

# Las dos caras de Jano: la delicada transposición de la Directiva 93/104/CE, de 26 de noviembre, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo al personal médico del sistema sanitario (nota a la sentencia del TJCE de 3 de octubre de 2000)

*Jesús R. Mercader Uguina*

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Cantabria  
Letrado del Tribunal Constitucional

Sumario: 1. *El marco de referencia: las dos caras de Jano.* 2. *El contexto y el texto del planteamiento de la cuestión prejudicial.* 3. *La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 3 de octubre de 2000 y sus efectos de «primer orden» sobre el supuesto base enjuiciado.* 4. *Los efectos «secundarios» de la Sentencia 3 de octubre de 2000 en la ordenación del tiempo de trabajo del personal al servicio de Instituciones Sanitarias.* 5. *El incierto porvenir.*

## 1. EL MARCO DE REFERENCIA: LAS DOS CARAS DE JANO

El pronunciamiento objeto del presente comentario, esto es, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 3 de octubre de 2000, *Sindicato de Médicos de Asistencia Pública y Consellería de Sanidad y Consumo de la Generalidad Valenciana*, C-303/1998, constituye un magnífico ejemplo de esa dualidad que caracteriza el devenir social: las dos caras de Jano. El Dios de la «doble faz», que metafóricamente ayuda a representar el anverso y el reverso de todo problema y, por extensión, el dualismo estructural que integra lo humano: el bien y el mal, lo justo y lo injusto, lo cierto y lo incierto, etcétera.

La cuestión relativa a cuál deba ser el límite de la jornada de trabajo del personal que presta sus servicios en el ámbito sanitario no es una cuestión clara. Y no lo es, probablemente, porque para su respuesta es necesario integrar intereses contrapuestos y, en ocasiones, difícilmente ponderables. De un lado, el interés social en las prestaciones sanitarias, la defensa de la salud de los ciudadanos, valor vinculado a su propia dignidad y garantía básica del Estado del Bienestar. De otro, el de las personas que atienden

aquellos servicios que ponen en riesgo su propia salud al desarrollar jornadas excesivas e incluso la de sus pacientes, pues sabido es que las jornadas excesivas fomentan el error médico. Resultaría paradójico que nuestro ordenamiento se preocupara y protegiera el descanso de los ciudadanos, trabajadores y profesionales cuyo trabajo comporta un grado elevado de responsabilidad, pero se despreocupara de aquellos en cuyas manos depositamos el bien protegido más valioso: la vida.

La aplicación del utilitarismo y del imperativo categórico kantiano a esta cuestión nos ayudará a comprender la magnitud del problema. La búsqueda de las consecuencias es, desde luego, el corazón del principio ético utilitarista. De acuerdo con esto, una acción moral es aquella que produce la mayor cantidad de beneficio al mayor número de personas. El utilitarismo sostiene que lo bueno es lo útil o beneficioso «para el mayor número de hombres», entre cuyos intereses figura también el mío propio. El utilitarismo aceptará en este caso el sacrificio del interés personal, de la felicidad propia o incluso de la propia vida, en aras de los demás, o en beneficio de la comunidad entera<sup>1</sup>. Sin embargo, un kantiano se preocuparía sobre el daño infligido a un individuo en el esfuerzo utilitarista por conseguir el mayor beneficio al dejar a un lado las consecuencias a la hora de determinar juicios morales<sup>2</sup>. El bienestar de cada individuo debe ser considerado, en sentido estricto, como un fin en sí mismo. Es evidente que las posibles soluciones a la anterior cuestión diferirían notablemente según la perspectiva de filosofía moral adoptada.

Pero si, desde la perspectiva ética, la solución no es fácil, la que ofrece el análisis jurídico no encuentra una solución exenta de incertidumbre. Incertidumbre a la que coadyuva la borrosa mezcla de diversos factores. La oscura naturaleza del personal estatutario; la desordenada, confusa y caótica regulación del régimen jurídico aplicable a este colectivo, de lo que son signo evidente las batallas judiciales libradas en este campo<sup>3</sup>; la débil, obsoleta y,

<sup>1</sup> Al respecto, WILLIAMS, B.: «Utilitarismo», en *Introducción a la Ética*, Madrid, Cátedra, 1987, pgs. 95-110. Es imprescindible la consulta de MILL, J. S.: *El Utilitarismo*, Madrid, Alianza, 1997.

