

EL TIEMPO DE TRABAJO DEL PERSONAL ESTATUTARIO CON JORNADA COMPLEMENTARIA. LA GUARDIA Y LA “SALIDA DE GUARDIA”

González Sánchez, J. M.

*Gerencia de Atención Integrada de Almansa
Servicio de Salud de Castilla-La Mancha*

SUMARIO: 1. Consideraciones previas. 2. La limitación del tiempo de trabajo y el cómputo de la jornada. 3. La salida de la guardia. El descanso diario y el descanso semanal. 4. Algunas conclusiones. 5.-Bibliografía.

RESUMEN

El fin de la moratoria del artículo 49.1 prevista por la Disposición transitoria sexta de la Ley 55/2003, del Estatuto Marco de los servicios de salud, ha supuesto la plena entrada en vigor de la regulación sobre el tiempo de trabajo y la limitación de jornada a 48 horas de promedio semanal, constituyendo un buen momento para hacer una revisión del estado de la cuestión respecto al tiempo de trabajo en relación con las guardias.

Los aspectos fundamentales de esta cuestión se centran en el límite de la jornada y su cómputo, el número de jornadas sucesivas a encadenar sin un descanso de al menos 12 horas, el tratamiento del descanso diario tras la guardia y la posibilidad de compensarlo mediante el régimen de descansos alternativos. Como particularidad en el descanso tras la guardia es de especial interés la imposibilidad de derivar hacia la compensación mediante descansos alternativos el descanso semanal de 36 horas.

Por último, también se revisan todas estas circunstancias en relación con la guardia localizada

PALABRAS CLAVE

Guardia, descanso diario, descanso semanal, jornada complementaria, tiempo de trabajo, localización.

1. CONSIDERACIONES PREVIAS

Desde diciembre de 2013 se aplica completamente la regulación que sobre el tiempo de trabajo del personal estatutario hace la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco, al haber finalizado la moratoria, establecida por la propia Ley¹, a la aplicación del límite de 150 horas fijado para la jornada especial por el artículo 49.1. En la práctica, esto ha supuesto, de forma generalizada, la inexistencia efectiva de un límite al tiempo de trabajo de los profesionales de los servicios de salud que realizan jornada complementaria.

Por tanto, desde esa fecha, el límite general de la jornada para este personal es de 48 horas semanales de promedio en cómputo semestral², con la única

¹ El apartado 2 de la Disposición Transitoria sexta establece: “El límite máximo de 150 horas anuales que se fija en el segundo párrafo del artículo 49.1 de esta ley, se aplicará de forma progresiva durante los 10 años siguientes a su entrada en vigor, en la forma que determine el Gobierno mediante real decreto, adoptado previo informe de la Comisión de Recursos Humanos del Sistema Nacional de Salud(...)”. En realidad, el Gobierno nunca ha regulado esta entrada en vigor progresiva y, transcurrido diez años, la aplicación del límite de jornada es plena.

² Esto permite una jornada teórica de hasta un máximo de 1.248 horas en un semestre, si desplazamos las vacaciones

posibilidad de sobrepasar ese límite en 150 horas anuales correspondientes a la jornada especial, que en circunstancias muy justificadas y con carácter voluntario se regula en el propio artículo 49.

Tal vez porque hasta este momento la falta de limitación de la jornada complementaria ha garantizado el mantenimiento de la atención continuada en los centros sanitarios sin excesivos problemas y con gran flexibilidad, incluso en los supuestos de escasez de profesionales para atender las guardias; tal vez porque entrar en esa regulación supone enfrentarse a la cultura organizacional de ciertos colectivos y alterar la tradicional organización de las guardias y de los descansos posteriores, los servicios de salud no han mostrado una especial diligencia en la aplicación de la regulación del tiempo de trabajo para el personal que realiza atención continuada. Es en los últimos años cuando algunos de ellos han regulado estas situaciones, en general al hilo de las reformas efectuadas en materia de personal como consecuencia de las restricciones económicas y los recortes presupuestarios.

Por otro lado, siempre ha resultado controvertido el tratamiento que se ha dado a la salida de guardia y su descanso

Todo esto nos hace concluir que puede ser un buen momento para identificar y ordenar los conflictos existentes y los aspectos más relevantes en torno a la guardia y sus descansos posteriores, haciendo una aproximación al estado de la cuestión.

