

“EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL RÉGIMEN SOBRE DESCANSOS ALTERNATIVOS REGULADO EN EL ESTATUTO MARCO DEL PERSONAL ESTATUTARIO”.

María Areta Martínez

Profesora Titular de Universidad. Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Rey Juan Carlos.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS. II. EL ÁMBITO SUBJETIVO DEL EMPE EN MATERIA DE DESCANSOS ALTERNATIVOS. 1. El personal de centros sanitarios gestionados directamente por el SNS. 2. El personal de centros sanitarios de la red pública no gestionados directamente por el SNS: entidades públicas y los centros privados concertados. 3. Supuestos particulares. **III. EL ÁMBITO OBJETIVO DEL EMPE EN MATERIA DE DESCANSOS ALTERNATIVOS.** 1. Los requisitos para la aplicación del régimen de descansos alternativos. 2. Contenido y características del régimen de descansos alternativos.

Resumen: En relación con la ordenación del tiempo de trabajo y descanso, uno de los aspectos que aborda el Estatuto Marco del Personal Estatutario es el régimen de los descansos alternativos, que se articula cuando el personal que presta servicios en los centros e instituciones sanitarias no disfruta de los tiempos mínimos de descanso dentro de los períodos señalados porque es requerido para trabajar con el fin de garantizar la continuidad en la atención sociosanitaria. La presente comunicación aborda el ámbito subjetivo del EMPE en relación con los descansos alternativos, delimitando los sujetos afectados por su regulación. Así mismo, determina el ámbito objetivo, analizando los motivos que impiden al trabajador el disfrute de los tiempos mínimos de descanso durante los períodos señalados, los requisitos que han de reunir los descansos no disfrutados para que puedan compensarse con descanso alternativo y, en fin, naturaleza y características de los descansos alternativos.

Palabras clave: Estatuto Marco del Personal Estatutario, descansos alternativos.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

La normativa nacional, comunitaria e internacional que regula el tiempo de trabajo y descanso está relacionada con la seguridad y salud en el trabajo. El marco jurídico de referencia en esta materia parte del art. 40.2 de la Constitución Española (CE), que contiene un mandato dirigido a los poderes públicos para que velen por la “seguridad e higiene en el trabajo” y garanticen el “descanso necesario”. Por su parte, la Directiva 2003/88/CE¹ diferencia el “descanso”, referido a *todo período que no sea tiempo de trabajo* (art. 2.3), del “descanso adecuado”, que define como *períodos regulares de descanso de los trabajadores, cuya duración se expresa en unidades de tiempo, suficientemente largos y continuos para evitar que, debido al cansancio o a ritmos de trabajo irregulares, aquellos se produzcan lesiones a sí mismos, a sus compañeros o a terceros, y que perjudiquen su salud, a corto o a largo plazo* (art. 2.9)². Por tanto, conviene distinguir entre el descanso, sin más, y el calificado como “necesario” y “adecuado”, que garantiza la seguridad y salud de los trabajadores.

Entre los mecanismos destinados a la consecución del descanso “necesario” y “adecuado”, el art. 40.2 de la CE menciona la limitación de la jornada laboral y las vacaciones periódicas retribuidas. Por su parte, la Directiva 2003/88/CE regula, con igual fin, los períodos mínimos de descanso diario (art. 3), semanal (art. 4) y anual (art. 7), el período adecuado de la pausa (art. 4), y la duración máxima de la jornada semanal (art. 6) y del trabajo nocturno

¹ Sobre el significado, alcance y aplicación de la Directiva 2003/88/CE en el sector sanitario, vid., CASTRO ARGÜELLES, M^a A.: “Ordenación del tiempo de trabajo (Directiva 2003/88/CE y otras normas complementarias”, en AAVV (Dir., GARCÍA MURCIA, J.): *La transposición del Derecho social comunitario al ordenamiento español. Un balance en el XX aniversario de la incorporación de España a la Comunidad Europea*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2006, pgs. 356-381.

² La sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (STJCE), de 9 de septiembre de 2003 (Asunto C-151/02) expresó con claridad el significado del término “descanso adecuado”, al señala que *para poder descansar efectivamente, el trabajador debe disfrutar de la posibilidad de apartarse de su entorno laboral durante un número determinado de horas que no sólo deben ser consecutivas, sino que también deben suceder directamente a un período de trabajo, para permitir al interesado distraerse y eliminar el cansancio inherente al ejercicio de sus funciones.*

(art. 8). En definitiva, se pretende garantizar el descanso “necesario” y “adecuado” no sólo con tiempos mínimos de descanso sino también con tiempos máximos de trabajo.

La ordenación del tiempo de trabajo y descanso en el sector sanitario tiene una finalidad bifronte, es decir, además de velar por la seguridad y salud laboral de los trabajadores (art. 40.2 CE), debe preservar y garantizar que los centros y establecimientos sanitarios ofrezcan a los ciudadanos, de forma permanente y continuada, la atención sanitaria que precisen (art. 43.2 CE). En definitiva, la regulación de esta materia debe conciliar el derecho de los profesionales sanitarios a un descanso adecuado con el derecho de los ciudadanos a recibir las prestaciones y servicios socio-sanitarios durante las 24 horas del día, todos los días del año, lo cual, dicho sea de paso, no siempre resulta sencillo.

La necesidad de garantizar la continuidad del servicio sanitario ha hecho que la Directiva 2003/88/CE, junto a las medidas dirigidas a garantizar el descanso adecuado del personal sanitario: 1) establezca una regla transitoria excepcional referida a la duración de la jornada semanal máxima de los médicos en período de formación (art. 17.5), que realmente alcanza a todo el personal residente en formación; y, 2) faculte a los Estados para limitar el disfrute de los períodos mínimos de descanso diario y semanal y del período adecuado de la pausa, siempre que *se concedan períodos equivalentes de descanso compensatorio a los trabajadores de que se trate, o siempre que, en casos excepcionales en que por razones objetivos no sea posible la concesión de tales períodos equivalentes de descanso compensatorio, se conceda una protección equivalente a los trabajadores de que se trate* (art. 17.2).

La transposición al Derecho interno español de las Directivas europeas relativas a la protección de la seguridad y salud de los trabajadores, mediante la regulación de tiempos de trabajo y descanso, se ha efectuado en el sector sanitario a través de la Sección 1^a del Capítulo X de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario (EMPE)³, que constituye la norma básica

³ El EMPE incorporó al Ordenamiento Jurídico interno español el contenido de la Directiva 1993/104/CE, de 23 de noviembre de 1993, del Consejo, relativa a determinados as-

en esta materia⁴. Uno de los aspectos que aborda la norma es el régimen de los descansos alternativos, que se articula cuando el personal que presta servicios en los centros e instituciones sanitarias no disfruta de los tiempos mínimos de descanso dentro de los períodos señalados porque es requerido para trabajar con el fin de garantizar la continuidad en la atención sociosanitaria. En tal caso, el descanso no disfrutado se compensará posteriormente con un descanso alternativo de duración equivalente. Concretamente, el Apartado IV.párrafo 6º y los arts. 51.3, 51.4, 52.3, 54, 56.2, 58.2, 58.3 y 80 del EMPE inciden directamente sobre el particular.

El marco jurídico que ordena los descansos alternativos en el sector sanitario se completa, entre otras normas, con el Real Decreto 1146/2006, referido al personal residente en formación en Ciencias de la Salud, y con los pactos y acuerdos que puedan alcanzarse al respecto en el seno de las mesas sectoriales de sanidad, suscritos entre la Administración o servicio de salud y los representantes de las organizaciones sindicales del sector [art. 80.2.e) EMPE]. Cuando no se alcance acuerdo en la negociación o éste no reciba la aprobación expresa y formal del órgano de gobierno de la Administración pública correspondiente, corresponderá al Gobierno, o a las Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, en sus respectivos ámbitos, desarrollar esta materia (art. 80.5 EMPE).

pectos de la ordenación del tiempo de trabajo, y de la Directiva 2000/34/CE, de 22 de junio de 2000, del Parlamento Europeo y del Consejo, que modificó la anterior para incluir los sectores y las actividades excluidas de dicha Directiva. Ambas Directivas fueron expresamente derogadas por el art. 27 de la vigente Directiva 2003/88/CE, de 4 de noviembre de 2003, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, recurriendo para ello a la técnica de la codificación. La Directiva 2003/88/CE: 1) tiene la finalidad de promover la mejora del medio de trabajo y la salud de los trabajadores; 2) su regulación se observará sin perjuicio de la facultad de los Estados miembros para aplicar o establecer disposiciones normativas más favorables para los trabajadores; y, 3) admite excepciones a la misma en el caso de los servicios relativos a la asistencia médica prestada en hospitales o centros similares.

⁴ PÉREZ GÓMEZ, J.M^a.: “Régimen Jurídico del Personal Estatutario del Sistema Nacional de Salud”, *Derecho y Salud*, Vol. 13, núm. 2, 2005, pg. 205, destaca el carácter de norma básica que el EMPE tiene en la regulación de la jornada, *en el sentido de fijar la jornada máxima común, un techo, que no podrá ser superado, para todos los Servicios de Salud en esta materia, frente a la que con carácter exhaustivo realiza en materias tales como el régimen disciplinario del personal.*

II. EL ÁMBITO SUBJETIVO DEL EMPE EN MATERIA DE DESCANSOS ALTERNATIVOS

Una primera lectura de los arts. 46.1⁵ y 46.2.b)⁶ del EMPE puede llevar a pensar que el régimen de descansos alternativos de la norma se aplica únicamente al personal estatutario del SNS. Sin embargo, un análisis más detallado permite afirmar que el ámbito subjetivo del EMPE en esta materia es mucho más amplio y no se limita al personal estatutario del SNS, sino que también se extiende al personal con régimen laboral y funcional.

La extensión que el EMPE hace del régimen de descansos alternativos a trabajadores cuyo vínculo no es estatutario tiene por objeto que en todos los centros, servicios y establecimientos sanitarios rijan las mismas reglas sobre tiempo de trabajo y descanso, incluido el régimen de descansos alternativos, *con el fin de garantizar el funcionamiento armónico y homogéneo de todos los servicios de salud, prescindiendo tanto del tipo de personal y del lugar de prestación de servicios*⁷. No obstante, como habrá tiempo de exponer, no siempre resulta posible aplicar de forma homogénea las disposiciones del EMPE a todo el personal, independiente de la naturaleza jurídica del vínculo y de la entidad

⁵ Las normas contenidas en esta sección tienen por objeto el establecimiento de las disposiciones mínimas para la protección de la seguridad y salud del personal estatutario en materia de ordenación del tiempo de trabajo....

⁶ A efectos de lo establecido en esta sección, se entenderá por personal: los que, siendo personal estatutario, prestan servicios en un centro sanitario.

⁷ Sobre esta cuestión, vid., MONTOYA MELGAR, A.: “El personal estatutario de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social: evolución y nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud”, en AAVV: *Personal estatutario de la Seguridad Social*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, pgs. 97 y ss. Afirma CÁMARA BOTÍA, A.: “Pluralidad de formas de gestión de los servicios de salud y de regímenes jurídicos de personal: a propósito de la retribución de las guardias médicas”, *Aranzadi Social*, Tomo I, 2004, pgs. 3035-3043, que *afirmada la licitud de regímenes jurídicos distintos para el personal estatutario y para el personal laboral [SSTC 170/1988, de 29 de septiembre (RTC 1988, 170) y 33/1991, de 14 de febrero (RTC 1991, 33)], la armonización de las reglas de jornada es simple cuestión de gestión eficaz. Gestión eficaz que, recuérdese, buscan las nuevas “formas de gestión” que “huyen del Derecho Administrativo” hacia el Derecho privado. En lo que se refiere al régimen de personal tal huida implica la aplicación de la legislación laboral y no de la funcional-estatutaria.*

donde presta servicios, porque suele condicionarse al cumplimiento de requisitos, más o menos exigentes.

1. El personal de centros sanitarios gestionados directamente por el SNS

1.1 El personal estatutario

El régimen de descansos alternativos que regula el EMPE se aplica directamente al personal estatutario del SNS [arts. 46.1 y 46.2.b) EMPE], sin distinción alguna según la función desarrollada⁸, el nivel del título exigido para el ingreso⁹, o el tipo de nombramiento¹⁰. La regulación se aplica por igual a todo el personal sujeto a la relación funcional

⁸ El personal estatutario se clasifica, según la función desarrollada, en: 1) personal estatutario sanitario; y, 2) personal estatutario de gestión y servicios. El personal estatutario sanitario es el que ejerce una profesión o especialidad sanitaria, mientras que el personal estatutario de gestión y servicios es el que no cumple tal condición. La lectura de la Disposición Adicional Décima del EMPE puede llevar a pensar que éste únicamente es de aplicación directa al personal estatutario sanitario, mientras que al personal estatutario de gestión y servicios sólo alcanza cuando los servicios de salud establezcan la aplicación del régimen estatutario previsto en esta Ley a las estructuras administrativas y de gestión del servicio de salud respectivo. Sin embargo, tal como afirma GONZÁLEZ SALINAS, P.: “Disposición Adicional Décima. Aplicación de esta Ley en los servicios administrativos”, en AAVV (Coords., GONZÁLEZ SALINAS, P. y LIZARRAGA BONELLI, E.): *Comentarios a la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud*, Civitas-Thomson, 2ª ed., 2005, pgs. 1014 y 1015, *el afán integrados y unificador de esta Disposición adicional sorprende con la posibilidad de que el EM sea aplicable a todo aquel que trabaje en los servicios de salud, cualesquiera que fueran sus funciones...*, de modo que, afirma el autor, *se trata de una simple declaración de intenciones vacía de contenido, impropia de una norma con rango de Ley*. En materia de ordenación del tiempo de trabajo y descanso, aunque la regulación contenida en la Sección 1ª del Capítulo II parece que se dirige especialmente al personal estatutario sanitario, nada impide su aplicación al personal estatutario de gestión y servicios.

⁹ El personal estatutario se clasifica, según el título exigido para el ingreso, en: 1) personal de formación universitaria que, a su vez, se clasifica en: a) especialistas en Ciencias de la Salud; b) Licenciados; y, c) Diplomados; 2) personal de formación profesional que, a su vez, se clasifica en: a) Técnicos superiores; y, b) Técnicos; y, 3) otro personal.