<sup>2</sup> Cualquier acción o práctica, para ser considerada moral para los kantianos, debe cumplir los tres siguientes requisitos («imperativo categórico»). En primer lugar, una acción será moralmente permisible sólo si cualquier persona puede cumplirla en cualquier momento y sigue teniendo sentido. El segundo test exige que se trate a los seres humanos como fines valiosos en sí mismos y no meramente como instrumentos para conseguir un fin y como dignos de respeto y dignidad. El tercer test de Kant requiere que se respete la autonomía de los seres humanos. De ahí que, para analizar si una acción es moral, habría que pedir a un tercero que la juzgase. Si la persona estaría dispuesta a ser su agente, pero no su receptor, la conducta es inmoral. KANT, M.: *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Madrid, Espasa Calpe, 1946. (Trad. García Morente, Manuel). Una evaluación desde la filosofía del Derecho puede hallarse en COLOMER MARTÍN-CALERO, J. L.: *La teoría de la justicia de Immanuel Kant*, Madrid, CEC, 1995.

<sup>3</sup> Un riguroso análisis de conjunto del sistema normativo de la relación de servicios del personal estatutario puede verse en DESDENTADO BONETE, A. y DESDENTADO DAROCA, E.: «El sistema normativo de la relación de servicios del personal estatutario de las Institucio-

en proceso de degradación, normativa sobre tiempo de trabajo existente en este ámbito, factor al que se añade el uso discrecional de las facultades de organización por los órganos competentes<sup>4</sup>; la introducción de los principios comunitarios a través de la Directiva 93/104/CE, de 26 de noviembre, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, caracterizada por rasgos netamente diferentes y, al límite, contradictorios con aquellos que posee nuestro ordenamiento jurídico. Si a ello se añade la interpretación que de esa realidad efectúa la sentencia que es objeto de este comentario, y las que de ella están efectuando los Tribunales y Administración española, no debe sorprender que la ceremonia de la confusión haya aparecido y, con ella, todos y cada uno de los problemas que cualquier situación de anomía social o jurídica puede producir.

Personaje protagonista de esta controversia es la, ya citada, Directiva 93/104/CE, de 26 de noviembre, en la que vuelve a plantearse el dualismo que significábamos al inicio de este comentario. En efecto, la referida norma posee un alma y un cuerpo dual. Su «doble alma» busca conciliar en adecuado equilibrio la tutela de la seguridad y salud de los trabajadores a través del establecimiento de tiempos mínimos de descanso que la garanticen y el interés empresarial en la ordenación flexible del tiempo de trabajo siempre desde su carácter de norma mínima (artículo 1) y desde el escrupuloso respeto de los derechos adquiridos (artículo 15). Doble alma que muestra su faz corpórea a través de la conexión natural que dicha norma posee con la Directiva 89/391/CEE, de 12 de junio, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo, como expresamente reconoce su artículo 1.4 al subrayar que «las disposiciones de la Directiva 89/391/CEE se aplicarán plenamente a las materias a que se refiere el apartado 2, sin perjuicio de las disposiciones más exigentes y/o específicas contenidas en la presente Directiva».

Este dualismo, que a modo de pecado original posee y del que no puede desprenderse, produce un singular efecto en su propia configuración técnica. La Directiva, efectivamente, tiende a la limitación del tiempo de trabajo aunque tal objetivo lo persigue de manera indirecta, de manera oblicua, podríamos decir, pues, en lugar de recurrir a la fijación de jornadas máximas, técnica frecuente en las legislaciones nacionales, prefiere determinar su sistema de garantías mediante el establecimiento de períodos de descanso mínimo. El legislador comunitario ha ido más por el camino de garantizar una entidad suficiente a los períodos de no trabajo que por el de

nes Sanitarias de la Seguridad Social», en AA VV: *Personal estatutario de la Seguridad Social*. Madrid, CGPJ, 2000, pgs. 13 a 95.

<sup>4</sup> Un estudio de conjunto del régimen de jornada de trabajo de este personal, RABANAL CARBAJO, P.: «Tiempo de trabajo del personal estatutario de la Seguridad Social», en AA VV: *Personal estatutario de la Seguridad Social*. Madrid, CGPJ, 2000, pgs. 169 a 149. También, MARÍN ALONSO, I.: *Problemas jurisprudenciales en torno a la jornada del personal estatutario*. TL, núm. 43, 1997, pgs. 101 a 132.

limitar directamente la magnitud de la prestación laboral<sup>5</sup>. El referido objetivo tutelar, del todo coherente con su fundamento declarado, no aparece en estado puro sino, antes bien, en mestiza colaboración con su no escondida finalidad flexibilizadora. Así se muestra si observamos que la fijación de períodos de descanso mínimo ofrece una distinta faz si consideramos que la omisión de la referencia a topes máximos horarios permite una mayor capacidad de gestión empresarial; o si tenemos en cuenta que la Directiva omite cualquier regulación del trabajo extraordinario salvo la referencia indirecta contenida en el artículo 6, cuando, como señaló el Dictamen sobre la Propuesta de Directiva el Comité Económico y Social, había reconocido que «los problemas de salud (...) como los accidentes, pueden deberse también a una duración excesiva del trabajo como consecuencia de la prestación de horas extraordinarias».