2. LA LIMITACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO Y EL CÓMPUTO DE LA JORNADA

La jornada máxima fijada por el artículo 48.2 LEM es de 48 horas de promedio semanal en cómputo semestral. Para esta duración máxima se contabilizarán exclusivamente los tiempos de trabajo, sin tener en cuenta los periodos de localización, aunque, como veremos, sí se contará con la duración del trabajo y los tiempos de desplazamiento en caso de que la persona en localización sea requerida para ello.

al otro, y una jornada teórica anual de aproximadamente 2.300 horas. Estos cálculos están hechos sobre un semestre de 26 semanas y un año de 48 (al descontar cuatro semanas de vacaciones) y teniendo en cuenta que la referencia semestral se entiende hecha al primero o segundo semestre de un año natural (art. 57 *in fine* LEM). Son aproximados, puesto que se ven afectado por el número permisos que puedan existir, según la regulación de cada servicio de salud. A esta jornada anual debemos sumar las 150 horas de la jornada especial.

Siguiendo al Estatuto Marco, y sin entrar en análisis más profundos y controversias respecto a la definición del tiempo de trabajo que no son objeto de esta comunicación³, diremos que para el cómputo de la jornada del personal que realiza atención continuada consideramos, con carácter general, toda la jornada ordinaria realizada, toda la complementaria y, en los supuestos de localización, el tiempo destinado al desplazamiento y al desarrollo del trabajo cuando la persona interesada sea requerida para la prestación de un servicio⁴.

Aparece aquí una primera cuestión de interés para el supuesto de localización: la atención del requerimiento de prestación de servicios sin acudir al centro de trabajo. Si bien para este caso la atención telefónica durante la guardia localizada es el supuesto más inmediato, es algo que con la implantación de las nuevas tecnologías se viene produciendo cada vez con más frecuencia, como por ejemplo en las guardias localizadas de médicos especialistas en radiodiagnóstico que informan las imágenes mediante acceso remoto, o las de profesionales de tecnologías de la información, que solventan las incidencias también de manera remota. Nos encontramos ante un supuesto de teletrabajo que, atendiendo a la literalidad del segundo párrafo del artículo 48.2 LEM debe computar como tiempo de trabajo. Esta norma considera como tal “la duración del trabajo desarrollado”, sin que exista contradicción con el requisito general de encontrarse en el centro sanitario previsto por el artículo 46.2.c), ya que es este mismo artículo el que acepta como alternativa la prestación de servicios fuera del centro sanitario siempre que se produzca como consecuencia del modelo de organización asistencial o se derive de la programación funcional.

Otro aspecto a considerar en cuanto al cómputo de la jornada del personal que realiza atención continuada tiene que ver con los efectos del descanso tras la guardia. Sin que exista una regulación al respecto y a pesar de la jurisprudencia del Tribunal Supremo

3 Para análisis globales del tiempo de trabajo y los descansos del personal estatutario, ver ARETA MARTÍNEZ, María: “El ámbito de aplicación del régimen de descansos alternativos regulado en el Estatuto Marco del personal estatutario”, *Derecho y Salud*, vol.21, núm. 1, 2011, pp. 7-29 y GONZÁLEZ SÁNCHEZ, Juan Miguel: “Los derechos del personal estatutario de naturaleza individual. Especial referencia al desarrollo profesional, a la carrera y al descanso mediante la limitación de la jornada”, en *Tratado de Derecho Sanitario*, Vol. I, PALOMAR OLMEDA, A. y CANTERO MARTÍNEZ, J. (dirs.), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013, págs. 1229-1243.

4 Arts. 46.2.c) y 48.2 LEM

en contra⁵, en muchos centros sanitarios sigue considerándose la libranza tras la guardia como tiempo de trabajo.

La discusión se suscita como consecuencia del reconocimiento del derecho al descanso. Como veremos, si al día siguiente de una jornada de trabajo de 24 horas se tiene derecho al descanso de, al menos, 12 horas consecutivas y estas coinciden con jornada ordinaria programada, la jornada ordinaria no realizada, ¿se considera a efectos de cómputo de jornada máxima anual? Según nuestro criterio, no, puesto que el periodo de descanso se define, precisamente por no ser tiempo de trabajo⁶, y el efectivo cumplimiento del derecho al descanso no puede menoscabar la jornada anual establecida, como así determinó en su día el Tribunal Supremo, incorporando en sus sentencias el análisis de la entonces vigente Directiva 93/104/CE⁷.

Una solución novedosa para esta situación ha sido la dispuesta por el Servicio de Salud de Castilla y León⁸, incorporando a la normativa sobre personal estatutario una minoración de jornada ordinaria en función del número de guardias realizadas, de manera similar a como se realiza con el personal de turno rotatorio que realiza noches.

Por su parte, el Servicio de Salud del Principado de Asturias⁹ ha introducido un sistema mediante el cual la jornada dejada de realizar por el descanso tras la guardia se compensa en las sucesivas guardias, contabilizando como jornada ordinaria realizada módulos de horas que se aplican entre las 15 y las 20 horas.