¹⁰ El personal estatutario se clasifica, según el tipo de nombramiento, en: 1) personal fijo; y, 2) personal temporal que, a su vez, se clasifica en: a) interino; b) eventual; y, c) sustituto.

especial de personal estatutario¹¹, siempre que desempeñe su función en los centros e instituciones sanitarias de los servicios de salud que conforman el SNS (art. 1 EMPE)¹², ya sea en los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas (CCAA)¹³ o del INGESA (art. 2.1 EMPE). El personal estatutario del SNS es el que antes del EMPE se regía por los tres Estatutos que deroga¹⁴: 1) el Estatuto jurí-

¹¹ Antes de que el EMPE declarase expresamente la naturaleza de la relación estatutario como relación funcional especial, la postura de los Tribunales había evolucionado desde el reconocimiento de la naturaleza laboral del vínculo hasta la postura más reciente, que reconoció claramente el carácter especial de esta relación que reconocieron como funcional. En este sentido, vid., por todas; SSTS, Social, de 17 de octubre de 1991 (RJ 1991, 7221) y 3 de febrero de 1997 (RJ 1997, 970).

¹² Las disposiciones del EMPE, incluidas las referidas al régimen de descansos alternativos, se aplican directamente al personal estatutario que presta servicios en los centros e instituciones sanitarias de los Servicios de Salud, no así en los servicios administrativos y de gestión los Servicios de Salud, donde su aplicación dependerá de cada Servicio de Salud (Disposición Adicional Décima EMPE). Afirma SALA FRANCO, T.: *El Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud (Comentarios a la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, BOE de 17 de diciembre)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pg. 39, que si los Servicios de Salud optan por la no aplicación de las disposiciones del EMPE a las estructuras administrativas y de gestión, *el personal estatutario, sanitario o de gestión y servicios, no podrá acceder a los puestos ubicados en estos servicios administrativos*.

¹³ El art. 2.1 del EMPE extiende el ámbito de aplicación de la norma al personal estatutario que desempeña su función en los centros e instituciones sanitarias de los servicios de salud de las Comunidades Autónomas o en los centros y servicios sanitarios de la Administración General del Estado, lo cual ha llevado a algunos autores a plantearse si el EMPE y, por tanto, su régimen de descansos alternativos, se aplica al personal de las entidades locales que realiza la actividad propiamente asistencial dentro del SNS. La Doctrina mayoritaria afirma que los centros sanitarios locales están integrados en los Servicios de Salud de las CCAA y, por tanto, su personal queda transferido a la CCAA, en cuyo caso habrá que estar a la naturaleza de la relación de empleo al momento de la integración, para determinar si el EMPE se aplica directamente o rige supletoriamente. En este sentido, vid., GONZÁLEZ SALINAS, P.: “Artículo 1. Objeto”, en AAVV (Coords., GONZÁLEZ SALINAS, P. y LIZARRAGA BONELLI, E.): *Comentarios a la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud*, Civitas-Thomson, 2ª ed., 2005, pgs. 58, 59, 83 y 84.

¹⁴ La propia Exposición de Motivos del EMPE señala en su apartado II que la expresión “personal estatutario” *deriva directamente de la denominación de los tres estatutos de personal –el estatuto del personal médico, el estatuto del personal sanitario no facultativo y el estatuto de personal no sanitario–*.

dico del personal médico de la Seguridad Social¹⁵; 2) el Estatuto del personal sanitario no facultativo de las instituciones sanitarias de la Seguridad Social¹⁶; y, 3) el Estatuto del personal no sanitario de las instituciones sanitarias de la Seguridad Social¹⁷.

Junto al personal estatutario del SNS, la Disposición Adicional Undécima del EMPE señala que sus disposiciones, incluidas las relativas al régimen de descansos alternativos, también se aplicarán *al personal estatutario del Instituto Social de la Marina (ISM)*¹⁸. El ISM ha sido durante mucho tiempo la entidad gestora de la Seguridad Social encargada de gestionar la asistencia sanitaria pública de las personas encuadradas en el Régimen Especial de Trabajadores del Mar (trabajadores, pensionistas y familiares). A raíz del proceso de transferencia a las CCAA de las funciones y servicios del ISM en materia de asistencia sanitaria, la gestión de ésta ha pasado al SNS y, concretamente, a los Servicios Autonómicos de Salud. Actualmente, todas las CCAA ubicadas en zona costera han recibido el traspaso de las funciones y servicios del ISM referidas a la asistencia sanitaria¹⁹. El traspaso

incluye no sólo los bienes, derechos y obligaciones, sino también los medios personales. Por tanto, el personal estatutario del ISM que intervenía en la gestión de la asistencia sanitaria pasa a depender del correspondiente Servicio Autonómico de Salud, *en los términos legalmente previstos por el Estatuto de Autonomía y las demás normas que en cada caso resulten aplicables*. Antes de la transferencia, el régimen de descansos alternativos del EMPE se aplicaba al personal estatutario que prestaba servicios en los centros e instituciones sanitarias del ISM, en virtud de la Disposición Adicional Décima del EMPE, y ha seguido aplicándose una vez finalizado el traspaso. Por tanto, el proceso de transferencia a las CCAA de las funciones y servicios del ISM en materia de asistencia sanitaria no ha alterado el régimen de descansos alternativos aplicable al personal estatutario traspasado que, tras la entrada en vigor del EMPE, era y sigue siendo el previsto en el EMPE. La cuestión reside en aclarar que haya de entenderse por “personal estatutario” a efectos de lo dispuesto en la Disposición Adicional Undécima del EMPE, es decir, si incluye únicamente al personal estatutario, *strictu sensu*, o también alcanza al personal laboral²⁰.

¹⁵ Decreto 3160/1966, de 23 de diciembre, que aprueba el Estatuto jurídico del personal médico de la Seguridad Social (BOE núm. 312, de 30 diciembre 1966).

¹⁶ Orden de 26 de abril de 1973, que aprueba el Estatuto del personal sanitario no facultativo de las instituciones sanitarias de la Seguridad Social (BOE núm. 102, de 28 abril 1973; Corr. Err., BOE núm. 127, de 28 mayo 1973).

¹⁷ Orden de 5 de julio de 1971, que aprueba el Estatuto del personal no sanitario de las instituciones sanitarias de la Seguridad Social (BOE núm. 174, de 22 julio 1971).

¹⁸ SALA FRANCO, T.: *El Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud (Comentarios a la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, BOE de 17 de diciembre)*, ob. cit., 2004, pg. 31, afirma que la Disposición Adicional Undécima del EMPE equipara al personal estatutario del ISM con el personal estatutario del SNS, de modo que la aplicación del EMPE supondrá la movilidad del personal en la doble dirección, esto es, del personal del SNS al ISM y viceversa.

¹⁹ En este sentido, vid.: 1) Andalucía: Real Decreto 1784/2004, de 30 de julio, sobre traspaso a la Comunidad Autónoma de Andalucía de las funciones y servicios de la Seguridad Social en materia de asistencia sanitaria encomendada al ISM (BOE núm. 184, de 31 julio 2004); 2) Asturias: Real Decreto 1292/2005, de 28 de octubre, sobre traspaso a la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias de las funciones y servicios de la Seguridad Social en materia de asistencia sanitaria encomendada al ISM (BOE núm. 277, de 19 noviembre 2005); 3) Baleares: Real Decreto 1733/2007, de 21 de diciembre, sobre traspaso a la Comunidad Autónoma de las Illes Balears de las funciones y servicios de la Seguridad Social en materia de asistencia sanitaria encomendada al Instituto Social de la Marina (BOE núm. 310, de 27 diciembre 2007); 4) Ca-

narias: Real Decreto 2464/1996, de 2 de diciembre, sobre traspaso a la Comunidad Autónoma de las Islas Canarias de las funciones y servicios de la Seguridad Social en materia de asistencia sanitaria encomendada al ISM (BOE núm. 306, de 20 diciembre 1996); 5) Cantabria: Real Decreto 1584/2006, de 22 de diciembre, sobre traspaso a la Comunidad Autónoma de Cantabria, de las funciones y servicios de la Seguridad Social, en materia de asistencia sanitaria encomendada al ISM (BOE núm. 311, de 29 diciembre 2006); 6) Cataluña: Real Decreto 1049/1997, de 27 de junio, sobre traspaso a la Generalidad de Cataluña de las funciones y servicios de la Seguridad Social en materia de asistencia sanitaria encomendada al ISM (BOE núm. 180, de 29 julio 1997; Corr. Err., BOE núm. 186, de 5 agosto 1997); 7) Galicia: Real Decreto 212/1996, de 9 de febrero, sobre traspaso a la Comunidad Autónoma de Galicia de las funciones y servicios de la Seguridad Social en materia de asistencia sanitaria encomendada al ISM (BOE núm. 58, de 7 marzo 1996; Corr. Err., BOE núm. 80, de 2 abril 1996); 8) Murcia: Real Decreto 1083/2008, de 30 de junio, sobre traspaso a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, de las funciones y servicios de la Seguridad Social, en materia de asistencia sanitaria encomendada al ISM (BOE núm. 158, de 1 julio 2008); y, 9) País Vasco: Real Decreto 1946/1996, de 23 de agosto, sobre traspaso a la Comunidad Autónoma del País Vasco, de las funciones y servicios de la Seguridad Social en materia de asistencia sanitaria encomendados al ISM (BOE núm. 211, de 31 agosto 1996; Corr. Err., BOE núm. 216, de 6 septiembre 1996).

²⁰ GONZÁLEZ SALINAS, P.: “Artículo 2. Ámbito de aplicación”, en AAVV (Coords., GONZÁLEZ SALINAS, P. y LIZARRAGA BONELLI, E.): *Comentarios a la Ley 55/2003, de 16 de*

1.2 El personal sanitario laboral y funcionarial

Una de las notas que caracteriza el régimen jurídico del personal que presta servicios en los centros e instituciones del SNS es su falta de homogeneidad, por la diversidad de regímenes jurídicos aplicables (estatutario, laboral y funcionarial)²¹. El personal sanitario de un mismo centro, institución o servicio sanitario no siempre comparte el mismo régimen legal, con las consiguientes diferencias, por ejemplo, en las condiciones de trabajo. Esta heterogeneidad de regímenes de personal se generó, principalmente, a raíz de los procesos transferencia a las CCAA de las funciones y servicios del INSALUD.

El SNS está descentralizado y, junto a la competencia exclusiva del Estado para regular las bases y coordinación general de la sanidad nacional (art. 149.1.17ª CE), está la capacidad normativa de las CCAA para organizar y gestionar los servicios. Tras la entrada en vigor de la Ley 14/1986 (LGS), y al amparo de las previsiones constitucionales, de los respectivos Estatutos de Autonomía y una vez finalizado el proceso de traspaso de las funciones y servicios del INSALUD a las CCAA, éstas han asumido competencias en materia de gestión sanitaria, de modo que el SNS está integrado por el INGESA (Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla) y los Servicios Autonómicos de Salud. El traspaso incluyó tanto los bienes, derechos y obligaciones, como los medios personales. Así, en un mismo Servicio Autonómico de Salud, junto al personal sanitario proveniente del antiguo INSALUD, aparece el de las propias instituciones autonómicas, cada uno con su propio régimen legal, lo cual genera la consiguiente pluralidad de vínculos jurídicos diversos; todo ello sin perjuicio de que los funcionarios de carrera y el personal laboral fijo que preste servicios en los centros, instituciones o servicios de las Administraciones sanitarias públicas se integre directamente, y con carácter voluntario, en la condición de personal estatutario, a través del co-

diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, Civitas-Thomson, 2ª ed., 2005, pg. 82, considera que no parece que la intención del legislador haya sido la de excluir de la expresión "estatutario" al personal laboral del ISM.

²¹ Sobre la pluralidad de regímenes jurídicos utilizados para la prestación de los servicios de salud, vid., AAVV (Coords., PAREJO ALFONSO, L.; PALOMAR OLMEDA, A.; y VAQUER CABALLERÍA, M.): *La reforma del Sistema Nacional de Salud. Cohesión, calidad y estatutos profesionales*, Marcial Pons, Madrid, 2004, pgs. 334-336.

respondiente procedimiento de estatutización (Disposición Adicional Quinta.párrafo 1º EMPE)²².

El art. 2.3 del EMPE señala que lo previsto en esta Ley será de aplicación al personal sanitario funcionario y al personal sanitario laboral, con exclusión, por tanto, del personal de gestión y servicios, que preste servicios en los centros del SNS gestionados directamente por entidades creadas por las distintas CCAA para acoger los medios y recursos humanos y materiales procedentes de los procesos de transferencia del INSALUD, en todo aquello que no se oponga a su normativa específica de aplicación y si así lo prevén las disposiciones aplicables al personal funcionario o los convenios colectivos aplicables al personal laboral de cada Comunidad Autónoma. Este precepto hace referencia al personal sanitario, laboral y funcionarial, traspasado a los Servicios Autonómicos de Salud a raíz de los citados procesos de transferencia. La aplicación del EMPE al personal sanitario laboral y al personal sanitario funcionarial transferido tiene lugar cuando: 1) el personal sanitario proceda del INSALUD; 2) el referido personal haya pasado a prestar servicios en las entidades creadas por las CCAA para asumir las funciones y servicios del INSALUD; 3) las entidades creadas al efecto se gestionen directamente por las CCAA; y, 4) la normativa correspondiente sobre función pública, para el caso del personal sanitario funcionario, o el convenio colectivo aplicable al personal sanitario laboral²³, determine la aplicación del EMPE y se trate de materias no reguladas en dichas legislaciones. Por tanto, con carácter general, la aplicación del EMPE al personal sanitario (laboral y funcionarial) transferido es subsidiaria, en los términos y condiciones indicados²⁴.

²² La Disposición Adicional Quinta.párrafo 2º del EMPE también contempla la posibilidad de integración en la condición de personal estatutario temporal para el personal laboral temporal y los funcionarios interinos.