Esta vertiente queda subrayada de convenir, como parece necesario, que la Directiva 93/104/CE, viene marcada por la lógica de la excepción, modo de actuar, por otra parte, nada infrecuente en el singular ordenamiento comunitario<sup>6</sup>. De este modo, a las exclusiones definidas normativamente, se añade la posibilidad de que los Estados miembros, en virtud de la variada oferta de excepciones en unos casos obedientes a circunstancias concurrentes en la actividad y otras derivadas de la simple voluntad del legislador nacional o de los interlocutores sociales, diseñen, a la carta, su particular modo de implementarla en su Derecho interno. Queda, pues, a la particular decisión de los Estados la capacidad de modular el alcance de la Directiva a través del establecimiento de períodos de referencia amplios o, en ocasiones, indeterminados (artículo 6), a lo que ayuda la ambigüedad e imprecisión de su redactado.

## 2. EL CONTEXTO Y EL TEXTO DEL PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN PREJUDICIAL

Dentro del anterior marco de referencia y en el seno de la mencionada polémica, la cuestión de las guardias médicas se situaba en su mismo epicentro. Esta institución, con larga tradición en nuestro sistema sanitario, se encontraba marcada por el signo de la controversia. Aspectos tales como la calificación jurídica de este tiempo de trabajo, su retribución, la discrecionalidad de la Gerencia para la programación de las guardias, descansos tras las guardias y asignación de guardias dentro o fuera de la propia especiali-

<sup>5</sup> FERRANDO GARCÍA, F. M.: «Sobre la Directiva 93/104/CE, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo». AS, III, 1994, pg. 2303.

<sup>6</sup> La idea de la «excepción como regla» alcanza su máxima intensidad en el ámbito de la Seguridad Social de los Trabajadores migrantes y, en concreto, en su Reglamento 1408/1971 a través de su sistema de Anexos dedicados exclusivamente a declarar excepciones nacionales al articulado. Realidad confirmada por el propio TJCE que, en sus sentencias *Drake* de 20 de septiembre de 1994 y *Olivieri-Coenen* de 17 de octubre de 1995, ha declarado que el articulado del Reglamento no mantiene una posición jerárquica superior respecto del contenido de los Anexos. Sin embargo, siempre cabrá una interpretación teleológica de respecto de los artículos cuya aplicación explicitan o desarrollan.

dad, habían sido objeto de debate judicial<sup>7</sup>. A los anteriores se venía a sumar ahora el de su propia existencia o, más precisamente, el de la conservación de esas señas clásicas de identidad. La realidad del tiempo de trabajo en el ámbito del personal estatutario y, en especial, dentro del personal facultativo venía marcada por la ley de la indeterminación y el principio de la incertidumbre. Como puso de manifiesto el Auto que planteó la cuestión prejudicial que dio lugar a la STJCE de 3 de octubre de 2000 a la que seguidamente nos referiremos, los médicos que prestaban sus servicios en los Equipos de Atención Primaria «se veían forzados a realizar jornadas de trabajo indefinidas, a veces de 31 horas, sin descanso nocturno, sin tope diario, ni semanal, ni anual, en los que se encadena la jornada diaria con los turnos de atención continuada, y ésta con la jornada ordinaria del día siguiente y todo ello repetido con la cadencia marcada por la Administración competente según necesidades unilateralmente programadas».

Con anterioridad al pronunciamiento al que seguidamente nos referiremos, el propio Tribunal Constitucional había ya intervenido. En sus SSTC 170/1988, de 29 de septiembre<sup>8</sup>, 33/1991, de 14 de febrero (F. 2<sup>a</sup>), consideró que la regulación en ese momento vigente no contradecía ningún mandato constitucional, sin que correspondiera, obviamente, a dicho Tribunal «dilucidar cuál debe ser la concreta jornada de trabajo del actor y su régimen de descanso, como se pide en la demanda, pues esa pretensión sólo puede ser satisfecha por los órganos de la jurisdicción laboral, según se desprende con facilidad del artículo 117.3 CE». No obstante, la jurisprudencia ordinaria había modulado, en diversos pronunciamientos, el alcance de una legislación que admitía jornadas de trabajo superiores a las 72 horas semanales, así como descansos interjornadas inferiores a diez horas, admitiendo el derecho al descanso semanal ininterrumpido de 36 horas o el derecho al descanso de doce horas interjornadas a los Médicos Internos Residentes. De forma premonitoria, la SJS núm. 5, de 23 de enero de 1998 (Proc. 658/1997)<sup>9</sup>, partiendo de la eficacia directa de la Directiva 93/104/CE, había reconocido a los recurrentes el *descanso efectivo interjornada* de 11 horas como mínimo, un *descanso mínimo semanal* de 35 horas ininterrumpidas, con descanso preferente el domingo y una *jornada laboral* que no exceda las 48 horas de promedio. Incluso el *Sindic de Creuges* de la Comunidad Valencia

<sup>7</sup> Sobre las controversias suscitadas en la jurisprudencia ordinaria de nuestro país, vid. CISCART BEA, N. y RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, R.: «Las guardias del personal facultativo estatutario de las instituciones hospitalarias. Cuestiones de interés y criterios jurisprudenciales», *RL*, núm. 3, 2001, pgs. 17 a 68.