Frente a estas opciones, la Comunidad Valenciana¹⁰, directamente ha establecido la exención de la

5 Por todas, vid. STS, Sala de lo Social, de 11 de diciembre de 2002

6 46.2.e) LEM.

7 SSTs, Social, de 16 de diciembre de 2002 y de 20 de mayo de 2003.

8 Vid. art. 71 de la Ley 1/2012, de 28 de febrero, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras de Castilla y León, desarrollada por la Orden SAN/276/2012, de 26 de abril y la Orden SAN/1128/2012, de 29 de diciembre.

9 Acuerdo de 29 de agosto de 2012, del Consejo de Gobierno, por el que se regula la jornada ordinaria en el ámbito de los centros e instituciones sanitarias del Servicio de Salud del Principado de Asturias.

10 Vid. artículo 10 del Decreto 137/2003 de 18 de Julio del Consell de la Generalitat por el que se regula la jornada y horario de trabajo, permisos, licencias y vacaciones del personal al servicio de las Instituciones Sanitarias de la Generalitat dependientes de la Conselleria de Sanidad.

jornada ordinaria coincidente con el descanso, lo cual supone en la práctica una rebaja de la jornada ordinaria del personal que realice jornada complementaria. Simplemente se hace norma la práctica habitual.

3. LA SALIDA DE LA GUARDIA. EL DESCANSO DIARIO Y EL DESCANSO SEMANAL

El derecho al descanso el día después de la guardia ha venido siendo discutido desde mucho antes de promulgarse la Ley 55/2003, de 16 de diciembre y continúa siendo un elemento de controversia, a pesar de que la regulación del tiempo de trabajo realizada por ella pretende agotar todas las posibilidades. En torno a la salida de guardia, determinante para el adecuado descanso y el cómputo de jornada de los profesionales, siguen existiendo diversas controversias. Las dos fundamentales tienen que ver con el reconocimiento general al descanso entre jornadas y sus excepciones; la segunda con el caso particular del descanso semanal tras la guardia realizada en sábado¹¹.

Aunque la primera tiene como detonante la aplicación realizada por los servicios de salud de la regulación del Estatuto Marco, y la segunda se origina en los periodos de carencia establecidos por esta misma Ley, la doctrina jurisprudencial ha buscado la solución en el Derecho europeo y en la interpretación del mismo realizada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). Al fin, lo que se cuestiona en los diversos litigios es si las normas españolas sobre la materia y la aplicación concreta que los servicios de salud realizan de las mismas se ajustan a las disposiciones de la Unión, habida cuenta de que la Directiva 2003/88 “*establece las disposiciones mínimas de seguridad y salud en materia de ordenación del tiempo de trabajo*” (art.1) Por este motivo, para abordar este punto parece razonable empezar por una revisión de los criterios fijados por este Tribunal respecto de la Directiva en materia de ordenación del tiempo de trabajo¹².

11 Vid. ARETA MARTÍNEZ, María: “El ámbito de aplicación del régimen...”, op. cit, págs.. 18 -19

12 Directiva 2003/88/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo. Esta directiva derogó y sustituyó a la Directiva 93/104/CE, del Consejo, de 23 de noviembre, y sus modificaciones. Como se indica en el Considerando primero, la sustitución se produce en aras a una mayor claridad, tras las diversas modificaciones de la disposición derogada, resultando por tanto, una regulación sustancialmente idéntica, con la correspondiente tabla de equivalencias entre la codificación vigente y la derogada (Anexo II, en relación con el

Los referidos fundamentos parten de la Sentencia del Pleno del Tribunal por el asunto Jaeger¹³ en un litigio referente a la Directiva 93/1004/CE, vigente en su momento. En ella se afirma en su apartado 80 que si bien el artículo 15¹⁴ de la directiva analizada permite de manera general disposiciones nacionales más favorables a la protección de la seguridad y salud de los trabajadores, en su artículo 17¹⁵, “... sólo determinadas disposiciones de ésta enumeradas taxativamente pueden ser objeto de excepciones previstas por los Estados miembros.” Continúa determinando (apartado 89) que, “... como excepciones al régimen comunitario (...) las excepciones a que se refiere el artículo 17 de ésta deben ser objeto de una interpretación que limite su alcance a lo estrictamente necesario para salvaguardar los intereses que estas excepciones permiten proteger.” Como consecuencia, los “... períodos de descanso 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.” (apartado 94)