²³ Sobre la aplicación del EMPE al personal sanitario laboral de centros sanitarios gestionados directamente por el SNS cuando el convenio colectivo remite el régimen retributivo y la jornada laboral de los trabajadores incluidos en su ámbito de aplicación a lo dispuesto en el EMPE, vid., SSTS, RCU, de 3 de noviembre de 2009 (RJ 2009, 5922), y 15 de enero de 2010 (RJ 2010, 3091).

²⁴ SALA FRANCO, T.: *El Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud (Comentarios a la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, BOE de 17 de diciembre)*, ob. cit., pgs. 32 y 33, afirma que el art. 2.3 del EMPE es un precepto inútil porque en la medida que la aplicación del EMPE

No obstante lo dispuesto en el art. 2.3 del EMPE, en relación con las disposiciones contenidas en la Sección 1ª del Capítulo X de la norma, referidas al tiempo de trabajo y descanso, incluido el régimen de descansos alternativos, se pretende que la regulación contenida en el EMPE resulte de aplicación directa y homogénea, no subsidiaria, para todo el personal sanitario del SNS, con independencia de su régimen jurídico (laboral, funcional o estatutario). Así, la Disposición Adicional Segunda, párrafo 1º del EMPE establece que, *el régimen de jornada y de descansos establecido en la sección 1ª del capítulo X de esta Ley será de aplicación al personal a que se refiere el artículo 6, sea cual sea el vínculo jurídico de su relación de empleo, de los centros y servicios sanitarios gestionados directamente por los servicios de salud.* Por tanto, el régimen de descansos alternativos del EMPE se aplica directamente a todo el personal sanitario de los centros y servicios gestionados directamente por los servicios de salud, *sea cual sea el vínculo jurídico de su relación de empleo* (estatutario, laboral o funcional).

No obstante lo anterior, la redacción de la Disposición Adicional Segunda del EMPE resulta confusa porque, de una parte, limita la aplicación del régimen de jornada y descansos *al personal a que se refiere el artículo 6*, es decir, al personal sanitario estatutario, y, de otra, añade, *sea cual sea el vínculo jurídico de su relación de empleo*, lo cual lleva a extenderlo, más allá del personal sanitario estatutario, al personal sanitario laboral y funcional. Todo parece indicar que el propósito del legislador ha sido extender el régimen de jornada y descansos a todo el personal sanitario que presta servicios en los centros e instituciones gestionados directamente por el SNS, ya sea en régimen estatutario, laboral o funcional. La referencia al personal del art. 6 del EMPE se entiende más bien hecha al personal que realiza funciones sanitarias, por distinción con el personal no sanitario (gestión y servicios), al margen del régimen jurídico de personal aplicable. Si el propósito de la Disposición Adicional en cuestión hubiera sido limitar la aplicación del régimen de jornada y descansos al personal sanitario con vínculo estatutario, no tendría

sentido. No obstante, la redacción del precepto hubiera quedado más clara si, en lugar de la remisión que hace al art. 6 de la norma, hubiera señalado expresamente que el régimen de jornada y descansos establecido en la Sección 1ª del Capítulo I de la Ley será de aplicación a todo el personal sanitario (facultativo y no facultativo) de los centros y servicios sanitarios gestionados directamente por los centros e instituciones sanitarias del SNS, sea cual sea su vínculo jurídico.

Todo cuanto a quedado expuesto permite afirmar que el régimen de jornada y de descansos que regula el EMPE, incluidas las disposiciones relativas al régimen de descansos alternativos, se aplican no sólo al personal estatutario del SNS, sino también al personal sanitario con vínculo laboral y funcional que presta servicios en los centros e instituciones sanitarias gestionados directamente por el SNS.

2. El personal de centros sanitarios de la red pública no gestionados directamente por el SNS: entidades públicas y los centros privados concertados

Hasta el año 1997, la organización y administración de los centros, servicios y establecimientos sanitarios encargados de prestar la atención y asistencia sanitaria/sociosanitaria pública en España respondió a un modelo de gestión directa. A partir del año 1997, la Ley 15/1997, de 25 de abril, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del SNS, permitió que la gestión de los centros, servicios e instituciones sanitarias y sociosanitarias pudiera llevarse a cabo directamente o, indirectamente, *a través de la constitución de cualesquiera entidades de naturaleza o titularidad pública admitidas en Derecho.* Concretamente, la Exposición de Motivos de la Ley 15/1997 señalaba, como formas jurídicas de gestión indirecta las empresas públicas, los consorcios, las fundaciones y cualesquiera otras entidades de naturaleza o titularidad pública admitidas en Derecho.

El art. único.1.párrafo 2º de la citada Ley habilitó al Gobierno y a los órganos de gobierno de las CCAA, en los ámbitos de sus respectivas competencias, para regular, entre otros aspectos, las formas jurídicas de las entidades encargadas de la gestión indirecta. Con tal propósito, el art. 3 del Real Decreto 29/2009, de 14 de enero, autoriza para que la gestión y administración de los centros,

al personal sanitario funcional y laboral procederá cuando *su propia normativa funcional o laboral así lo prevea expresamente y con el límite de su normativa específica de aplicación*, de no haberse establecido tal previsión, ocurriría exactamente lo mismo.

servicios y establecimientos del SNS se lleve a cabo a través de una pluralidad de formas jurídicas, cada una de ellas con el correspondiente régimen jurídico de personal para las personas que prestan servicios en ellas: 1) fundaciones, con personal en régimen laboral; 2) consorcios, cuyo personal se regirá por el régimen jurídico dispuesto en el convenio de constitución y en los estatutos correspondientes; 3) sociedades estatales, con personal en régimen laboral; 4) fundaciones públicas sanitarias, con personal estatutario; y, 5) cualesquiera otras entidades de naturaleza o titularidad pública admitidas en Derecho, cuyo régimen de personal dependerá, en parte, de la forma jurídica que adopte la entidad.

La exposición precedente permite afirmar que la heterogeneidad de regímenes de personal (laboral, funcionarial y estatutario) no es exclusiva de los centros, servicios y establecimientos sanitarios gestionados directamente por el SNS sino también de aquellos que adoptan formas jurídicas de gestión indirecta, lo cual lleva nuevamente a cuestionarse si las disposiciones contenidas en la Sección 1ª del Capítulo X del EMPE se aplican a todo el personal que presta servicios en el ámbito de las entidades públicas que adoptan “nuevas formas” para la gestión y administración de los centros, servicios y establecimientos sanitarios, o únicamente a su personal estatutario²⁵.

En la red de utilización pública, junto a los centros, servicios y establecimientos sanitarios propios del SNS y las entidades públicas encargadas de su gestión indirecta, también aparecen las entidades privadas que suscriben conciertos con el SNS para dispensar la asistencia sanitaria, cuyo personal está sujeto al Derecho del Trabajo. El art. 66 de la LGS señala que estas entidades privadas

mantendrán la titularidad de los centros y establecimientos dependientes del mismo, así como la titularidad de las relaciones laborales de personal que en ellos presten servicios. El interrogante que nuevamente surge es si las disposiciones contenidas en la Sección 1ª del Capítulo X del EMPE, incluido el régimen de descansos alternativos, se aplican al personal laboral de estas entidades privadas. La Disposición Adicional Segunda.párrafo 2º del EMPE responde a la pregunta, señalando que se aplicarán: 1) supletoriamente, cuando el convenio colectivo aplicable no regule la jornada y descansos, lo cual no es muy frecuente; y, 2) directamente, cuando la regulación del EMPE resulte más beneficiosa que la prevista en el convenio colectivo aplicable.

3. Supuestos particulares

3.1 El personal laboral residente en formación en Ciencias de la Salud

El art. 20.3.f) y la Disposición Adicional Primera de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias (LOPS), calificaron como especial la relación laboral del personal residente en formación en Ciencias de la Salud, encargando al Gobierno su regulación mediante Real Decreto, *atendiendo a las características específicas de la actividad formativa y de la actividad asistencial que se desarrolla en los centros sanitarios*. Por su parte, el art. 11.4 del EMPE, a propósito de la regulación del Foro Marco para el Diálogo Social, señala que el Gobierno regulará la relación laboral especial de residencia por Real Decreto, *en el que se establecerán las peculiaridades de la duración de la jornada de trabajo y régimen de descansos de este personal en formación*. Así, el Gobierno aprobó el Real Decreto 1146/2006, de 6 de octubre, que regula la relación laboral especial de residencia para la formación de especialistas en Ciencias de la Salud, adoptando por vez primera un marco general y homogéneo para todo el colectivo (Exposición de Motivos Real Decreto 1146/2006).

Antes del Real Decreto 1146/2006, el Tribunal Supremo (TS) y la Doctrina Judicial declararon que los médicos internos residentes y, por extensión, todo el personal residente en formación en Ciencias de la Salud, es personal laboral y, por tanto, en materia de tiempo de trabajo y descanso, se

²⁵ TRILLO GARCÍA, A.R.: “Disposición Adicional Segunda. Jornada y descansos de los centros del Sistema Nacional de Salud”, en AAVV (Dirs., Palomar Olmeda, A. y Sempere Navarro, A.V.; y Coord., Meléndez Morillo-Velarde, L.): *Comentarios a la Ley 55/2003 del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006, pg. 726, afirma que, *cualquiera que sea el régimen jurídico del personal dependiente de estos Entes de gestión les será de aplicación como hemos dicho, el régimen de jornada y descanso previsto en el Estatuto marco en cumplimiento de esa función de norma de transposición del derecho comunitario, si bien cumpliendo la función de norma mínima que cede ante cualquier norma heterónoma o pactada*.

rige por lo dispuesto en el Estatuto de los Trabajadores (ET) y no por el EMPE²⁶. Por tanto, el régimen de descansos alternativos al descanso mínimo no disfrutado no era el previsto en el art. 54 del EMPE sino el regulado en los arts. 34.7 y 37.1.párrafo 2º del ET y en el Real Decreto 1561/1995.

Sin embargo, el marco jurídico de referencia señalado cambió con la aprobación y entrada en vigor del Real Decreto 1146/2006. A partir de ese momento, uno de los aspectos más destacables de la ordenación del tiempo de trabajo y descanso del personal residente en formación en Ciencias de la Salud es la aplicación supletoria de la normativa referente al personal estatutario por una doble vía: tanto por las previsiones que el EMPE contiene sobre esta materia dirigidas al personal residente como por las remisiones del Real Decreto 1146/2006 al EMPE.

En este sentido, la Disposición Transitoria Primera del EMPE estableció que la duración máxima de la jornada del personal residente en formación se iría reduciendo gradual y progresivamente hasta alcanzar, a partir del 1 de agosto de 2008, el límite de 48 horas semanales que prevé el art. 48.2 del EMPE. Igualmente, la Disposición Adicional Segunda del EMPE establece que las disposiciones relativas al régimen de jornada y descansos contenidas en la Sección 1ª del Capítulo X, con inclusión del régimen de descansos alternativos, se aplican directamente al personal sanitario que presta servicios en los centros sanitarios gestionados directamente por el SNS, *sea cual sea el vínculo de su relación de empleo* [estatutario, laboral (común o especial de residencia) o funcional], y supletoriamente al personal de los centros vinculados o concertados con el SNS que pertenezcan a la red sanitaria de utilidad pública. Una de las consecuencias inmediatas de tal previsión normativa sería la aplicación directa del régimen de descansos alternativos del EMPE al personal residente en formación que cursa la especialidad en un centro gestionado directamente por el SNS, y supletoriamente cuando esté adscrito a una entidad pública de gestión indirecta o a un centro pri-

vado concertado. Sin embargo, tal afirmación tiene algún matiz: si alguna situación de emergencia asistencial impide al residente disfrutar el descanso diario continuo de 12 horas subsiguiente a 24 horas de trabajo ininterrumpido [art. 5.b.párrafo 2º Real Decreto 1146/2006]²⁷, se aplicará directamente a todos los residentes el régimen de descansos alternativos del EMPE, independientemente de la naturaleza, pública o privada, de la unidad docente.

Junto a las referencias que el EMPE hace al personal laboral residente (Disposición Transitoria Primera y Disposición Adicional Segunda EMPE), destacan las remisiones del Real Decreto 1146/2006 al EMPE. En este sentido, la remisión que el art. 5.1.a) del Real Decreto 1146/2006 hace a las normas sobre tiempo de trabajo del personal estatutario determina la aplicación supletoria del EMPE en todo aquello no regulado por el citado Real Decreto como, por ejemplo, los horarios nocturno y a turnos²⁸. Igualmente, destaca la Disposición Transitoria Primera de la norma laboral reglamentaria, que incorpora, con algunas diferencias, el contenido de la Disposición Transitoria Primera del EMPE, relativa a la disminución progresiva del límite de jornada máxima del personal residente, transponiendo el contenido del art. 17.5 de la Directiva 2003/88/CE. Finalmente, sobresale el art. 5.1.b).párrafo 2º del Real Decreto 1146/2006, que, como ya se ha indicado, remite expresamente al régimen de descansos alternativos del EMPE cuando, en caso de emergencia asistencial, el residente no pueda disfrutar del descanso

²⁶ En este sentido, vid., SSTs, Social, de 8 de junio de 2001 (RJ 2001, 5505), y 18 de febrero de 2003 (RJ 2003, 3805). En la Doctrina Judicial, vid., por todas: STSJ de Asturias, Social, de 4 de mayo de 2007 (AS 2007, 2405); y STSJ de Cantabria, Social, 25 de enero de 2005 (AS 2005, 18).

²⁷ El Acuerdo sobre condiciones laborales y económicas del personal sanitario en formación por el sistema de residencia, suscrito el 16 de marzo de 2007 entre el Servicio de Salud de Castilla-La Mancha y las organizaciones sindicales, señala que, *se garantizará al residente los descansos reglamentarios y en todo caso el derecho tras la realización de una guardia de presencia física a un descanso continuado de 12 horas. Si en algún supuesto excepcional no pudiera aplicarse este descanso, se aplicará el régimen de descansos alternativos previsto en el Estatuto Marco para el personal estatutario*. La Resolución de 26 de abril de 2007, del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha, ordenó la publicación del citado acuerdo (DO Castilla-La Mancha núm. 100, de 14 mayo 2007).