<sup>8</sup> Un comentario a este pronunciamiento puede hallarse en CAMPS RUIZ, L. M. y SALA FRANCO, T.: «Los estatutos de personal de instituciones sanitarias de la Seguridad Social y el principio de igualdad», *PJ*, núm. 14, 1989, pgs. 211 a 232.

<sup>9</sup> Supuesto de hecho: jornada ordinaria: 40 horas; en ciclos de 7 semanas: 6 guardias de 15 horas cada una de ellas (en horario nocturno), 1 guardia de 24 horas, lo que supone la realización de 114 horas cada 7 semanas y, por tanto, una jornada semanal extraordinaria de 16.28 horas = 40 horas de jornada ordinaria + 16.28 de jornada extraordinaria = 56.28 horas.

resolvió el 20 de diciembre de 1994 una queja planteada por la Confederación Estatal de Sindicatos Médicos (CESM) de la Comunidad Valenciana en la que recomendaba a la Consellería de Sanidad y Consumo realizar o impulsar «las acciones pertinentes que tiendan a suplir omisiones legislativas o reglamentarias en esta materia y adopte las medidas necesarias que impidan abusos respecto de los médicos (...) en materia de jornada y descansos».

En este contexto, el Sindicato de Médicos de Asistencia Pública (SIMAP) formuló conflicto colectivo contra la Consejería de Sanidad y consumo, en el que se declara el derecho de todos los médicos que presten sus servicios en los Equipos de Atención Primaria (EAP) de la Comunidad Valenciana a: que se interprete el artículo 17.3 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de los EAP de la Comunidad Valenciana con respecto a los artículos 6, 8, 15 y 17 de la Directiva 93/104; disfrutar de una jornada de trabajo que no exceda de 40 horas, incluidas las horas extraordinarias, por cada período de 7 días; y a que la jornada de trabajo nocturno no exceda de 8 horas cada período de 24 horas, o que, de superarse, se concedan períodos equivalentes de descanso compensatorio; que se les reconozca la condición de trabajadores nocturnos y por turnos y a que, en consecuencia, se establezcan previamente a su incorporación a este tipo de trabajo y periódicamente con posterioridad, las medidas de especial protección establecidas en los artículos 9 a 13 de la Directiva 93/104.

El Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana planteó al Tribunal de Justicia de la CEE con fecha 10 de julio de 1998, con arreglo al artículo 177 del Tratado CE, cinco cuestiones prejudiciales sobre la interpretación de las Directivas 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativas a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo, y 93/104/CE del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo. Se trataba, en definitiva, de saber si las previsiones de la Directiva 93/104 en materia de duración máxima del tiempo de trabajo semanal, trabajo nocturno y trabajo por turnos son aplicables o no al personal médico integrado en los Equipos de Atención Primaria. El Tribunal plantea cinco cuestiones prejudiciales, que desglosa en una serie de preguntas concretas relativas al ámbito objetivo y subjetivo de la Directiva y que nos permitimos resumir del siguiente modo:

1) ¿Incluye la Directiva a los médicos de Equipos de Atención Primaria o pueden escapar de la misma, bien sobre la base de la exclusión del artículo 2 de la Directiva 89/391, que previene su inaplicación cuando se opongan a ello de manera concluyente las particularidades inherentes a determinadas actividades específicas de la función pública, bien sobre la base del artículo 17 de la Directiva 93/104, que permite excepcionar sus mandatos para determinadas actividades, entre las que se encuentran las de asistencia médica?

2) ¿El tiempo de atención continuada –mediante el sistema de localización o mediante el sistema de presencia física– debe considerarse tiempo de tra-

bajo y, una vez considerado tiempo de trabajo, debe éste calificarse como ordinario o jornada especial?

3) ¿El tiempo de atención continuada debe tomarse en cuenta para cumplir los límites del artículo 6 de la Directiva y qué función tiene la autonomía de la voluntad individual o colectiva en su disponibilidad?

4) ¿Son trabajadores nocturnos los médicos que realizan cíclicamente de noche parte del turno de atención continuada?

5) ¿Puede considerarse «trabajo por turnos» y, por tanto, «trabajadores por turnos» los médicos que desarrollan cíclicamente su actividad en el turno de atención continuada?