“Por tanto, con objeto de garantizar una protección eficaz de la seguridad y de la salud del trabajador debe preverse, en general, una alternancia regular entre un período de trabajo y un período de descanso. En efecto, 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. Esta exigencia resulta aún más necesaria cuando, como excepción a la norma general, el tiempo de trabajo normal diario se prolonga por la prestación de un servicio de atención continuada” (apartado 95). Y concluye: “En estas circunstancias, la ampliación del tiempo de trabajo diario (...), reduciendo la duración del descanso otorgado a los trabajadores durante una determinada jornada laboral, concretamente en los servicios de los hospitales y centros similares, debe en principio compensarse mediante la concesión de

períodos equivalentes de descanso compensatorio, constituidos por un número de horas consecutivas correspondiente a la reducción practicada y de los que ha de gozar antes de emprender el siguiente período de trabajo. En general, el hecho de conceder tales descansos únicamente «en otros períodos», que no están vinculados directamente con el período de trabajo prolongado (...), no toma en consideración de manera adecuada la necesidad de respetar los principios generales de la protección de la seguridad y de la salud de los trabajadores que constituyen el fundamento del régimen comunitario de ordenación del tiempo de trabajo.”

Vemos como la sentencia citada destaca como objeto de la Directiva sobre el tiempo de trabajo la protección de la seguridad y salud de las personas trabajadoras, considerando imprescindible para el cumplimiento de este fin una alternancia regular entre tiempo de trabajo y periodo de descanso, descanso que no debe cuantificarse exclusivamente en horas no trabajadas, sino que debe sucederse de manera inmediata a los periodos trabajados con el fin de propiciar la eliminación del cansancio. Derivar los periodos de ocio a una ulterior compensación, como consecuencia de la acumulación de jornadas, no puede sino propiciar que se sobrepasen las capacidades físicas de las personas afectadas.

Revisada la interpretación del TJUE, pasamos a analizar las controversias destacadas. La primera de ellas está referida al reconocimiento del derecho al descanso entre jornadas con carácter general. Debido a que la Ley permite reducir o suprimir el descanso entre jornadas y no hace referencia directa a los supuestos de sucesión de dos o más tipos de jornada sin descanso, se ha utilizado el argumento de que los servicios de salud tienen la potestad de programar un tiempo de trabajo en el cual se puedan suceder más de dos modalidades de jornada, sin necesidad de establecer un descanso después de la segunda jornada. Esto es, la obligación de realizar una nueva jornada ordinaria, sin disfrutar el descanso entre jornadas, tras una jornada complementaria que ha sucedido a una primera jornada ordinaria; o más coloquialmente, continuar trabajando la mañana tras las guardia.

Para los defensores de esta interpretación el argumento es que, si bien lo previsto por el artículo 51.1 LEM es el “... derecho a un periodo de descanso mínimo ininterrumpido de 12 horas entre el fin de una jornada y el comienzo de la siguiente”, este régimen general tiene varias excepciones, entre las cuales destaca para estos supuestos el apartado

artículo 27.2).

¹³ STJUE de 9 de septiembre de 2003 en el asunto C-151/02

¹⁴ Correspondiente con el art. 15 de la vigente Directiva 2003/84/CE

¹⁵ Correspondiente, en lo relativo a las excepciones, con los arts. 17, 18 y 19 de la vigente Directiva 2003/84/CE

3.b) de este mismo artículo, mediante el cual se permite reducir este descanso “*cuando se sucedan, en un intervalo inferior a 12 horas tiempos de trabajo correspondientes a jornada ordinaria, jornada complementaria o, en su caso, jornada especial*”. En este caso, habría de aplicarse el régimen de descansos alternativos, lo cual, en la práctica, autoriza a los centros sanitarios a programar secuencias de más de dos jornadas continuadas ininterrumpidas, siempre que en un cómputo trimestral se descansen 96 horas semanales de promedio¹⁶. Frente a este argumento, la interpretación jurisprudencial española¹⁷, apoyada en la del TJCE, ha establecido que el descanso debe disfrutarse de manera inmediata tras un tiempo de trabajo, en especial en los supuestos en que tras el tiempo la jornada ordinaria se establece un periodo de atención continuada, pues de otra manera no resultaría adecuado como descanso.

Por este motivo es inaplicable el régimen de descansos alternativos, que vendría a diferir el descanso a su compensación en periodos de tres meses. La Sentencia nº 537/2007 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del T.S.J. de Andalucía, sede en Granada, de 8 de octubre de 2007, lo expresa de la siguiente manera en su fundamento jurídico tercero:

“A la vista de la normativa anteriormente expuesta es necesario precisar que, en el presente caso, no se discute el derecho de la Administración sanitaria a excepcionar el derecho al descanso de doce horas entre jornadas cuando a una ordinaria le ha de seguir una jornada complementaria o de guardia médica. Lo que se discute es si la Administración sanitaria, por razones de servicio ordinarias y no excepcionales, está facultada para elaborar programaciones de servicios mensuales en los que pueda excepcionar el derecho al descanso entre jornadas en dos ocasiones y sin interrupción: en una primera ocasión, cuando enlaza una jornada ordinaria con otra complementaria o de guardia médica, y en una segunda ocasión al enlazar el término de la jornada de guardia con una tercera jornada, en este caso ordinaria.