²⁸ Con carácter general, la Disposición Adicional Séptima del Real Decreto 1146/2006 realiza una remisión en bloque a los pactos y acuerdos referentes al personal estatutario, que se aplicarán al personal residente cuando: 1) así se acuerde en la negociación colectiva correspondiente a los ámbitos de representación del personal incluido en el ámbito del Real Decreto; y, 2) sean compatibles con la normativa específica aplicable al personal residente.

diario posterior a una jornada continuada de 24 horas.

Todo cuanto ha quedado expuesto permite concluir que en la regulación del tiempo de trabajo y descanso, incluido el régimen de descansos alternativos, la supletoriedad del ET, a la que hace referencia el art. 1.4 del Real Decreto 1146/2006, se ve desplazada en muchos casos por la del EMPE y los acuerdos y pactos referentes al personal estatutario²⁹. No se trata de una cuestión baladí, máxime si tenemos en cuenta que antes de la aprobación y entrada en vigor del Real Decreto 1146/2006, la Sala IV del TS insistió que el régimen sobre tiempo de trabajo y descanso del personal residente era el recogido con carácter general en el ET. La supletoriedad de la normativa referente al personal estatutario en los términos expuestos conlleva, entre otros aspectos, el propósito del legislador de equiparar el régimen de descansos alternativos del personal residente en formación en Ciencias de la Salud con el del personal sanitario estatutario, así como cubrir las posibles deficiencias que puedan existir a la hora de concertar en esta materia acuerdos o pactos referidos al personal residente. Tal propósito queda confirmado en el art. 4.1.ñ) del Real Decreto 1146/2006, que reconoce al residente el derecho a *contar con la misma protección en materia de salud laboral que el resto de trabajadores de la entidad en que preste servicios*.

3.2 El personal laboral de las entidades privadas no concertadas

Tanto el art. 2.3 como la Disposición Adicional Segunda del EMPE regulan la extensión de las disposiciones sobre tiempo de trabajo y descanso, contenidas en la Sección 1ª del Capítulo X de la norma, al personal que presta servicios en la red sanitaria de utilización pública, con vínculo estatutario, laboral o funcionario, y en centros, servicios y establecimientos gestionados directamente por el SNS o por entidades públicas a través de “nuevas formas” de gestión indirecta o en instituciones sanitarias privadas que suscriben conciertos con el

SNS para prestar la atención socio-sanitaria. Sin embargo, el EMPE no contiene ninguna referencia expresa que permita extender las disposiciones sobre tiempo de trabajo y descanso al personal laboral que presta servicios en las entidades privadas no concertadas, que no participan en la red de utilización pública.

3.3 El personal militar de la red sanitaria militar

De acuerdo con lo dispuesto en la Disposición Adicional Decimotercera.1 del EMPE, las disposiciones del EMPE, incluidas las recogidas en la Sección 1ª del Capítulo X, sobre tiempo de trabajo y descanso, no se aplican al *personal militar que preste servicios en los centros, establecimientos y servicios sanitarios, integrados en la Red sanitaria militar*, lo cual ha llevado a algunos autores a considerar que sí se aplican al personal civil, funcionario o no, que trabaje en la red sanitaria militar³⁰, lo cual no resulta muy claro.

III. EL ÁMBITO OBJETIVO DEL EMPE EN MATERIA DE DESCANSOS ALTERNATIVOS

1. Los requisitos para la aplicación del régimen de descansos alternativos

El Apartado IV.párrafo 6º de la Exposición de Motivos del EMPE anuncia que los artículos que siguen a continuación regulan, entre otros aspectos, *los tiempos mínimos de descanso diario y semanal, articulado regímenes de descanso alternativo para los supuestos en los que la necesaria prestación continuada de servicios impida su disfrute en los períodos señalados*. La lectura detenida de este inciso permite adelantar no sólo que el EMPE regula un régimen de descansos alternativos sino también que éste se aplica cuando: 1) no puedan disfrutarse dos tipos concretos de descanso: el descanso mínimo diario y el descanso mínimo semanal; 2) estos dos descansos mínimos no puedan disfrutarse en los períodos legalmente señalados;

²⁹ En este sentido, vid., BAZ RODRÍGUEZ, J.: *El contrato de trabajo de los residentes sanitarios*, Bomarzo, Albacete, 2008, pgs. 130, 131, 140 y 141; y MONREAL BRINGSVAERD, E.: *La relación laboral del residente sanitario*, La Ley, Madrid, 2009, pgs. 217 y 218; y “La regulación del tiempo de trabajo del residente sanitario”, *Revista General de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 21, 2009 (<http://www.iustel.es>).

³⁰ En este sentido, vid., 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*, núm. 20, 2006, pg. 20; y CAIRÓS BARRETO, D. Mª: “La ordenación del tiempo de trabajo del personal estatutario de los servicios de salud”, *Derecho y Salud*, Vol. 14, núm. 2 extra, 2006, pg. 35.

y, 3) la causa que impida el disfrute sea la necesaria prestación continuada de servicios.

La falta de disfrute de los descansos legalmente previstos no determina automáticamente la aplicación del régimen de descansos alternativos que regula el EMPE. Éste procede cuando el personal no ha disfrutado íntegramente ni de forma continuada los tiempos mínimos de descanso en los períodos señalados por algún motivo justificado³¹. Por tanto, el descanso no disfrutado reunirá una serie de notas que lo configuran: 1) irrenunciable; 2) continuado; 3) duración mínima legal; y, 4) período concreto señalado para su disfrute. Además, el motivo que impida el disfrute del descanso y obligue al personal a prestar servicios estará justificado.

El régimen de descansos alternativos que regula el EMPE se articula cuando el personal no haya disfrutado íntegramente los tiempos mínimos de descanso en los períodos legalmente señalados. El régimen de descansos alternativos no se aplica únicamente cuando el personal no pueda acceder al descanso porque es requerido para trabajar, sino también cuando éste se interrumpe o reduce; basta que se haya reducido parcialmente el descanso mínimo para aplicar el régimen de descansos alternativos destinado a compensar el tiempo no disfrutado. Además, los descansos alternativos compensan, *strictu sensu*, los tiempos mínimos de descanso, pero no el tiempo de descanso que se haya podido acordar por encima del mínimo legalmente establecido. Finalmente, nótese que el trabajador no disfruta de los tiempos mínimos de descanso en los períodos señalados porque debe prestar servicios, no por otra circunstancia como, por ejemplo, el ejercicio del derecho de huelga³². En definitiva, la merma del

descanso únicamente puede deberse a un aumento de jornada laboral como consecuencia de circunstancias excepcionales y en orden a garantizar a la población, de forma permanente y continuada, la atención socio-sanitaria durante las 24 horas del día, todos los días del año.

1.1 Los tipos de descanso que no pueden disfrutarse en el período señalado y quedan compensados con descanso alternativo

El régimen de descansos alternativos que regula el EMPE procede cuando en los períodos señalados no se disfruten: 1) el descanso mínimo diario entre jornadas; 2) el descanso mínimo semanal; y, 3) los festivos. Sin embargo, no procede en relación con: 1) la pausa dentro de la jornada diaria, aunque lo permite el Derecho comunitario; y 2) las vacaciones.

A. El descanso diario, el descanso semanal y las fiestas

El EMPE prevé expresamente los descansos alternativos al descanso diario (art. 54.1 EMPE) y al descanso semanal (art. 52.3 EMPE) porque son irrenunciables, tienen fijada legalmente una duración mínima y señalado un período de disfrute, que es ininterrumpido³³. El Apartado IV.párrafo 61 de la propia Exposición de Motivos del EMPE anuncia el régimen de descansos alternativos, que posteriormente regula su art. 54, y lo hace exclusivamente para compensar los tiempos mínimos de descanso diario y semanal no disfrutados³⁴. Los arts. 17.2 y 17.3.c.i) de la Directiva 2003/88/CE también admiten la posibilidad de establecerse excepciones al disfrute de los tiempos mínimos de descanso diario y semanal en las actividades caracterizadas por la necesidad de garantizar la conti-

³¹ Afirma ARETA MARTÍNEZ, M.: "Artículo 54. Régimen de descansos alternativos", en AAVV (Dirs., PALOMAR OLMEDA, A. y SEMPERE NAVARRO, A.V.; y Coord., MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L.): *Comentarios a la Ley 55/2003 del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud*, Aranzadi-Thomson, Cizur Menor, 2006, pg. 483, que, en definitiva, concretada la duración y el momento en que el personal disfrutará del derecho al descanso mínimo legal, si las necesidades organizativas y asistenciales del centro impiden su ejercicio en el período señalado, se aplicará el régimen del art. 54 de la ley 55/2003.

³² Referida al ámbito de las relaciones laborales, la STS, Social, de 6 de mayo de 1994 (RJ 1994, 4003), señaló que, durante la huelga se pierden los descansos compensatorios, es decir, el ejercicio del derecho de huelga durante los días festi-

vos o de descanso semanal impide que se desplieguen el régimen de los descansos alternativos.

³³ El descanso diario será de 12 horas ininterrumpidas y tendrá lugar entre el final de una jornada y el comienzo de la siguiente (art. 51.2 EMPE). El descanso semanal será ininterrumpido y tendrá una duración media de 36 horas semanales en un período de dos meses naturales (arts. 52.1 y 52.2 EMPE).

³⁴ El Apartado IV.párrafo 6º del EMPE anuncia que regula los tiempos mínimos de descanso diario y semanal, articulando regímenes de descanso alternativo para los supuestos en los que la necesaria prestación continuada de servicios impida su disfrute en los períodos señalados.

nidad del servicio, como es el caso de la atención sanitaria.

Aunque el EMPE no contempla la posibilidad de compensar el festivo no disfrutado mediante descanso alternativo, la Sala IV del TS reconoció en su día que la programación funcional de los centros puede exigir al personal que trabaje en festivos intersemanales, con el consiguiente derecho al descanso compensatorio, de modo que *el personal tiene derecho a disfrutar tantos días naturales de descanso compensatorio como festivos haya trabajado*, siendo admisible trasladar el disfrute de la fiesta a otro día³⁵. En definitiva, el TS introdujo una regla de descanso compensatorio no prevista legalmente, aunque no parece contraria al art. 54 del EMPE. En cualquier caso, habrá que estar a las normas, acuerdos y pactos autonómicos suscritos sobre este punto³⁶.

B. Un caso particular: el descanso posterior a una jornada de 24 horas de trabajo ininterrumpido

El art. 51.3 del EMPE permite reducir (que no eliminar) el período mínimo de descanso ininterrumpido de 12 horas entre el final de una jornada y el comienzo de la siguiente, *en los términos que exija la propia causa que lo justifique*, en los casos de trabajo a turnos, y cuando se sucedan en un intervalo inferior a 12 horas, tiempos de trabajo correspondientes a jornada ordinaria, jornada com-

plementaria o, en su caso, jornada especial, con la consiguiente aplicación del régimen de descansos alternativos del art. 54 del EMPE. En definitiva, el art. 51.3 del EMPE autoriza la reducción del descanso diario mínimo de 12 horas subsiguiente a la jornada ordinaria máxima, que el art. 51.1.párrafo 1º del EMPE fija en 12 horas ininterrumpidas, pero no contempla expresamente la posibilidad de reducir el descanso diario mínimo subsiguiente a una jornada de 24 horas.

La posibilidad de posponer el descanso subsiguiente a una jornada de 24 horas, con la consiguiente aplicación del régimen de descansos alternativos, merece especial atención. El EMPE permite que el personal trabaje 24 horas de forma ininterrumpida cuando realiza: 1) jornada complementaria (guardias) (art. 48 EMPE); 2) tiempos conjuntos de jornada ordinaria (art. 47 EMPE) y complementaria (art. 48 EMPE); 3) tiempos conjuntos de jornada ordinaria/complementaria y especial (peonadas) (art. 49 EMPE), *siempre que existan razones organizativas y asistenciales que así lo justifiquen*; y, 4) una jornada ordinaria que se hubiera establecido *con carácter excepcional y cuando así lo aconsejen razones organizativas y asistenciales* [art. 51.1.párrafo 2º EMPE]. En todos estos casos, procede el disfrute del descanso mínimo diario de 12 horas entre el final de la jornada de 24 horas y el comienzo de la siguiente jornada, descanso que debe incrementarse cuando se trate de jornadas ordinarias de hasta 24 horas. La cuestión reside en determinar si una vez finalizada la jornada prolongada de 24 horas el trabajador puede seguir prestando servicios, sin solución de continuidad, y compensarse posteriormente el descanso diario no disfrutado con descansos alternativos.

El descanso obligatorio e ininterrumpido subsiguiente a una jornada complementaria o a tiempos conjuntos de jornada ordinaria y complementaria se conoce coloquialmente con el término “libranza tras la guardia”, y merece especial atención. El EMPE no contempla, como tal, el derecho a un descanso específico tras una jornada de 24 horas, distinto de los tiempos mínimos de descanso diario y semanal. El art. 51.2 del EMPE establece un descanso diario, irrenunciable, mínimo e ininterrumpido, de 12 horas entre el final de una jornada y el comienzo de la siguiente, lo cual obliga a que, tras una guardia de noche, la nueva jornada de trabajo se inicie transcurridas, al menos, 12 horas de

³⁵ En este sentido, vid., STS, Recurso de casación por infracción de ley, de 15 de septiembre de 1989; y STS, RCU, de 16 de diciembre de 1993 (RJ 1993, 9962). Vid., ARETA MARTÍNEZ, M.: “Artículo 61. Régimen de fiestas y permisos”, en AAVV (Dirs., PALOMAR OLMEDA, A. y SEMPERE NAVARRO, A.V.; y Coord., MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L.): *Comentarios a la Ley 55/2003 del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2006, pg. 522; CAVAS MARTÍNEZ, F. y SEMPERE NAVARRO, A.V.: *El Personal Estatutario de la Seguridad Social en la Doctrina de Unificación (1991-1998)*, Aranzadi, Pamplona, 1999, pgs. 79 y 80; y RABANAL CARBAJO, P.: “Tiempo de trabajo del personal estatutario de la Seguridad Social”, en AAVV: *Personal Estatutario de la Seguridad Social*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, pgs. 204 y 205.