Es interesante poner de relieve cómo, con posterioridad, la Confederación Intersindical Galega (CIG) presentó demanda de Conflicto Colectivo frente al SERGAS por la imposición de un sistema de guardias en Atención Primaria que excede de las horas máximas previstas por la legislación comunitaria y que no respeta el derecho de libranzas compensatorias entre jornadas, afectante a todo el personal estatutario facultativo y de enfermería que presta servicios por cuenta del Servicio Galego de Saúde (SERGAS) en los centros denominados Puntos de Atención Continuada (PAC), en los que se lleva a cabo la atención de urgencias extrahospitalarias en el territorio de la Comunidad Autónoma de Galicia. El Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en Auto de 14 de junio de 1999 (AS 1999, 1697), planteó también cuestión prejudicial parcialmente coincidente con la que dio lugar a la sentencia objeto de este comentario. La misma se articulaba sobre las siguientes tres cuestiones:

1) Habida cuenta de lo establecido en el párrafo 3 del artículo 1 de la Directiva 93/104/CE ¿debe interpretarse que la labor de los profesionales a que se refiere el conflicto está inserta en el ámbito de aplicación de la referida Directiva?

2) Habida cuenta de lo dispuesto en el artículo 118 del Tratado y la invocación que en el Preámbulo y en el párrafo 4º del artículo 1 de la Directiva 93/104/CE se hace a la 89/391/CE ¿cabe considerar que la labor de los profesionales a que se contrae el ámbito del conflicto se halla incardinada en el campo de aplicación de las excepciones o exclusiones referidas en el artículo 2 de la Directiva citada en último lugar y en el artículo 17 de la 93/104/CE?

3) Habida cuenta de que el artículo 4.2 del Decreto de la Xunta de Galicia núm. 172/1995, de 18 de mayo determina que «la prestación de asistencia se realizará mediante la modalidad de presencia física ¿debe entenderse todo el período de tiempo en que se realice el turno como tiempo de trabajo ordinario? ¿el referido período de tiempo es susceptible de ser considerado como de horas extraordinarias?

3. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD EUROPEA DE 3 DE OCTUBRE DE 2000 Y SUS EFECTOS DE «PRIMER ORDEN» SOBRE EL SUPUESTO BASE ENJUICIADO

El Tribunal de Justicia de las Comunidades respondió a la primera de las cuestiones, la planteada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Valencia por medio de su sentencia de 3 de octubre de 2000, «larga y cuidada»<sup>10</sup>, alcanzando las siguientes soluciones:

En relación con la primera cuestión planteada, esto es, si la Directiva incluía a los médicos de Equipos de Atención Primaria dentro del ámbito subjetivo de aplicación de la Directiva 93/104, el Tribunal declara que «una actividad como la de los médicos de Equipos de Atención Primaria está comprendida dentro del ámbito de aplicación de las Directivas 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo, y 93/104/CE del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo» [Fallo 1].

Por lo que hace al concepto de tiempo de trabajo, el Tribunal concluye que «el tiempo dedicado a atención continuada prestado por médicos de Equipos de Atención Primaria en régimen de presencia física en el centro sanitario debe considerarse tiempo de trabajo en su totalidad y, en su caso, horas extraordinarias en el sentido de la Directiva 93/104». Por el contrario, de «la prestación de servicios de atención continuada por dichos médicos en régimen de localización, sólo debe considerarse tiempo de trabajo el correspondiente a la prestación efectiva de servicios de atención primaria» [Fallo 3]. En conclusión, deberá considerarse que el sanitario español supera el tope comunitario en aquellos supuestos en los que la suma de la jornada ordinaria más el tiempo de trabajo consumido en guardias de presencia física, más el derivado de las asistencias realizadas durante las guardias localizadas supere el tope comunitario de 48 horas en cómputo semestral.

Por lo que se refiere a la jornada de trabajo, el Tribunal concluye que, a falta de normas nacionales que adapten el Derecho interno al artículo 16.2 de la Directiva 93/104<sup>11</sup>, o, en su caso, que adopten expresamente alguna de las excepciones previstas en el artículo 17.2, 17.3 y 17.4 de la referida

<sup>10</sup> PÉREZ DE LOS COBOS, F.: *La aplicación de la Directiva 93/104 CEE al personal estatutario de la Seguridad Social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, pg. 13. De “importante” la califica MONTROYA MELGAR, A.: *El tiempo de trabajo de los médicos de la Seguridad Social y su sistema normativo*, TS, 2002, núm. 135, pgs. 10. Vid. al respecto también el comentario de SAURA SUCAR, M.: *Aplicación de Directivas comunitarias al personal médico de las instituciones sanitarias de la Seguridad Social*, RDS, 2001, núm. 14, pgs. 121-130.

<sup>11</sup> Que establece para el cómputo de la duración máxima del tiempo de trabajo semanal un promedio en ningún caso superior a cuarenta y ocho horas, incluidas las horas extraordinarias estando considerado en el citado tope un período de referencia máximo de cuatro meses.