La respuesta necesariamente ha de ser negativa a la vista de que el art. 51.2 del EM dispone que «El personal tendrá derecho a un período mínimo de

descanso ininterrumpido de 12 horas entre el fin de una jornada y el comienzo de la siguiente» y que la excepción al descanso entre jornadas a que se refiere la previsión legal del art. 51.3.b) del E.M. lo es para el caso de que «se sucedan, en un intervalo inferior a 12 horas, tiempos de trabajo correspondientes a jornada ordinaria, jornada complementaria o, en su caso, jornada especial». De tal manera que la Administración sanitaria solo está facultada para ordenar dos jornadas de trabajo sin solución de continuidad, con una posterior compensación en los descansos. Pero en modo alguno dicho precepto legal autoriza ni da cobertura a la supresión del derecho al descanso de 12 horas entre jornadas - declarado por el art. 51.1 - a continuación o de manera inmediata a la jornada complementaria o de guardia trabajada (24 horas) ininterrumpidamente tras una jornada ordinaria (de 8 a 15 horas).

La interpretación que se acaba de exponer no supone dejar sin efecto las facultades autoorganizativas de la Administración sanitaria y las excepciones legales al descanso entre jornadas (...) Muy al contrario, la interpretación que se ofrece resulta ajustada al tenor literal y sistemático del art. 51.2 y siguientes del E.M, además de resultar coherente con la sentencia del TJCE de 9 de septiembre de 2003.”

Este mismo argumento fue utilizado por el TSJ de La Rioja, que en su Sentencia de 13 de febrero de 2009. Contra la misma, la comunidad autónoma planteó recurso en interés de Ley ante el Tribunal Supremo¹⁸. En él pretendía que se fijara la siguiente doctrina legal:

“El artículo 51.3.b) de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, prevé la posibilidad de que se sucedan, en un intervalo inferior a 12 horas, tiempos de trabajo correspondientes a jornada ordinaria, jornada complementaria o, en su caso, jornada especial, de tal forma que, a una jornada ordinaria le podrá suceder otra complementaria y a ésta, a su vez, le podrá suceder otra ordinaria, ya que lo determinante para que pueda tener lugar la sucesión es que se respete y de cumplimiento al régimen de descansos compensatorios previsto en el artículo 54 del mismo Texto legal, esto es, descansos alternativos cuya duración no podrá ser inferior a la reducción experimentada, entendiéndose producida tal compensación cuando se haya disfrutado, en cómputo trimestral, un promedio semanal de 96

16 Vid. art. 54 LEM

17 STS, Sala 3ª, de 16 de diciembre de 2010 (ROJ: STS 6885/2010), confirmatoria de la STSJ LR, de 13 de febrero de 2009; STSA-Granada, Contencioso-Administrativo, de 8 de octubre de 2007; y STS CyL-Burgos, Contencioso-Administrativo, de 30 de marzo de 2010.

18 Recurso de casación en interés de ley número 34/2009

horas de descanso, incluyendo los descansos semanales disfrutados, computando para ello todos los periodos de descanso de duración igual o superior a 12 horas consecutivas”

La Sala Tercera, en sentencia de 16 de diciembre de 2010 falla desestimando el recurso con el siguiente argumento:

“Por su parte, la doctrina que establece la sentencia recurrida, en la parte que se combate en el recurso, es la de que, el art. 51.3.b) y 4 en relación con el art. 54 se han de interpretar en el sentido de que a una jornada ordinaria le podrá suceder otra complementaria pero a ésta última, no le podrá suceder otra ordinaria puesto que, en este caso, el personal tiene derecho a un descanso ininterrumpido de doce horas que debe ser disfrutado de manera inmediata. Ello, al margen de los descansos compensatorios del art. 54 EM.

Pues bien, de conformidad con la tesis del Fiscal y del Abogado del Estado, la doctrina legal que propone la Comunidad Autónoma no es correcta pues asume que, en un intervalo inferior a 12 horas, como dice el art. 51.3.b) EM, se pueden suceder tiempos de trabajo correspondientes a más de dos jornadas (ordinarias, complementarias o, especiales) lo que no parece posible. Como mucho, como sostiene el Abogado del Estado, en un intervalo inferior a 12 horas, se podrá suceder una jornada ordinaria y otra complementaria o especial.”