³⁶ Desde el momento en que el art. 61 del EMPE reconoce al personal el derecho a disfrutar *del régimen de fiestas que se establezca en el ámbito de cada una de las Comunidades Autónomas* está atribuyendo a las normas, acuerdos y pactos autonómicos la potestad para regular esta materia, en general, y el régimen de descansos alternativos a las fiestas no disfrutadas, en particular.

descanso ininterrumpido. En la práctica, una parte de las 12 horas de descanso diario subsiguiente a una guardia de noche puede coincidir con:

- La jornada ordinaria de trabajo del día siguiente, lo cual se traduce en la libranza del día saliente de guardia. Si el personal sanitario no pudiera librar el día saliente, procedería el régimen de descansos alternativos al descanso diario.

- Un festivo intersemanal. Cuando la guardia se realiza en víspera de fiesta, el descanso diario subsiguiente no se traslada al primer día hábil laborable siguiente al festivo, quedando incluido en éste³⁷. Si el personal sanitario fuera requerido para trabajar el festivo correspondiente al día saliente de guardia, procedería la aplicación del régimen de descansos alternativo al festivo no disfrutado.

- El inicio del descanso semanal. Cuando la guardia se realiza en sábado, el descanso diario subsiguiente coincide con domingo, es decir, con el inicio del descanso semanal, quedando comprendido en éste³⁸. En estos casos, el descanso semanal, mínimo y obligatorio, de 36 horas, se prolonga hasta el lunes, sin que el lunes puede exigirse la jornada ordinaria de mañana, lo cual, en la práctica, se traduce en la libranza de este día³⁹. Si el personal sanitario no pudiera descansar el lunes, se aplicaría el régimen de descansos alternativo al descanso semanal.

El TS ha precisado que el personal sanitario tiene derecho a librar no sólo tras una guardia de presencia física sino también tras una guardia loca-

lizada en la que se prestan servicios efectivos, equiparando estas últimas a las de presencia física⁴⁰.

Junto a las 24 horas de trabajo ininterrumpido, por jornada complementaria o por tiempos conjuntos de jornada ordinaria y complementaria, el art. 51.1.párrafo 2º del EMPE contempla la posibilidad de realizar una jornada ordinaria de *hasta 24 horas para determinados servicios o unidades sanitarias*: 1) mediante la programación funcional de los centros; 2) con carácter excepcional; 3) cuando así lo aconsejen razones organizativas o asistenciales; y, 4) siempre que los períodos mínimos de descanso

⁴⁰ Sobre la equiparación entre las guardias de presencia física y las guardias localizadas con prestación efectiva de servicios, vid., STS, Social, RCO, de 16 de diciembre de 2002 (RJ 2003, 2339); y SSTS, RCU, de 10 de marzo de 1999 (RJ 1999, 2125), 12 de julio de 1999 (RJ 1999, 6447), 22 de septiembre de 1999 (RJ 1999, 7537), 13 de octubre de 1999 (RJ 1999, 7874), 22 de noviembre de 1999 (RJ 1999, 9505), 18 de febrero de 2000 (RJ 2000, 2051), 21 de mayo de 2001 (RJ 2001, 5469), y 27 de enero de 2005 (RJ 2005, 1739).

En relación con las guardias de presencia física, las SSTJCE de 3 de octubre de 2000 (Asunto C-303/98), 9 de septiembre de 2003 (Asunto C-151/02) y 1 de diciembre de 2005 (Asunto C-14/04), aclararon que computa como tiempo de trabajo la totalidad del tiempo de presencia física en el centro sanitario, aunque al interesado se le permita descansar en su lugar de trabajo durante los períodos en que no se soliciten sus servicios, sin que esos períodos de inactividad dentro del marco de la atención continuada pueden considerarse como tiempo de descanso. En el mismo sentido, vid., SSTS, RCU, de 27 de noviembre de 2006 (RJ 2006, 9293 y 10032), 5 de diciembre de 2006 (RJ 2007, 89), 1 febrero de 2007 (RJ 2008, 5343), 5 de julio de 2007 (RJ 2007, 5485), 18 de septiembre de 2007 (RJ 2007, 8491), y 21 de diciembre de 2007 (RJ 2008, 1544). Al respecto vid., DE LA PUEBLA PINILLA, A.: "Últimas y contradictorias respuestas judiciales sobre la flexibilización del tiempo de trabajo del personal sanitario", *Aranzadi Social*, núm. 10, 2008, pgs. 47-55; GORELLI HERNÁNDEZ, J.: "Guardias en la sanidad. Extensión de la normativa estatutaria al personal laboral", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 21, 2009; y MARTÍNEZ BARROSO, Mª R.: "Sobre las guardias médicas de presencia física y el derecho al descanso subsiguiente", *Aranzadi Social*, Tomo II, 2008 (BIB 2001/980).

En relación con las guardias localizadas, el art. 48.2.párrafo 2º del EMPE señala que los períodos de localización no se computan como jornada pero si el trabajador es requerido para la prestación de servicios, tienen la consideración de tiempo de trabajo tanto la duración del trabajo desarrollado como el tiempo de desplazamiento. No obstante, mientras el EMPE señala que computa como jornada el tiempo invertido en el desplazamiento, sin limitación alguna, el art. 29 Real Decreto 235/2007, de 18 de diciembre, que aprueba el Acuerdo regulador de la condiciones de trabajo del personal de Osakidetza-Servicio Vasco de Salud, computa el tiempo de desplazamiento *por un máximo de media hora*.

³⁷ La Sala de lo Social del TS ha señalado en reiteradas ocasiones que cuando los facultativos realicen guardias en vísperas de domingos, festivos o sábados no laborables, la libranza queda incluida en el día festivo siguiente o, en su caso, en el descanso semanal que se inicia el día saliente. En este sentido, vid., SSTS, Social, RCU, de 20 de febrero de 1992 (RJ 1992, 1044), 9 de junio de 1992 (RJ 1992, 4552), 22 de febrero de 1994 (RJ 1994, 1224), 24 de junio de 1994 (RJ 1994, 5483), 7 de octubre de 1994 (RJ 1994, 7754), y 11 de diciembre de 2002 (RJ 2003, 1956).

³⁸ El art. 52.1 del EMPE contempla un descanso semanal irrenunciable, mínimo e ininterrumpido, de 24 horas, incrementado con el descanso mínimo diario de 12 horas, de modo que la duración mínima del descanso semanal es de 36 horas.

³⁹ Vid., SSTS, Social, RCU, de 10 de marzo de 1999 (RJ 1999, 2125), 12 de julio de 1999 (RJ 1999, 6447), 22 de septiembre de 1999 (RJ 1999, 7537), 13 de octubre de 1999 (RJ 1999, 7874), 22 de noviembre de 1999 (RJ 1999, 9505), 18 de febrero de 2000 (RJ 2000, 2051), 21 de febrero de 2000 (RJ 2000, 2055) y 21 de mayo de 2001 (RJ 2001, 5469).

ininterrumpido subsiguientes se amplíen⁴¹: a) de acuerdo con los resultados de los correspondientes procesos de negociación sindical en los servicios de salud⁴²; y, b) con la debida progresividad para hacerlos compatibles con las posibilidades de los servicios y unidades afectados por las mismas. El art. 51.1.párrafo 2º del EMPE autoriza excepcionalmente a realizar una jornada ordinaria de hasta a 24 horas (no más) pero no prevé expresamente la reducción del descanso diario subsiguiente y la consiguiente aplicación del régimen de descansos alternativos; es más, establece expresamente que el descanso subsiguiente a una jornada ordinaria “excepcional” de hasta 24 horas será superior al descanso diario mínimo de 12 horas. Por su parte, el art. 51.3 del EMPE autoriza la reducción del descanso diario mínimo subsiguiente a la jornada ordinaria, con la aplicación del régimen de descansos alternativos del art. 54, pero siempre que la jornada ordinaria no supere las 12 horas de trabajo ininterrumpido del art. 51.1.párrafo 1º del EMPE.

En definitiva, el EMPE contempla dos tipos de jornadas ordinarias. Por una parte, la jornada ordinaria “normal”, con una duración máxima de 12 horas (art. 51.1.párrafo 1º EMPE) y seguida de un período mínimo de descanso ininterrumpido de 12 horas (art. 51.2 EMPE), que podrá reducirse con la consiguiente aplicación del régimen de descansos alternativos (arts. 51.3 y 51.4 EMPE). Por otra parte, la jornada ordinaria “excepcional” (art. 51.1.párrafo 2º EMPE), con una duración máxima de hasta 24 horas, seguida de un descanso diario mínimo que deberá superar las 12 horas de acuerdo con los resultados de los correspondientes procesos de negociación sindical, y que no podrá reducirse, prolongando la jornada ordinaria más allá de las 24

horas, lo cual impide la entrada del régimen de descansos alternativos.

En relación con el personal residente en formación en Ciencias de la Salud, el art. 5.1.b). párrafo 2º del Real Decreto 1146/2006, en la redacción dada por la Disposición Final Primera del Real Decreto 183/2008, establece que, después de 24 horas de trabajo ininterrumpido, el residente tiene derecho a un descanso continuo de 12 horas, *salvo en casos de emergencia asistencial*. La disposición normativa autoriza que los residentes realicen más de 24 horas de trabajo ininterrumpido, no sólo de jornada complementaria o de tiempos conjuntos de jornada ordinaria y complementaria, sino también de jornada ordinaria. Por tanto, el Real Decreto 1146/2006, al igual que el EMPE, contempla dos tipos de jornadas ordinarias: 1) la jornada ordinaria “normal”; y, 2) la jornada ordinaria “excepcional”. Lo llamativo es que en el art. 5.1.b).párrafo 2º del Real Decreto 1146/2006, a diferencia del art. 51.1.párrafo 2º del EMPE: 1) se permite realizar una jornada laboral ordinaria de más de 24 horas cuando situaciones de emergencia asistencial obliguen a continuar con la actividad, reduciendo el descanso diario subsiguiente; 2) los períodos mínimos de descanso diario ininterrumpido subsiguientes a la jornada laboral ordinaria de 24 horas son de 12 horas, y no se prevé una duración superior, de acuerdo con los resultados de los correspondientes procesos de negociación; y, 3) el descanso ininterrumpido de 12 horas posterior a una jornada ordinaria de 24 horas, podrá reducirse en casos de emergencia asistencial, con la consiguiente aplicación del régimen de descansos alternativos. Se trata de una desigualdad normativa sin una justificación objetiva, razonable y proporcionada, hasta el punto de que puede resultar contraria al art. 14 de la CE y al Derecho comunitario⁴³.

La redacción inicial del art. 5.1.b) del Real Decreto 1146/2006 permitía reducir el descanso diario y prolongar de forma ininterrumpida una jornada laboral más allá de las 24 horas *en casos de especial interés formativo según criterio de su tutor o en casos de problemas organizativos insuperables*. Tal como ha expresado la Doctrina, desde

⁴¹ El art. 51.1.párrafo 2º del EMPE señala que cuando se establezcan jornadas ordinarias de hasta 24 horas para determinados servicios o unidades sanitarias, *los períodos mínimos de descanso ininterrumpido deberán ser ampliables*, es decir, la Administración sanitaria tiene obligación de aumentar la duración del descanso. En este sentido, vid., Sala Franco, T.: *El Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud. Comentarios a la Ley 55/2003, de 16 de diciembre. BOE de 17 de diciembre*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pgs. 81 y 82.

⁴² Afirma SALA FRANCO, T.: *El Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud...*, ob. cit., pg. 82, que si no se alcanzara un acuerdo sobre la ampliación de los períodos mínimos en la negociación sindical, *deberá imponerlos el correspondiente Servicio de Salud*.

⁴³ Sobre esta cuestión, vid., BAZ RODRÍGUEZ, J.: *El contrato de trabajo de los residentes*, ob. cit., pgs. 137-140; y PALOMAR OLMEDA, A. y VÁZQUEZ GARRANZO, J.: *Los médicos internos residentes. Régimen jurídico del MIR*, Dykinson, Madrid, 2009, pgs. 279-282.

un punto de vista pedagógico es muy difícil entender que, después de 24 horas continuadas de actividad laboral, un profesional en formación pueda mantener su capacidad de atención lo suficientemente alerta como para legitimar la exigencia de que puedan existir casos de especial interés formativo que justifiquen la imposición por el tutor de su permanencia en el puesto de trabajo, no sólo como observador sino como un trabajador operativo⁴⁴.

C. La pausa y las vacaciones

El EMPE no recoge los descansos alternativos a la pausa en el trabajo, que sí admite el Derecho comunitario. El art. 4 de la Directiva 2003/88/CE señala que cuando el tiempo diario de trabajo supere las 6 horas, los trabajadores tendrán derecho a disfrutar de una pausa de descanso, aunque las condiciones de concesión, su duración y las modalidades de disfrute serán fijadas por los Estados. Por su parte, los arts. 17.2 y 17.3.c.i) de la Directiva 2003/88/CE admiten la posibilidad de establecer excepciones al disfrute de la pausa para el personal de los centros y servicios sanitarios, *siempre que se concedan períodos equivalentes de descanso compensatorio a los trabajadores de que se trate*. En el caso de España, el art. 50 del EMPE configura la pausa como un descanso irrenunciable y con duración mínima legal⁴⁵, pero puede fraccionarse⁴⁶ y no tiene señalado legalmente un momento determinado para su disfrute, sino que *se supeditará al mantenimiento de la atención de los servicios*⁴⁷, de ahí que no prevea el descanso alternativo a la pausa. El EMPE configura la pausa de tal modo que el período de disfrute se establecerá,

⁴⁴ Vid., PÉREZ GÓMEZ, J.M^o: “La reducción del descanso diario o semanal de los MIR: una infracción indemnizable”, *Aranzadi Social*, núm. 3, 2008, pgs. 53-58.

⁴⁵ La pausa no tendrá una duración inferior a 15 minutos cuando la jornada tenga una duración de seis horas continuadas (art. 50 EMPE). La duración de las vacaciones no será inferior a 30 días naturales, o al tiempo que proporcionalmente corresponda en función del tiempo de servicio (art. 53.1 EMPE).