Directiva<sup>12</sup>, «dichas normas pueden interpretarse en el sentido de que tienen efecto directo y, por tanto, confieren a los particulares un derecho a que el período de referencia para el establecimiento de la duración máxima de su tiempo de trabajo semanal no exceda de doce meses» [Fallo 6]. Considera que, a efectos de superar el límite máximo de jornada semanal previsto al amparo de la prerrogativa que el artículo 18 de la Directiva 93/104 reconoce a los Estados miembros, «el consentimiento expresado por los interlocutores sindicales en un convenio o acuerdo colectivo no equivale al dado por el propio trabajador» [Fallo 7].

La duda sobre la consideración como trabajadores nocturnos de los médicos de Equipos de Atención Primaria cuando prestan cíclicamente sus servicios en turnos de atención continuada durante la noche, es resuelta negativamente por el Tribunal, al considerar que «con arreglo únicamente al artículo 2, punto 4, letra b), de la Directiva 93/104» no merecen tal calificación [Fallo 4]. Por el contrario entiende que el trabajo realizado por los médicos de Equipos de Atención Primaria durante el tiempo dedicado a atención continuada como trabajo por turnos hace de los mismos «trabajadores por turnos» en el sentido de la Directiva 93/104 [Fallo 5].

La sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, de 2 de noviembre de 2000 (Rec. núm. 12/1998), atendiendo a las anteriores declaraciones, decidió la controversia, en su día suscitada, acogiendo en parte las pretensiones de los recurrentes, haciendo las dos siguientes declaraciones: 1ª. Que los médicos afectados por el conflicto tienen derecho a disfrutar de una jornada de trabajo que no exceda de 48 horas, incluido el tiempo de trabajo dedicado a atención continuada, por cada período de 7 días en cómputo de 12 meses, y 2ª. Que dichos médicos, por realizar el período de atención continuada cíclicamente y a distintas horas a lo largo de un período dado de días o semanas, tienen la condición de trabajadores a turnos y, en consecuencia, debe establecerse previamente a su incorporación a ese tipo de trabajo y periódicamente con posterioridad, las medidas de especial protección establecidas en el artículo 12 de la Directiva 93/104/CE del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo.

Contra el referido pronunciamiento se planteó por el Sindicato de Médicos de Asistencia Pública recurso de casación en el que se solicitaba que se reconociera a los médicos afectados por el conflicto el derecho a disfrutar de una jornada de trabajo que no exceda de 40 horas, incluidas las horas extraordinarias, por cada período de 7 días (en cómputo de 4 meses) y que la jornada de trabajo nocturno no exceda de 8 horas cada período de 24

<sup>12</sup> Que permiten salvar el límite fijado ampliando el período de referencia hasta seis meses e incluso cuando concurren razones objetivas, técnicas o de organización del trabajo y se pacte colectivamente, hasta doce meses, estas normas «pueden interpretarse en el sentido de que tienen efecto directo y, por tanto, confieren a los particulares un derecho a que el período de referencia para el establecimiento de la duración máxima de su tiempo de trabajo semanal no exceda de doce meses».

*Jesús R. Mercader Uguina*

horas o, de superarse, se les concedan períodos equivalentes de descanso compensatorio.

Ambas peticiones han sido expresamente rechazadas por el Tribunal Supremo en su STS (4<sup>a</sup>) 4 de octubre de 2001 (Rec. 644/2001). Por lo que hace a la primera de las pretensiones, el Tribunal Supremo entiende que lo que persigue el sindicato demandante es que se establezca «un régimen de jornada uniforme, que comprenda tanto el tiempo dedicado a la prestación de servicios efectivos como la situación de localizables, esto es, incluyendo las guardias de presencia y de localización», posibilidad expresamente excluida tanto por el artículo 31.4 del Estatuto Jurídico del Personal Médico aprobado por D. de 23 de diciembre de 1966 como por la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, que distinguen ambos momentos de «manera clara y terminante». Igualmente, se rechaza la segunda de las peticiones, esto es, la de considerar a los médicos destinados en equipos de atención primaria como trabajadores nocturnos, al estar comprendidos algunos de los servicios que prestan entre las 24 horas y las 5 horas. El Tribunal entiende que se invoca una «norma inaplicable, como es el artículo 36 del Estatuto de los Trabajadores», y subraya que, en todo caso, «esta cuestión la dejó definitivamente zanjada la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, al declarar que “los médicos de equipos de atención primaria que prestan cíclicamente sus servicios en turnos de atención continuada durante la noche no pueden considerarse trabajadores nocturnos con arreglo únicamente al artículo 2, punto 4, letra b) de la Directiva 93/104”. Por consiguiente, si el Estatuto de los Trabajadores no es de aplicación al caso y tampoco lo es la Directiva 93/104», razones, todas ellas, que impusieron la desestimación del recurso de casación interpuesto.

