedios establecidos para el cómputo de la jornada no se tendrán en cuenta los permisos y licencias retribuidas⁶⁸. El período comprendido en las situaciones descritas anteriormente computará como días trabajados o descansados según figuren en el cuadrante de turnos de cada trabajador. En el caso de los permisos no retribuidos, su cómputo se realizará proporcionalmente, es decir, si en 365 días le corresponde una jornada anual, a los días resultantes de la disminución se le aplicará la jornada parcial⁶⁹.

⁶⁸ Y tampoco se tendrán en cuenta otros períodos, como los de incapacidad temporal o los días de huelga.

⁶⁹ Por ejemplo, si se han disfrutado 90 días de licencia sin retribución, se aplicará la siguiente operación aritmética, $365-90=275$ días. Proporción 275×1540 (jornada ordinaria diaria)/365 días= 1160,27 horas son las trabajadas ese año.

6. CONCLUSIONES

La ordenación del tiempo de trabajo del personal estatutario gira en torno a tres conceptos básicos, la duración de la jornada de trabajo, la duración de los descansos y las fiestas y permisos. El último ha sido remitido de forma amplia a lo que se regule en el ámbito de cada Comunidad Autónoma, si bien en los últimos años ha sido alterado, fundamentalmente, por lo innovaciones introducidas en el denominado Plan Concilia y la reciente LIMH, mientras que los dos primeros además de tener una regulación no tan parca, han estado rodeados de una amplia controversia y discusión tanto judicial como doctrinal.

En un principio podría pensarse que la regulación de la ordenación del tiempo de trabajo del personal estatutario de los Servicios de Salud, a la luz de la normativa Estatal, básicamente su Estatuto Marco, y del desarrollo que a nivel autonómico se ha hecho de esta norma, tanto legal como convencionalmente, resuelve la problemática tan singular de este colectivo. Sin embargo, si se observa la doctrina de nuestros tribunales e incluso los asuntos planteados por tribunales españoles al TJCE sobre esta materia, la conclusión no es esta.

Son varias las cuestiones que quedan pendientes y que resultan esenciales para completar el régimen jurídico del tiempo de trabajo de este personal. Empezando por la misma definición del tiempo de trabajo, en la que no se puede perder de vista lo que dispone la vigente normativa comunitaria, y las propuestas de su modificación que plantean la delimitación de un nuevo concepto de gran importancia en este sector, el tiempo de atención continuada y el período inactivo del mismo, que pueden tener repercusiones de gran relevancia para el personal del sector sanitario. Y continuando con las controversias que siguen rodeando, esencialmente, a los límites máximos de su jornada, a la duración de la jornada complementaria y su equiparación o no a la jornada extraordinaria, y a la duración y régimen jurídico de la denominada jornada especial, cuya regulación reglamentaria sigue pendiente de ser aprobada a pesar del mandato surgido de la Ley 55/2003.

En el ámbito andaluz, hay que destacar las innovaciones introducidas tras el acuerdo en materia de personal concluido en la mesa sectorial de sanidad para el período 2006-2008, puesto que se crea un nuevo tipo de jornada para el personal facultativo especialista de área de los centros de atención especializada, la denominada continuidad asistencial, a desarrollar de 15 a 20h, en días laborables. Con ello se quiere diferenciar al personal que realiza jornada ordinaria y continuidad asistencial del que cubre la jornada complementaria, de 20h a 8h, y 24 horas los fines de semana y festivos. Esta medida tiene aspectos positivos y negativos. Por una parte se pretende mejorar y reorganizar el servicio del SAS, al programarse más consultas e intervenciones por las tardes, facilitar la aplicación del régimen de descanso de sus profesionales e incrementar el

número de trabajadores estables. Y por otra, limitar a determinados trabajadores al turno nocturno y a los fines de semana les puede ocasionar problemas para conciliar vida laboral y familiar. En cualquier caso, la puesta en marcha de esta medida es reciente y se necesita un período de tiempo razonable para verificar si su aplicación conlleva mejoras efectivas tanto para la organización del trabajo en las distintas unidades o servicios del SAS como para las condiciones laborales de los profesionales afectados.