⁴⁶ El art. 53.2 del EMPE hace referencia al *período o períodos de disfrute de la vacación anual*, lo cual muestra que su disfrute puede fraccionarse en varios períodos a lo largo del año.

⁴⁷ El momento de disfrute de la pausa *se supeditará al mantenimiento de la atención de los servicios* (art. 50 EMPE); y el de las vacaciones *se fijará conforme a lo que prevea al respecto la programación funcional del correspondiente centro* (art. 53.2 EMPE).

en función de las necesidades del servicio, cuando realmente pueda disfrutarse, de tal forma que difícilmente podría darse el caso de no disfrutarla en el período señalado, justificando la posterior aplicación del régimen de descansos alternativos. No obstante, si una vez fijada la pausa, ésta no pudiera disfrutarse por circunstancias muy excepcionales, cabría la posibilidad de cuestionarse hasta qué punto esa falta de disfrute en el período señalado podría compensarse con períodos equivalentes de descanso: aunque el EMPE no contempla este supuesto, parece que no habría inconveniente en invocar el efecto directo de la Directiva 2003/88/CE para, primero, mermar el disfrute de la pausa, y, segundo, compensar la merma con descanso alternativo.

El EMPE tampoco contempla los descansos alternativos a las vacaciones porque al igual que la pausa, aunque es un derecho irrenunciable y tiene una duración mínima, el período de disfrute no está prefijado legalmente y puede fraccionarse. Por su parte, la Directiva 88/2003/CE no prevé excepciones al régimen de vacaciones ni la concesión de períodos equivalentes de descansos compensatorios. Desde el momento en que la programación funcional de cada centro establece el período vacacional y atribuye a los trabajadores una fecha para su disfrute, no es posible su modificación ni su interrupción, de modo que el régimen de descansos alternativos no tiene cabida. No obstante lo anterior, cabría plantearse la posibilidad de interrumpir el disfrute del período vacacional por necesidades excepcionales del servicio, con la consiguiente reincorporación anticipada del trabajador (antes de finalizar las vacaciones) y el derecho al descanso compensatorio por el período restante. Lo cierto es que la normativa (interna, comunitaria e internacional) y Jurisprudencia silencian esta cuestión, y su tratamiento por la Doctrina ha sido escaso, limitado al ámbito de las relaciones laborales. Un sector de la Doctrina opina que el trabajador no está obligado a interrumpir sus vacaciones antes del transcurso del período mínimo ininterrumpido establecido⁴⁸, de modo que el régimen de descansos alternativos no tendría cabida. Por el contrario,

⁴⁸ Vid., ALBIOL MONTESINOS, I.: *El fraccionamiento de las vacaciones en el Derecho Español del Trabajo*, Volumen 2, III CIDT, Sevilla, 1970; y VILLA GIL, L.E.: “Configuración jurídica de las vacaciones anuales retribuidas”, *Revista de Política Social*, núm. 81, 1969, pgs. 83-135.

otro sector estima la facultad del empresario para invocar necesidades del servicio o fuerza mayor, que justifiquen la reincorporación anticipada del trabajador, en cuyo caso sería compensado mediante el abono de los gastos ocasionados por tal interrupción y la concesión de días adicionales de vacaciones⁴⁹, es decir, podrían invocarse las reglas sobre descansos alternativos.

1.2 Los motivos que impiden el disfrute del descanso y determinan la aplicación del régimen de descansos alternativos

Los arts. 17.2 y 17.3.c).i) de la Directiva 2003/88/CE autorizan a los Estados para alterar los descansos diario y semanal y la pausa en actividades caracterizadas por *la necesidad de garantizar la continuidad del servicio*. En términos similares, el Apartado IV.párrafo 6º de la Exposición de Motivos del EMPE señala que el régimen de descansos alternativos a los tiempos mínimos de descanso diario y semanal procederá cuando éstos no se hayan disfrutado en el período señalado debido a *la necesaria prestación continuada de servicios*.

Así mismo, el descanso entre jornadas de trabajo se reducirá, *en los términos que exija la propia causa que lo justifique*, y procederá la aplicación del régimen de descansos alternativos establecido en el art. 54 del EMPE, cuando:

- El personal que trabaja a turnos cambie de equipo y no pueda disfrutar del descanso diario entre el final de una jornada de un equipo y el comienzo de la jornada del siguiente equipo [art. 51.3.a) EMPE]⁵⁰.

- En un intervalo inferior a 12 horas, se sucedan tiempo de trabajo correspondientes a jornada ordinaria, jornada complementaria o, en su caso, jornada especial [art. 51.3.b) EMPE].

Igualmente, para el ámbito de la relación laboral especial del personal residente en formación en Ciencias de la Salud, el art. 5.1.b).párrafo 2º del Real Decreto 1146/2006 señala que el descanso continuo de 12 horas subsiguiente a una jornada de 24 horas de trabajo ininterrumpido podrá alterarse *en casos de emergencia asistencial*.

Las referencias normativas señaladas permiten confirmar la necesidad de una causa justificada que: 1) impide al trabajador disfrutar de los tiempos mínimos de descanso en los períodos señalados; 2) obliga al trabajador a prestar servicios durante los períodos de descanso; y, 3) genera el derecho a compensar el descanso no disfrutado mediante descansos alternativos.

Llama la atención que el art. 52.2 del EMPE autorice la merma del descanso semanal, impidiendo su disfrute en el período señalado, aplicando el régimen de descansos alternativos, pero, sin embargo, omite toda referencia a una causa que lo justifique⁵¹.

Como ha quedado expuesto en la introducción a este trabajo, uno de los objetivos de la normativa que regula el tiempo de trabajo y descanso es garantizar el descanso del trabajador, que se considerará adecuado y efectivo no sólo cuando le permita recuperarse del cansancio generado por el trabajo, sino también cuando evite la posible alteración que la acumulación de periodos de trabajo sin el descanso necesario pueda representar en su seguridad y salud laborales. Por ello, las causas que impiden al trabajador disfrutar los tiempos mínimos de descanso en los períodos señalados con el fin de garantizar la atención continuada y permanente a la población deben ser excepcionales, justificadas y estar legalmente establecidas⁵², sin perjuicio de que esa falta de descanso se compense posteriormente con períodos de descanso equivalentes.

⁴⁹ En este sentido, vid., CHARRO BAENA, M^ªP.: *El derecho a vacaciones en el ámbito laboral. Origen y evolución histórica, sistema normativo y configuración jurídica del mismo*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1993, pgs. 563-568; y SEMPERE NAVARRO, A.V. y CHARRO BAENA, M^ª P.: *Las vacaciones laborales*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2003, pgs. 49, 50 y 161.

⁵⁰ El art. 56.2 del EMPE señala expresamente que el personal a turnos disfrutará de los períodos de descanso alternativos.

⁵¹ CAIRÓS BARRETO, D.M^ª: "La ordenación del tiempo de trabajo del personal estatutario de los servicios de salud", ob. cit., pg. 44, afirma que en este caso *habrá que estar al poder de organización de la dirección o gerencia del centro y entender que, efectivamente, deben haber sido razones organizativas o asistenciales graves las que hayan impedido el disfrute del descanso semanal mínimo*.

⁵² No obstante, el art. 52 del EMPE admite que el tiempo mínimo de descanso semanal no disfrutado se compense con descanso alternativo, pero no especifica las razones que pueden justificarlo.

En ocasiones, la necesidad de garantizar la atención continuada a la población conlleva un incremento de la jornada laboral del personal, con la consiguiente disminución/interrupción de los tiempos mínimos de descanso y la subsiguiente aplicación de las reglas de descanso alternativo. Por ello, es muy importante delimitar las causas y circunstancias que en un momento determinado permiten limitar el derecho de los profesionales a la seguridad y salud laboral mediante un descanso adecuado con el fin de garantizar y preservar el derecho de los ciudadanos a la protección de la salud mediante la organización de centros y establecimientos sanitarios que oferten atención socio-sanitaria de forma permanente y continuada.

Las causas legales que justifiquen la alternación de los descansos, y su posterior compensación mediante descansos alternativos, no son precisas y normalmente se determinan acudiendo al uso de conceptos jurídicos indeterminados (“necesidad de garantizar la continuidad del servicio” o “emergencia asistencial”), lo cual no resulta muy clarificador. Por ello, en la práctica, corresponde al poder de dirección y organización de la Administración sanitaria competente determinar con carácter excepcional, motivadamente y de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación (art. 103. CE), las causas que justifican en cada caso la alteración del descanso, garantizando, de una parte, la salvaguarda los intereses generales de la población, y, de otra, la protección eficaz de la seguridad y de la salud del trabajador.

Todo parece apuntar que las causas que permiten excepcionar el régimen legal de los tiempos mínimos de descanso deben estar relacionadas con situaciones de emergencia o fuerza mayor (catástrofes naturales, epidemias, pandemias, graves accidentes que afectan a un gran número de persona, disturbios, guerras, etc.), que conlleven una reducción inesperada de plantilla o un incremento imprevisible de la demanda sanitaria que implique la necesidad de más personal para garantizar la atención continuada, sin que haya tiempo suficiente para reorganizar la programación funcional del centro.

Sin embargo, más allá de las situaciones de emergencia asistencial o fuerza mayor, la realidad es que las necesidades estructurales de personal que regularmente tienen los centros sanitarios del

SNS⁵³ hacen que, en ocasiones, el personal sanitario no disfrute íntegramente de los tiempos mínimos de descanso en el momento legalmente establecido y, más concretamente, no libre el día siguiente a una guardia. La cuestión que late en el fondo de este asunto consiste en determinar hasta que punto las necesidades estructurales de carácter ordinario y no excepcional pueden facultar para que la programación funcional del centro pueda excepcionar el derecho al descanso con el fin de garantizar que la atención sanitaria se preste de forma continuada y permanente. Los Tribunales han señalado que en estos casos la Administración sanitaria no puede excepcionar el régimen de descansos, sin que ello suponga dejar sin efecto su facultades autoorganizativas ni las excepciones legales al descanso⁵⁴.

Ciertamente, junto a la reducción o interrupción de los tiempos mínimos de descanso del personal existen otros instrumentos válidos para garantizar que el servicio se preste con normalidad y continuidad como, por ejemplo, el recurso a la jornada especial, pero sucede, al igual que la reducción de los tiempos de descanso, que esta medida tiene carácter excepcional, y se aplica subsidiariamente, cuando la realización de jornada complementaria fuera insuficiente para garantizar la adecuada atención continuada y permanente, y siempre que existan razones organizativas o asistenciales que así lo justifiquen (art. 49 EMPE).

⁵³ Actualmente, la carencia de personal para cubrir las necesidades asistenciales en los centros sanitarios del SNS se origina, entre otros motivos, por: 1) la exención de guardias para el personal facultativo a partir de los 55 años de edad; 2) la reducción de efectivos en cada período vacacional; 6, 3) la falta de especialistas en zonas de dispersión geográfica (Ceuta, Melilla y las Islas Baleares y Canarias), tal como indican las Resoluciones que publican el Catálogo de Ocupaciones de Dificil Cobertura en los tres primeros trimestres del año 2010. En este sentido, vid.: 1) Resolución de 21 de diciembre de 2009, del Servicio Público de Empleo Estatal, por la que se publica el Catálogo de Ocupaciones de Dificil Cobertura para el primer trimestre de 2010 (BOE núm. 10, de 12 enero 2010 y BOE núm. 31, de 21 febrero 2010); 2) Resolución de 26 de marzo de 2010, del Servicio Público de Empleo Estatal, por la que se publica el Catálogo de Ocupaciones de Dificil Cobertura para el segundo trimestre de 2010 (BOE núm. 88, de 12 abril 2010); y 3) Resolución de 30 de junio de 2010, del Servicio Público de Empleo Estatal, por la que se publica el Catálogo de Ocupaciones de Dificil Cobertura para el tercer trimestre de 2010 (BOE núm. 172, de 16 julio 2010).

⁵⁴ En este sentido, vid., STSJ de La Rioja, Contencioso-Administrativo, de 13 de febrero de 2009 (JUR 2009, 210299).

Otra medida para garantizar la continuidad del servicio es la contratación de personal para realizar jornada complementaria, pero ello implica un desembolso económico que no todos los servicios de salud están en condiciones de presupuestar. En definitiva, aunque las necesidades organizativas, estructurales y asistenciales de carácter ordinario y no excepcional no justifican la limitación del derecho al descanso, con la consiguiente aplicación del régimen de descansos alternativos, lo cierto es que, en ocasiones, los centros e instituciones sanitarias tienen dificultades para mantener la continuidad del servicio si no recurren a ello. Por tanto, más allá de los supuestos de fuerza mayor y emergencia asistencial, se trata de ponderar si es posible en algún caso alterar los tiempos mínimos de descanso por razones estructurales de carácter ordinario.

2. Contenido y características del régimen de descansos alternativos

2.1 La naturaleza del período de descanso alternativo

Los descansos alternativos tienen una doble naturaleza: compensan los tiempos de descanso no disfrutados y limitan la jornada laboral. La programación funcional del centro puede determinar excepcionalmente que el personal no disfrute de los tiempos mínimos de descanso en los periodos señalados, pero lo que no puede es alterar las reglas sobre jornada máxima, de modo que si la prolongación de la jornada laboral como consecuencia de la reducción del descanso conlleva sobrepasar los límites legales de jornada máxima, no podrá realizar tal reducción. Precisamente, el hecho de que el descanso no disfrutado se compense con descansos alternativos y no en términos económicos permite no sólo garantizar el descanso del trabajador sino también no superar la jornada legal máxima. Así mismo, la exigencia de que la duración del descanso alternativo sea equivalente al tiempo de descanso no disfrutado, confirma que *los descansos cumplen una función de limitar indirectamente la duración del trabajo*⁵⁵.