Un segundo supuesto conflictivo viene de la mano de la guardia en víspera de festivo o fin de semana, entendiéndose que tanto en el sábado, como en el domingo y el festivo posterior a la jornada de 24 horas, no se ha fijado turno de trabajo en la programación funcional del correspondiente centro. En este caso, si la guardia se realiza en víspera de festivo o en viernes, debemos entender que se cumple el descanso obligatorio entre jornadas, puesto que el día festivo, o, en su caso, sábado, supondrá un descanso de más de 12 horas. El problema surge cuando el sábado se realizan 24 horas continuadas de trabajo¹⁹, prolongando el turno hasta la mañana del domingo. En estas circunstancias, como ocurre con el festivo, el descanso entre jornadas se respeta, pero a lo que sí afecta es al descanso semanal mínimo obligatorio de 36 horas ininterrumpidas previsto por el artículo 52.1

19 Con independencia de si estas 24 horas se realizan como consecuencia de la programación de jornada ordinaria, complementaria, o por una sucesión de ésta sobre aquella.

LEM²⁰. La jurisprudencia unificada del Tribunal Supremo anterior a la promulgación del Estatuto Marco ya declaraba el derecho “...a un descanso compensatorio del fin de semana de 36 horas ininterrumpidas, siguientes a la realización de guardias de presencia física”²¹, lo cual implica, de hecho, el descanso el lunes siguiente a la guardia del sábado; no obstante, el Estatuto Marco introdujo, precisamente mediante los apartados 2 y 3 de este mismo artículo 52, un periodo de referencia de dos meses y una posibilidad de compensación mediante el régimen de descansos alternativos referido más arriba. Esto viene a suponer el recurso al régimen de descansos alternativos en caso de que circunstancias asistenciales u organizativas no permitan el descanso del lunes.

El periodo de referencia adoptado por la Ley 55/2003 se dispone en uso de la facultad que para establecer excepciones otorga a los Estados miembros el artículo 17 de la Directiva 93/104, entonces en vigor, y que sigue manteniendo con idéntica redacción los artículos 17, 18 y 19 de la vigente Directiva 2003/88/CE.

Sin embargo, la aplicación concreta de esta norma que ha venido realizándose por parte de los servicios de salud ha sido cuestionada de manera reiterada ante los Tribunales, obteniendo como resultado una amplia jurisprudencia en contra. Como vimos, lo cuestionado es si la ampliación del periodo de referencia a dos meses, aplicando el régimen de descansos alternativos se ajusta a la habilitación dada por la Directiva y, por tanto, resulta conforme al Derecho comunitario. Para ello, en múltiples sentencias diversos Tribunales Superiores de Justicia han analizado la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. A continuación se resume la fundamentación jurídica de este Tribunal, recogida y aplicada por los tribunales españoles²².

En esta argumentación, la Sentencia del TSJ de La Rioja, de 13 de febrero de 2009, declara en su Fundamento de Derecho Cuarto: “(...)En el vigente Estatuto Marco se contemplan tales descansos en los periodos aludidos por la parte recurrente,

20 Descanso semanal mínimo de 24 horas incrementado con el descanso mínimo diario de 12 horas.

21 SSTS de 10 de marzo, 12 de julio, 22 de septiembre, 22 de noviembre de 1999 y 31 de marzo de 2000 (RJ 1999,2125; RJ 1999,6447; RJ 1999,7537; RJ 1999,9505 y RJ 2000,3140)

22 STSJCL Valladolid, de 24 de marzo de 2014; SSTSJAND Granada, de 2 de diciembre y de 26 de mayo de 2013, de 11 de junio y de 21 de mayo de 2012, de 8 de octubre de 2007; STSJLR de 13 de febrero de 2009

contemplando otros descansos ligeramente superiores a los referidos, y en cómputo trimestral, algo mejor que el comunitario, lo que está vinculado a la aplicación directa del mismo, si bien, no en lo relativo al semanal al que directiva no admite la excepción de la existencia de dos periodos de 35 horas o uno de 70²³, admitiendo el artículo 54.2 la suma de periodos de descansos diarios de 12 horas para su cómputo (al que remite el artículo 52), no toma en consideración de manera adecuada la necesidad de respetar los principios generales de la protección de la seguridad y de la salud de los trabajadores que constituyen el fundamento del régimen comunitario de ordenación del tiempo de trabajo. Solamente en circunstancias excepcionales permite el artículo 17 que se conceda a los trabajadores otra «protección adecuada», cuando la concesión de periodos equivalentes de descanso compensatorio no sea posible por razones objetivas.”