#### 4. LOS EFECTOS «SECUNDARIOS» DE LA SENTENCIA DE 3 DE OCTUBRE DE 2000 EN LA ORDENACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO DEL PERSONAL AL SERVICIO DE INSTITUCIONES SANITARIAS

Las críticas a la Sentencia del TJCE de 3 de octubre de 2000 no se han hecho esperar y las mismas se han fundamentado en argumentos diversos, unos de carácter jurídico y otros de índole metajurídica. Se ha considerado, así, que la puesta en práctica de la limitación de jornada que el pronunciamiento comentado impone supondría un coste económico tal que sería inalcanzable para el Sistema Nacional de Salud y, más en concreto, para los Servicios autonómicos, a los que afecta directamente y tras el reciente proceso de transferencias, este proceso. Igualmente, se añade que el déficit de personal constituye un factor básico a la hora de encarar la referida cuestión. No existen especialistas médicos para cubrir el nuevo sistema organizativo que hipotéticamente debería implantarse en caso de limitarse la jornada. En tercer lugar, la aplicación del sistema horario establecido por la Directiva podría ser contrario al derecho a la salud de los usuarios, por cuanto introduciría restricciones en el actual modelo que permite la existencia de sesiones clínicas entre el conjunto de facultativos especialistas que se responsabilizan de cada paciente ingresado en cada hospital. Y, en fin, tal

solución podría producir un fomento indirecto de la sanidad privada. La limitación horaria no serviría, se dice, para mejorar la salud de los trabajadores, pues es conocido que muchos de ellos pretenden obtener la limitación de jornada para atender a sus consultorios privados. Con todo, la lógica cruzada o dual se impone, también, en este punto. Si, aparentemente, la solución dada a la controversia por la sentencia objeto de comentario debería haber sido recibida con satisfacción entre los afectados por cuanto avanza en la idea de la tutela de la salud y en la mejora de la calidad del servicio sanitario, no es posible negar que las limitaciones horarias que impone la Directiva tienen como efecto inmediato una reducción en la retribución del personal afectado, al desaparecer un complemento salarial básico dentro de las formas retributivas del personal estatutario lo que, no es necesario explicar, dificulta una solución clara al problema.

A las anteriores dudas se añaden las que derivan de las lagunas y oscuridades que ha dejado sin resolver el fallo analizado. La actuación judicial y administrativa colaboran al anterior resultado. La Administración se inhibe de cualquier actuación que trate de resolver de forma directa el problema, esto es, mantiene un calculado silencio sobre la posibilidad de implementar la Directiva 93/104 para el personal estatutario. Ello no obstante, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social está comenzando a reclamar su competencia en esta materia, por considerar que el objeto de tutela es la salud de los trabajadores *ex* artículo 3 LPRL. Por su parte, la actuación judicial no camina por senderos ciertos y ofrece, las más de las veces, soluciones contradictorias para los distintos problemas planteados, sin que se haya producido, hasta el momento, la imprescindible unificación doctrinal en la materia.

Tres son, a nuestro juicio, los núcleos básicos en torno a los cuales se centra la polémica en este momento: la precisa determinación de los preceptos de la Directiva que poseen «efecto directo»; los límites del principio de aplicación general y, por último, la adecuación de la regulación del personal estatutario a las previsiones de la Directiva sobre límites horarios y sus posibles excepciones.

Por lo que hace al primero de los problemas, como es sabido, el derecho interno español no se ha adaptado correctamente a lo dispuesto en la Directiva 93/104, dado que al colectivo sanitario no le es de aplicación el RD 1561/1995, de 21 de septiembre, de jornadas especiales, conforme a lo dispuesto por el artículo 1 de dicha norma, lo que abre la puerta a la aplicación directa de dicha norma. El Tribunal de Justicia ha vinculado la invocabilidad de las directivas al comportamiento del Estado, de modo que «sólo en circunstancias particulares, concretamente cuando un Estado miembro hubiera omitido adoptar las medidas de ejecución exigidas, o adoptado medidas no conformes con una directiva, el Tribunal ha reconocido el derecho a los particulares de invocar ante el juez una directiva frente a un Estado miembro incumplidor» (STJCE 6 de mayo de 1980, *Comisión c. Bélgica*, asunto 102/1979). En esta línea, las sentencias de 5 de abril de 1979 (*Ministerio Público c. Ratti*, asunto 148/1978) y de 19 de enero de 1982 («Becker c.