Por otra parte, los descansos diario y semanal no tienen la consideración de trabajo efectivo (art. 58.2 EMPE), lo cual significa que no son retribu-

dos ni pueden tomarse para el cómputo de la jornada ordinaria de trabajo. Ello guarda coherencia con la doctrina jurisprudencial más reciente que considera que si el descanso diario subsiguiente a una guardia (libranza) coincide con domingo o festivo intersemanal (guardia en sábado o víspera de fiesta), la libranza, además de quedar incluida en el descanso semanal del domingo o en el festivo, no computa como día trabajado a efectos del cumplimiento de la jornada anual ordinaria⁵⁶.

El descanso alternativo comparte la misma naturaleza que el descanso no disfrutado que compensa, de modo que los descansos alternativos al descanso diario y al descanso semanal (art. 58.2 EMPE): 1) no tienen la consideración de trabajo; 2) no son retribuidos; y, 3) no podrán ser tomados para el cómputo de la jornada ordinaria de trabajo.

2.2 El descanso no disfrutado se compensa con descanso alternativo

Los descansos mínimos no disfrutados no pueden compensarse económicamente sino, única y exclusivamente, con descanso alternativo (art. 54.3 EMPE). El EMPE prohíbe la sustitución de los descansos alternativos por compensación económica, pero no regula las consecuencias que lleva aparejado el incumplimiento de tal prohibición. Llegados a este punto, conviene destacar que una cosa es que el descanso no disfrutado no pueda sustituirse por compensación económica, y otra diferente la indemnización de daños y perjuicios que pudiera exigirse por incumplimiento contractual del régimen legal de descansos alternativos, de naturaleza resarcitoria⁵⁷.

⁵⁶ Vid., STS, Social, RCUd, de 20 de mayo de 2003 (RJ 2003, 5299).

⁵⁷ En este sentido, la STSJ de Castilla y León/Burgos, de 10 de diciembre de 2009 (AS 2009, 2706), es clara cuando afirma que, *en suma, y como conclusión, no es que la parte actora pretenda el reconocimiento y pago de una cantidad de tipo salarial, sino por el contrario una indemnización como consecuencia del incumplimiento por la Administración del período de descanso al que tiene derecho, y que no ha disfrutado. Este derecho a indemnización no puede ser compensado con el supuesto pago de cantidades de haberes ordinarios, o complementos, sino que se trata de un concepto pecuniario distinto, que a la luz de la doctrina antes expresada, tiene derecho a su reclamación y cobro la parte actora.*

⁵⁵ En este sentido, vid., MONREAL BRINGSVAERD, E.: *La relación laboral del residente sanitario*, ob. cit., pg. 239.

En el ámbito de la relación laboral del personal residente en formación y antes de la aprobación y entrada en vigor del Real Decreto 1146/2006, el TS declaró la nulidad de las cláusulas contractuales que impedían o limitaban el disfrute al descanso diario de 12 horas⁵⁸. En algunos servicios de salud se generó una intensa conflictividad por: 1) la falta de reconocimiento del descanso mínimo de 12 horas subsiguiente a una guardia nocturna de presencia física, enlazando la guardia con la jornada laboral del día siguiente; y, 2) la reducción del descanso semanal cuando la guardia se realizaba en sábado, descansando el domingo y debiendo incorporarse a la jornada laboral del lunes, sin disfrutar las 36 horas de descanso mínimo ininterrumpido. Sucede que en muchos casos la negativa al disfrute de la libranza no ha llevado aparejado en la práctica el ejercicio de acciones dirigidas a reclamar el derecho al descanso alternativo, sino el ejercicio de acciones dirigidas a reclamar una indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento contractual⁵⁹.

⁵⁸ Actualmente, el art. 5.1.b).párrafo 1º del Real Decreto 1146/2006 declara expresamente el derecho del personal residente en formación en Ciencias de la Salud a un descanso diario mínimo de 12 horas continuadas entre una jornada y otra. Antes de tal previsión normativa, el TS declaró la aplicación del art. 34.1 del ET a los MIR contratados por las instituciones sanitarias para prestar servicios y adquirir formación sanitaria especializada en lo concierne al descanso mínimo entre jornadas, declarando la nulidad de las cláusulas de los contratos-tipo que no incorporaban un período de libranza tras las guardias sino que, por ejemplo, señalaban que la prestación de servicios nocturnos de presencia física no implicaba necesariamente la libranza del día siguiente al de su realización. En este sentido, vid., SSTS, RCO, de 15 de febrero de 1999 (RJ 1999, 1800), 8 de junio de 2001 (RJ 2001, 5505), 18 de febrero de 2003 (RJ 2003, 3805), y 9 de diciembre de 2004 (RJ 2005, 874). También, vid., ATS de 16 de septiembre de 2008 (JUR 2008, 328174). La postura del TS fue posteriormente acogida por la Doctrina Judicial. Por todas, vid., STSJ Andalucía/Sevilla, de 13 de abril de 2000 (AS 2001, 2763).

⁵⁹ La acción judicial ejercitada para impugnar el sistema de distribución de trabajo, pedir el respeto de los períodos de descanso y exigir el disfrute de los descansos alternativos, no es meramente declarativa, al responder a un interés concreto, efectivo y actual; no se trata de una acción que tenga sólo un interés preventivo o cautelar, no efectivo ni actual. En este sentido, vid., por todas, SSTS, Social, de 23 de septiembre de 1998 (RJ 1998, 7300), 31 de mayo de 1999 (RJ 1999, 7157), 23 de noviembre de 1999 (RJ 1999, 9509) y 17 de diciembre de 1999 (RJ 2000, 522); y SSTSJ de Cantabria, Social, de 24 de junio de 2002 (JUR 2002, 195284) y 6 de noviembre de 2002 (JUR 2003, 81176).

La Sala de lo Social del TSJ de Baleares⁶⁰ inició en su día una Doctrina Judicial, seguida por el TSJ de Castilla y León⁶¹, según la cual, el impedi-

⁶⁰ Vid., SSTSJ de Baleares, de 30 de enero de 2002 (JUR 2002, 99082), 21 de marzo de 2003 (JUR 2004, 10705), 12 de mayo de 2003 (JUR 2004, 11052), 30 de mayo de 2003 (JUR 2004, 11235) y 17 de marzo de 2004 (JUR 2004, 181945).

⁶¹ Vid., SSTSJ de Castilla y León/Burgos, de 1 de diciembre de 2005 (AS 2005, 3556), 16 de diciembre de 2005 (JUR 2006, 24526), 29 de diciembre de 2005 (AS 2006, 90 y 392), 2 de febrero de 2006 (AS 2006, 773), 13 de marzo de 2006 (JUR 2006, 126958), 27 de junio de 2006 (JUR 2006, 229940, 236122, 236124, 236125, 236138, 236140, 236143, 236145, 236146, 236159, 236169 y 240427), 5 de julio de 2006 (AS 2006, 1997 y 2238; y JUR 2006, 229761, 235979, 235983, 235992, 235994 y 235996), 27 de julio de 2006 (AS 2006, 2561; y JUR 2006, 210745, 235561, 235562, 235564, 235565, 235566, 235578, 235595, 235596, 235606, 235994 y 235996), 19 de septiembre de 2006 (AS 2006, 2844; y JUR 2006, 287030), 26 de septiembre de 2006 (JUR 2006, 257495, 257498, 257537, 257540, 257560 y 257562), 11 de octubre de 2006 (JUR 2006, 267769, 267794, 267808 y 267810), 17 de octubre de 2006 (JUR 2006, 267673, 267675, 267676 y 267680), 18 de octubre de 2006 (JUR 2006, 267658 y 267660), 19 de octubre de 2006 (JUR 2006, 267633 y 267635), 3 de noviembre de 2006 (AS 2006, 2886; y JUR 2006, 267344, 277577 y 277591), 22 de noviembre de 2006 (AS 2007, 881; y JUR 2007, 14215, 14238, 14249, 14289, 14291 y 23615), 23 de noviembre de 2006 (JUR 2007, 14153 y 14154), 24 de noviembre de 2006 (JUR 2007, 14116), 29 de noviembre de 2006 (JUR 2007, 60715 y 60739), 30 de noviembre de 2006 (JUR 2007, 60699), 4 de diciembre de 2006 (JUR 2007, 60606, 60615 y 60628), 5 de diciembre de 2006 (AS 2007, 353; y JUR 2007, 60580), 14 de diciembre de 2006 (AS 2007, 2118), 19 de diciembre de 2006 (JUR 2007, 60240), 25 de enero de 2007 (JUR 2007, 219878), 7 de febrero de 2007 (AS 2007, 2146), 26 de julio de 2007 (JUR 2007, 331397, 331406, 331446 y 331447), 18 de septiembre de 2007 (JUR 2007, 363691), 25 de septiembre de 2007 (JUR 2007, 363406), 26 de septiembre de 2007 (JUR 2008, 5717), 27 de septiembre de 2007 (JUR 2008, 5662 y 5688), 4 de octubre de 2007 (AS 2007, 3471), 11 de octubre de 2007 (JUR 2008, 12960), 18 de octubre de 2007 (JUR 2008, 12273, 12315, 12356 y 12358), 23 de octubre de 2007 (JUR 2008, 12080, 12092, 12116, 12117, 12131 y 21657), 24 de octubre de 2007 (JUR 2008, 11976, 11981, 11991 y 12033), 25 de octubre de 2007 (JUR 2008, 11917, 11928, 11929, 11941, 11944, 11945, 11946, 11947, 11962 y 11963), 8 de noviembre de 2007 (JUR 2008, 67112, 67137, 67138, 67189 y 67208), 5 de diciembre de 2007 (AS 2008, 722), 13 de diciembre de 2007 (AS 2008, 748), 24 de enero de 2008 (JUR 2008, 106178), 17 de enero de 2008 (AS 2008, 315), 5 de febrero de 2008 (JUR 2008, 131502 y 131503), 6 de febrero de 2008 (AS 2008, 1212; y JUR 2008, 131353), 7 de febrero de 2008 (JUR 2008, 131158), 12 de febrero de 2008 (JUR 2008, 130847), 14 de febrero de 2008 (AS 2008, 1317; JUR 2008, 130681), 19 de febrero de 2008 (), 20 de febrero de 2008 (JUR 2008, 135992), 27 de febrero de 2008 (JUR 2008, 144182 y 144280), 6 de marzo de 2008 (JUR 2008, 143208), 13 de marzo de 2008 (JUR 2008, 164295), 10 de abril de 2008 (JUR 2008, 19778), 17 de abril de 2008 (JUR 2008, 225551), 29 de abril de 2008 (AS 2008, 1730), 29 de mayo de 2008 (JUR 2008, 355712), 10 de diciembre de 2009 (AS 2009, 2706; y JUR 2010,

mento empresarial del disfrute de la libranza posterior a la guardia constituye un incumplimiento contractual, susceptible de ser indemnizado (arts. 1101, 1255 y 1258 CC); indemnización calculada según los días indebidamente trabajados, a partir de la retribución fijada para la jornada ordinaria de trabajo. La situación descrita da pie a pensar que, en última instancia, la supresión del descanso posterior a una guardia no queda compensada con descanso alternativo sino en términos económicos. Con todo, la Doctrina Judicial expuesta no es unánime, y el TSJ de Asturias consideró que las horas de trabajo que excedieran el límite del art. 34 del ET, por la supresión del descanso subsiguiente a la guardia, no constituían una infracción contractual, al poder incluirse en la jornada semanal máxima de 58 horas de media que, con carácter general, la Directiva 2003/88/CE fijaba en aquel momento⁶².

Tras la entrada en vigor del Real Decreto 1146/2006, y de acuerdo con lo dispuesto en su art. 5.1.b). párrafo 2º, la libranza posterior a la guardia es un descanso irrenunciable, que podrá alterarse en situaciones de emergencia asistencial pero, en tal caso, no podrá compensarse económicamente sino mediante el régimen de descansos alternativos del EMPE, que es igualmente irrenunciable.

34354), 17 de diciembre de 2009 (AS 2010, 529; y JUR 2010, 50053, 50057 y 50075), 28 de enero de 2010 (JUR 2010, 101302), 11 de marzo de 2010 (JUR 2010, 154016), y 22 de abril de 2010 (JUR 2010, 193451).

⁶² Cuando la guardia de presencia física era de lunes a viernes, ésta comenzaba a las 15.00 h. y terminaba a las 8.00 h. del día siguiente, continuando con la jornada laboral ordinaria, sin descanso ni libranza, lo cual suponía un total de 31 horas de trabajo. Si la guardia era el sábado, se desarrollaba desde las 10.00 h. hasta las 10.00 h. del domingo, incorporándose a la jornada laboral ordinaria del lunes, sin disfrutar las 36 horas de descanso mínimo semanal. Finalmente, cuando la guardia se realizaba en domingo, comenzaba a las 10.00 h. y finalizaba a las 8.00 h. del lunes, continuando en ese momento con la jornada laboral ordinaria hasta las 15.00 h. El TSJ de Asturias consideró que en todas estas situaciones la suma de las horas de jornada ordinaria y las de atención continuada nunca excedió el límite de 58 horas semanales de media. Vid., SSTSJ de Asturias, de 10 de noviembre de 2006 (AS 2007, 1666; y JUR 2007, 133647), 24 de noviembre de 2006 (JUR 2007, 223585), 22 de diciembre de 2006 (JUR 2007, 221792), 9 de febrero de 2007 (AS 2007, 2168), 16 de febrero de 2007 (JUR 2007, 217362), 16 de marzo de 2007 (AS 2007, 2604), 23 de marzo de 2007 (AS 2007, 1943; y JUR 2007, 213989), 4 de mayo de 2007 (AS 2007, 2405), 1 de junio de 2007 (JUR 2007, 286818), 8 de junio de 2007 (AS 2007, 2486), 22 de junio de 2007 (AS 2007, 2446), 14 de septiembre de 2007 (JUR 2007, 354510) y 18 de julio de 2008 (AS 2008, 2470).

Llegado este punto, conviene recordar que la alteración del descanso diario de 12 horas subsiguiente a una guardia (libranza) no constituye, por sí mismo, un incumplimiento contractual porque tanto el Real Decreto 1146/2006 como el EMPE lo permiten en determinadas circunstancias y siempre que lleve aparejado el reconocimiento del descanso alternativo posterior. El incumplimiento contractual lo sería, en su caso, del régimen de descansos alternativos y, por tanto, la indemnización de daños y perjuicios no procede tanto por incumplimiento del descanso diario sino del descanso alternativo. En conclusión, los descansos legales no pueden sustituirse por compensación económica sino por medio de descansos alternativos, y la reclamación de daños y perjuicios debiera plantearse por incumplimiento del régimen de descansos alternativos y no tanto por incumplimiento del descanso diario.