“(…) en virtud del artículo 17.4 el periodo de referencia de catorce días del artículo 16 no puede ser excepcionado hasta el límite de doce meses, como si ocurre con los límites de jornada de 48 horas semanales. Es de aplicación por tanto únicamente lo dispuesto en el artículo 17.2, como ocurre con el artículo 3 (descanso diario), siendo aplicables los mismos parámetros interpretativos, puesto que tampoco resulta compatible con una adecuada protección de la salud el que se pudieran prestar de forma continuada servicios todos los días sin descansos semanales durante varios meses, aunque tales descansos fuesen acumulados posteriormente en términos anuales. El resultado es que los periodos de descanso semanal de veinticuatro horas continuadas, computados en periodos de referencia de catorce días, han de ser disfrutados en dicho periodo de referencia.

No obstante, si no pudieran disfrutarse, al tratarse de personal sanitario y por aplicación del artículo 17.2 de la Directiva, no existiría ilicitud siempre y cuando se proceda a su compensación inmediatamente a continuación de su reducción o pérdida, unidos a un descanso entre jornadas. De esta forma, si durante catorce días solamente se hubiera disfrutado un periodo de 35 horas de descanso ininterrumpidas, el día número 15 habrá de ser de descanso, unido sin solución de continuidad a un periodo de once horas

de descanso entre jornadas, hasta completar 35 horas continuadas, y todo ello sin menoscabo de los descansos semanales correspondientes al periodo de catorce días en cuyo inicio se sitúan los descansos del periodo anterior. Si durante catorce días no se hubiera disfrutado de ningún periodo de 35 horas de descanso ininterrumpidas, los días números 15 y 16 habrán de ser de descanso, unidos a un periodo de once horas de descanso entre jornadas, hasta completar 59 horas continuadas y sin menoscabo de los descansos semanales correspondientes al periodo de catorce días en cuyo inicio se sitúan los descansos del periodo anterior.”

En conclusión, al menos cada dos semanas hay que ajustar el descanso semanal, pudiendo diferir uno de ellos al final del periodo, pero sin que se pueda llevar este descanso de 36 horas ininterrumpidas al descanso semanal.

Determinados los términos en los cuales se tiene derecho a los descansos entre jornadas y semanal correspondientes, hemos de encarar el análisis de la aplicación de estos criterios a los supuestos de guardias localizadas, cuando ésta se activa y se produce la efectiva prestación de servicios. Otra vez el contexto económico restrictivo sitúa una cuestión en primer plano, ya que se viene observando una tendencia a sustituir en las programaciones funcionales las guardias de presencia física por otras localizadas, de menor coste. Esto produce, a su vez una activación más frecuente del personal localizado.

Inicialmente, de la sola dicción literal del tercer párrafo del artículo 42.2.c) LEM, la consideración de esta circunstancia como tiempo de trabajo supone, necesariamente, considerar interrumpido el descanso y, por tanto, al menos se tendrá derecho a la recuperación del mismo por medio de los descansos alternativos.

En efecto, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha fijado de manera reiterada la equiparación de estas guardias localizadas con prestación de servicios con las guardias de presencia física²⁴, y para este supuesto concreto estableció en su sentencia de 27 de enero de 2005 “...que la respuesta a la pregunta sobre la aplicación del descanso diario previsto en el art. 3 de la Directiva 93/104 ha de ser afirmativa para los supuestos, como el del caso, de guardias localizadas en las que los médicos que se encuentran en disposición de prestar servicios son llamados

23 El art. 5 de la Directiva establece como descanso semanal un periodo ininterrumpido de 24 horas a las que se añaden las 11 horas de descanso diario previsto por su artículo 4. Esto hace un total de 35 horas de descanso semanal, que resultan mejoradas hasta 12 diarias y 36 semanales en nuestro Estatuto Marco.

24 Vid. ARETA MARTÍNEZ, María: “El ámbito de aplicación del régimen...”, op. cit, pág.19

*efectivamente al trabajo, mientras que la respuesta sería negativa en el supuesto contrario.*²⁵

No obstante lo anterior, esta posición jurisprudencial debe ponerse en conexión con todo lo dicho más arriba respecto a la inmediatez en el disfrute del descanso, planteándose entonces la discusión de si en este supuesto el descanso puede ser diferido al régimen de descansos alternativos o si, al igual que en las guardias de presencia física, existen unas reglas mínimas que obligan a los servicios de salud a programarlos a continuación del fin de la guardia. Existen diversos pronunciamientos judiciales favorables al automatismo del descanso tras la guardia para profesionales sanitarios de otras administraciones, como por ejemplo médicos que prestan servicios en instituciones penitenciarias²⁶, pero es una cuestión que no acaba de quedar definitivamente zanjada para el personal estatutario²⁷.