Finalmente, el art. 54.3 del EMPE señala que, excepcionalmente, los descansos alternativos podrán sustituirse por compensación económica cuando no puedan disfrutarse por (art. 54.3 EMPE):

- Finalización de la relación de servicios. Si la relación de servicios llega a su fin sin que el personal haya disfrutado de los descansos alternativos, cabe su compensación económica, aunque el EMPE no precisa su cuantía ni el modo de cálculo. La primera duda de interpretación que plantea esta excepción es si la posibilidad de sustituir el descanso alternativo por compensación económica se extiende a todos los supuestos de finalización de la relación de servicios, o únicamente a las extinciones que se producen de manera súbita o imprevista antes del período de descanso⁶³.

- Las circunstancias derivadas del hecho insular, en coherencia con el art. 138.1 de la CE, según el cual, el Estado atenderá *las circunstancias del hecho insular*⁶⁴. No parece muy clara cuál sea la

⁶³ MONREAL BRINGSVAERD, E.: *La relación laboral del residente sanitario*, ob. cit., pgs. 240 y 241, considera que la finalidad del art. 54.3 EMPE es la misma que la del art. 7.2 de la Directiva 2003/88/CE, que impide la sustitución del período vacacional por compensación económica, salvo en el caso de la finalización de la prestación de servicios. Por ello, afirma el autor, el descanso alternativo únicamente puede sustituirse por compensación económica *cuando se trate de una extinción imprevista, no cuando se deba a la llegada del término final del contrato*.

⁶⁴ El EMPE también toma en consideración las circunstancias derivadas del hecho insular a propósito del régimen

situación relacionada con el hecho insular que impida el disfrute del descanso: si los supuestos en los que el personal trabaja en una isla y su domicilio o lugar de descanso se encuentra en la península o en otra isla, de modo que puedan darse situaciones en las que no sea físicamente posible disfrutar del descanso, o viceversa⁶⁵.

Conviene examinar hasta qué punto la compensación económica que en los dos supuestos excepcionales señalados sustituye al descanso alternativo puede incluirse dentro del término “protección equivalente”, al que hace referencia el art. 17.2 de la Directiva 2003/88/CE para *aquellos casos excepcionales en que por razones objetivas no sea posible la concesión de tales períodos equivalentes de descanso compensatorio*. La Directiva recurre en este punto al uso de conceptos jurídicos indeterminados, sin precisar las razones objetivas que justifican la supresión de descansos alternativos, ni las medidas de protección equivalentes que les sustituyan.

El art. 54.3 del EMPE precisa los supuestos en los que el descanso compensatorio podrá sustituir por compensación económica pero no la cuantía de ésta ni el modo de calcularla. Cabe entender que sobre este punto habrá de estarse a lo dispuesto en las normas y acuerdos autonómicos, sin que la citada cuantía sea inferior a la retribución equivalente a las horas trabajadas y no descansadas, tomando el valor de la hora ordinaria de trabajo.

2.3 La duración del descanso alternativo

La duración total descanso compensatorio o alternativo no podrá ser inferior al tiempo no descansado (art 54.1 EMPE). Se trata de un derecho de mínimos, de modo la duración del descanso alternativo

jurídico de la jornada especial máxima de 150 horas (art. 49.1.párrafo 2º y Disposición Transitoria Sexta EMPE).

⁶⁵ CAIROS BARRETO, D. M^a: “La ordenación del tiempo de trabajo del personal estatutario de los servicios de salud”, ob. cit., pg. 45, entiende que el hecho insular *debe entenderse referido a aquellos supuestos en los que el domicilio o lugar de descanso del personal se encuentra en una isla y su lugar de trabajo en el territorio peninsular o en otra isla*. MONREAL BRINGSVAERD, E.: *La relación laboral del residente sanitario*, ob. cit., pg. 240, afirma que la referencia al hecho insular es enigmática y abre muchos interrogantes, entre otros *conocer a quién va destinada la norma*, si al personal insular originario de una Comunidad Autónoma distinta; a todo el personal insular; o únicamente al personal canario o balear que trabaja en la península.

puede superar la reducción practicada, mejorando en este punto el contenido de la Directiva 2003/88/CE, que alude a períodos equivalentes (iguales) de descanso compensatorio. Por tanto, la duración total del descanso compensatorio será, al menos, igual al tiempo que reste para alcanzar las 12 horas de descanso diario, las 36 horas de descanso mínimo semanal o el día festivo. Aunque la duración del descanso alternativo puede superar el tiempo no descansado, el régimen de descansos alternativos alcanza únicamente a los tiempos mínimos de descanso no disfrutados, pero no al tiempo superior de descanso que se hubiera acordado.

El art. 54.2 del EMPE señala que la compensación se entenderá producida cuando se haya disfrutado en cómputo trimestral, un promedio semanal de 96 horas de descanso, incluyendo los descansos semanales disfrutados, computando para ello todos los períodos de descanso de duración igual o superior a 12 horas consecutivas. Las 96 horas de descanso medio semanal son el resultado de la suma de los descansos mínimos diario y semanal: (12 horas de descanso mínimo diario x 6 días) + 24 horas de descanso mínimo semanal⁶⁶.

Para el cálculo del promedio de descanso semanal, el art. 54.2 del EMPE toma en cuenta únicamente los descansos semanales y diarios, y el art. 58.3 del EMPE excluye expresamente el período anual de vacación retribuida y los períodos de baja por enfermedad.

El período anual de vacación retribuida, al que hace referencia el art. 58.3 del EMPE, no es el mínimo de 30 días naturales o el que proporcionalmente corresponda en función del tiempo de servicios, sino el previsto en la programación funcional del centro, o el establecido en virtud de acuerdo, pacto o norma. No es extraño que se concedan días adicionales de vacación, en cuyo caso, este período adicional también será neutro, salvo que en la propia norma, pacto o acuerdo le otorgarse otro carácter o consideración⁶⁷.

⁶⁶ Vid., ARETA MARTÍNEZ, M.: “Artículo 54. Régimen de descansos alternativos”, ob. cit., pg. 483.

⁶⁷ En este sentido, por ejemplo, el art. 65.2 de la Ley 2/2007, de 7 de marzo, que aprueba el Estatuto Jurídico del Personal Estatutario del Servicio de Salud de Castilla y León (BO Castilla y León núm. 52, de 14 marzo 2007), reconoce un día hábil adicional de vacación al cumplir el trabajador 15 años de servicio, añadiéndose un día hábil más al cumplir los

El art. 58.3 del EMPE señala que los períodos de baja por enfermedad también están excluidos para el cálculo del promedio de descanso semanal del art. 54 del EMPE, sin más precisión en cuanto a la duración de la baja, o el origen, común o profesional, de la enfermedad. Para precisar cuáles sean esos períodos de baja por enfermedad y su duración, habrá que estar a lo dispuesto en el art. 128 de la LGSS para las situaciones de incapacidad temporal en el Régimen General de la Seguridad Social. Por tanto, los períodos de baja por enfermedad se corresponderán con: 1) las situaciones debidas a enfermedad común o profesional, mientras el trabajador reciba asistencia sanitaria y esté impedido para el trabajo [art. 128.1.a) LGSS]; y, 2) los períodos de baja por enfermedad profesional [art. 128.1.b) LGSS]. El art. 58.3 del EMPE no excluye expresamente para el cálculo del promedio de descanso semanal los períodos de baja por accidente, laboral y común, pero una interpretación finalista llevaría a considerarlos también como período neutro.

2.4 El momento de disfrute del descanso alternativo

Aunque la norma no precisa el momento en el que el trabajador debe disfrutar los períodos de descanso compensatorio o alternativo, los Tribunales han señalado que éstos deben suceder inmediatamente al tiempo de trabajo que supuestamente compensan, para evitar la aparición de un estado de fatiga o agotamiento del trabajador a causa de la acumulación de períodos consecutivos de trabajo. Por tanto, el trabajador disfrutará de los períodos de descanso compensatorio o alternativo antes de emprender el siguiente período de trabajo⁶⁸.

Cuando la programación funcional del centro establezca la merma de los tiempos mínimos de descanso, sería conveniente que, al mismo tiempo fijase, además de la duración del descanso alternativo, el momento exacto en el que se disfrutará, es decir, se debe establecer el día o días concretos del disfrute alternativo⁶⁹.

veinte, veinticinco y treinta años de servicio, respectivamente, hasta un total de cuatro días hábiles más por año natural.

⁶⁸ Sobre esta cuestión, vid., por todas, STSJ de La Rioja, Contencioso-Administrativo, de 13 de febrero de 2009 (JUR 2009, 210299).

⁶⁹ Sobre la determinación del momento de disfrute del descanso alternativo en el ámbito de la relaciones laborales, vid., LÓPEZ AHUMADA, J.E.: *Descansos laborales y tiempo de*

2.5 La suspensión del descanso alternativo

El art. 59.2.párrafo 1º del EMPE permite la suspensión de los períodos de descanso, incluidos los alternativos, temporalmente y mediante resolución motivada, cuando *las circunstancias concretas que concurran en el centro imposibiliten el mantenimiento de la asistencia sanitaria a la población con los recursos humanos disponibles*. En estos casos, el personal podrá ver limitado no sólo el disfrute de los descansos mínimos, sino también los descansos compensatorios, hasta que no se elabore un plan urgente de captación de recursos humanos que permita restituir la normalidad en el mantenimiento de la asistencia sanitaria. En cualquier caso, el EMPE no detalla cuáles sean esas *circunstancias concretas*, expresión que termina por convertirse en concepto jurídico indeterminado, que habrá que precisar caso por caso.

Bibliografía:

- AAVV (Coords., Parejo Alfonso, L.; Palomar Olmeda, A.; y Vaquer Caballería, M.): *La reforma del Sistema Nacional de Salud. Cohesión, calidad y estatutos profesionales*, Marcial Pons, Madrid, 2004.

- AAVV (Coords., González Salinas, P. y Lizarraga Bonelli, E.): *Comentarios a la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud*, Civitas-Thomson, 2ª ed., 2005.

- AAVV (Dirs., Palomar Olmeda, A. y Sempere Navarro, A.V.; y Coord., Meléndez Morillo-Velarde, L.): *Comentarios a la Ley 55/2003 del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006.

- Albiol Montesinos, I.: *El fraccionamiento de las vacaciones en el Derecho Español del Trabajo*, Volumen 2, III CIDT, Sevilla, 1970.

- Baz Rodríguez, J.: *El contrato de trabajo de los residentes sanitarios*, Bomarzo, Albacete, 2008.

- Cairós Barreto, D. M^a: "La ordenación del tiempo de trabajo del personal estatutario de los servicios de salud", *Derecho y Salud*, Vol. 14, núm. 2 extra, 2006.

- Cámara Botía, A.: "Pluralidad de formas de gestión de los servicios de salud y de regímenes jurídicos de personal: a propósito de la retribución de las guardias médicas", *Aranzadi Social*, Tomo I, 2004.

trabajo. Régimen jurídico de los descansos diario y semanal y de los días festivos, CES, Madrid, 2004, pgs. 45-49.

- Castro Argüelles, M^a A.: “Ordenación del tiempo de trabajo (Directiva 2003/88/CE y otras normas complementarias”, en AAVV (Dir., García Murcia, J.): *La transposición del Derecho social comunitario al ordenamiento español. Un balance en el XX aniversario de la incorporación de España a la Comunidad Europea*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2006.
- Cavas Martínez, F. y Sempere Navarro, A.V.: *El Personal Estatutario de la Seguridad Social en la Doctrina de Unificación (1991-1998)*, Aranzadi, Pamplona, 1999.
- Charro Baena, M^aP.: *El derecho a vacaciones en el ámbito laboral. Origen y evolución histórica, sistema normativo y configuración jurídica del mismo*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1993.
- De la Puebla Pinilla, A.: “Últimas y contradictorias respuestas judiciales sobre la flexibilización del tiempo de trabajo del personal sanitario”, *Aranzadi Social*, núm. 10, 2008.
- 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*, núm. 20, 2006.
- Gorelli Hernández, J.: “Guardias en la sanidad. Extensión de la normativa estatutaria al personal laboral”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 21, 2009.
- López Ahumada, J.E.: *Descansos laborales y tiempo de trabajo. Régimen jurídico de los descansos diario y semanal y de los días festivos*, CES, Madrid, 2004.
- Martínez Barroso, M^a R.: “Sobre las guardias médicas de presencia física y el derecho al descanso subsiguiente”, *Aranzadi Social*, Tomo II, 2008 (BIB 2001/980).
- Monreal Bringsvaerd, E.: *La relación laboral del residente sanitario*, La Ley, Madrid, 2009.
- Montoya Melgar, A.: “El personal estatutario de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social: evolución y nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud”, en AAVV: *Personal estatutario de la Seguridad Social*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000.
- Palomar Olmeda, A. y Vázquez Garranzo, J.: *Los médicos internos residentes. Régimen jurídico del MIR*, Dykinson, Madrid, 2009.
- Pérez Gómez, J.M^a.: “Régimen Jurídico del Personal Estatutario del Sistema Nacional de Salud”, *Derecho y Salud*, Vol. 13, núm. 2, 2005.
- “La reducción del descanso diario o semanal de los MIR: una infracción indemnizable”, *Aranzadi Social*, núm. 3, 2008.
- Rabanal Carbajo, P.: “Tiempo de trabajo del personal estatutario de la Seguridad Social”, en AAVV: *Personal Estatutario de la Seguridad Social*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000.
- Sala Franco, T.: *El Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud (Comentarios a la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, BOE de 17 de diciembre)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- Sempere Navarro, A.V. y Charro Baena, M^a P.: *Las vacaciones laborales*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2003.
- Villa Gil, L.E.: “Configuración jurídica de las vacaciones anuales retribuidas”, *Revista de Política Social*, núm. 81, 1969.