Desde nuestro punto de vista, existe una carencia en la regulación específica de los servicios de salud sobre esta cuestión, puesto que la necesidad del descanso y lo adecuado del mismo estará en función de la intensidad del trabajo efectivamente desempeñado durante el periodo de localización.

Aquí cabe la posibilidad de introducir el régimen particular de descansos alternativos, dependiendo de las circunstancias, y de establecer fórmulas promediadas para los descansos en los supuestos de jornada en localización.

Un ejemplo de estas posibilidades lo podemos encontrar en la Comunidad Valenciana, donde en función del número de horas de presencia física que se haya requerido al profesional durante el periodo de localización y del tramo horario en el cual se ha producido la prestación de servicios, se establecen dos mecanismos: bien un descanso alternativo mediante

²⁵ STS, Sala de lo social, del 27 de enero de 2005 (Roj: STS 375/2005), F.J. Tercero

²⁶ STSJCLM de 14 de enero de 2013; STSJMU de 2 de noviembre de 2012; SAN de 20 de enero de 2005.

²⁷ Al respecto existen algunos pronunciamientos judiciales, como pueden ser diversas sentencias de los Juzgados de lo Contencioso Administrativo de Oviedo, todas ellas desestimatorias. Por ejemplo, la SJCA nº 1 de Oviedo, de 19 de diciembre de 2007 (Roj: SJCA 7129/2007) al considerar que el art. 48 del Estatuto Marco no reconoce un derecho del profesional que realiza guardia localizada a exigir su descanso inmediato y automático, sino que difiere la fórmula de compensación a las normas o pactos que puedan resultar de aplicación. A ésta hay que unir la SJCA nº 1 de Oviedo de 16 de noviembre de 2007 y la STJCA nº 5 de Oviedo de 16 de noviembre.

el retraso del inicio la jornada ordinaria siguiente y su prolongación en el turno de tarde si la programación funcional y el régimen de dedicación del profesional lo permiten; o bien, la exención parcial o total de la jornada siguiente²⁸.

4. ALGUNAS CONCLUSIONES

De lo antedicho podemos obtener, al menos, las siguientes conclusiones:

1.- Tras la revisión de la regulación existente en materia de descansos del personal con jornada complementaria, ha quedado patente que la misma es escasa y difiere bastante de unas comunidades autónomas a otras.

2.- La jurisprudencia de nuestros Tribunales no deja ninguna duda respecto a la obligatoriedad de un descanso mínimo de 12 horas antes de iniciar una tercera jornada ordinaria tras la jornada complementaria que ha sucedido a una primera jornada ordinaria.

3.- La sentencias de algunos de los Tribunales Superiores de Justicia y del Tribunal del Justicia de la Unión Europea indican que el descanso semanal de treinta y seis horas no se puede diferir más allá de un periodo de 14 días, de tal manera que el día que hace 15 debe ser de descanso, iniciando el descanso semanal no disfrutado. El periodo de carencia de dos meses para su disfrute previsto por el Estatuto Marco es contrario a la regulación comunitaria.

4.- La recuperación del descanso en los supuestos de activación y trabajo efectivo del personal en localización no tiene una regulación concreta, salvo en alguna comunidad autónoma. A la vista de que las nuevas tecnologías y las restricciones económicas favorecen la implantación de este sistema en aquellos casos en los cuales no es imprescindible la presencia física permanente del profesional en el centro sanitario, resulta cada vez más necesario abordarla.

²⁸ Vid. Decreto 137/2003, de 18 de julio, del Consell de la Generalitat, por el que se regula la jornada y horario de trabajo, permisos, licencias y vacaciones del personal al servicio de las Instituciones Sanitarias de la Generalitat dependientes de la Conselleria de Sanidad (art. 10.2)

5.- De todo lo anterior cabe desprender que todavía no hay una aplicación generalizada y correcta de la limitación de jornada a 48 horas de promedio semanal establecida por las directivas comunitarias y por la Ley 55/2003, del Estatuto Marco, a pesar de que el periodo transitorio de diez años para su aplicación plena terminó en diciembre de 2013.

5. BIBLIOGRAFÍA

- ARETA MARTÍNEZ, María: “El ámbito de aplicación del régimen de descansos alternativos regulado en el Estatuto Marco del personal estatutario”, *Derecho y Salud*, vol.21, núm. 1, 2011, pp. 7-29
- GONZÁLEZ SÁNCHEZ, Juan Miguel: “Los derechos del personal estatutario de naturaleza individual. Especial referencia al desarrollo profesional, a la carrera y al descanso mediante la limitación de la jornada”, en *Tratado de Derecho Sanitario, Vol. I*, PALOMAR OLMEDA, A. y CANTERO MARTÍNEZ, J. (dirs.), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013, págs. 1229-1243.