Finanzamt Münster-Innenstadt», asunto 8/1981) precisan que la expiración del plazo dado a los Estados para la transposición de la directiva constituye una condición «sine qua non» para deducir la posibilidad de efecto directo de la misma. La sentencia de 26 de febrero de 1986 («Marshall c. Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority», asunto 152/1984) confirma la anterior jurisprudencia y de una manera clara recuerda que: «según una jurisprudencia constante del Tribunal de Justicia (...) en todos los casos en que las disposiciones de una directiva se revelen, desde el punto de vista de su contenido, como incondicionales y lo suficientemente precisas, los particulares podrán invocarlas frente al Estado, ya sea cuando éste se abstenga de adaptar su Derecho nacional, en el plazo establecido, a la directiva, ya cuando realice una adaptación incorrecta».

De este modo, la legislación española no adecuada a la Directiva debería no resultar de aplicación una vez transcurrido el período establecido para su incorporación (23 de noviembre de 1996) y aquellos aspectos que contempla no incorporados al derecho interno, o no existentes en el momento de su adopción, se rigen directamente por lo previsto en la misma. Sobre esta base, desde algún sector doctrinal se ha predicado una interpretación extensiva del «efecto directo» que se extendería en concreto a los artículos 3 a 9, 11 a 13 y 16 de la Directiva 93/104, por considerar que de la lectura de su articulado pueden deducirse que la intención del legislador ha sido establecer unas condiciones mínimas e irrenunciables de protección de la seguridad y salud. A nuestro juicio, una lectura pausada de la jurisprudencia comunitaria en esta materia nos lleva a resultados más modestos<sup>13</sup>.

Si cierto es que el «efecto directo» de una Directiva implica la facultad de los particulares de invocarla ante un órgano jurisdiccional nacional y ante la Administración del Estado, esa posibilidad se encuentra condicionada a que los preceptos que pretendan alcanzar tan relevante eficacia posean los rasgos de precisión e incondicionalidad. La exigencia de estos presupuestos dota a la invocabilidad de un carácter «excepcional y no de derecho común»<sup>14</sup>. Sobre este presupuesto, debe ser leída la jurisprudencia comunitaria

<sup>13</sup> Es preciso recordar que el Tribunal Constitucional ha venido reiterando, entre otras en su STC 180/1993, de 31 de mayo, F. 3º, que «no corresponde al Tribunal Constitucional controlar la adecuación de la actividad de los poderes públicos nacionales al Derecho comunitario. Este control compete a los órganos de la jurisdicción en cuanto aplicadores que son del ordenamiento comunitario y, en su caso, al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. La tarea de garantizar la recta aplicación del Derecho comunitario por los poderes públicos nacionales es pues, una cuestión excluida del ámbito del recurso de amparo. Como ya quedó establecido de manera general en relación con los tratados internacionales, la supuesta contradicción entre éstos y las leyes y otras disposiciones normativas posteriores –por lo que aquí interesa también las anteriores– no es cuestión que afecte a la constitucionalidad de éstas y que, por tanto, deba ser resuelta por el Tribunal Constitucional, sino que, como puro problema de selección del Derecho aplicable al caso concreto, debe ser resuelto por los órganos judiciales en los litigios de que conozcan».

<sup>14</sup> RUIZ-JARABO COLOMER, D.: *El juez nacional como juez comunitario*, Madrid, Civitas, 1993, pg. 138.

ria que ha precisado el contorno de los dos rasgos maestros anteriormente citados. Así, se requiere, en primer término, estaremos ante una disposición suficientemente precisa si ésta efectúa una concreta determinación de los beneficiarios de las obligaciones impuestas, por lo que dicho requisito se cumplirá cuando «una disposición permite a los órganos jurisdiccionales nacionales saber quiénes deben cumplir las obligaciones y quiénes son los beneficiarios de las mismas», sin que sea necesaria al respecto ninguna medida específica de aplicación (STJCE 14 de julio de 1994, *Faccini Dori c. Recreb*, asunto C-91/1992). De igual modo, el presupuesto de la incondicionalidad se cumplirá siempre que de la misma se «puedan determinar unos derechos mínimos» (STJCE 14 de julio de 1994, *Faccini Dori c. Recreb*, asunto C-91/1992). Esto es, debe tratarse de disposiciones de la Directiva que constituyan una «garantía mínima» en favor de los justiciables (STJCE 19 de enero de 1982, *Becker c. Finanzamt Münster-Innenstadt*, asunto 8/1981).

Sobre estas bases, la relación de preceptos que gozarían de la garantía del efecto directo resultaría sumamente reducida, concretándose a aquellos preceptos que no prevén excepción alguna en su aplicación, por lo que se cumpliría la exigencia de que las normas resulten precisas e incondicionales. Tal calificación merecerían, únicamente, el derecho del trabajador a que su jornada en cómputo anual no exceda de las cuarenta y ocho horas semanales, incluidas las horas extras (artículo 6), así como el derecho del trabajador individual a rechazar las ampliaciones de dicha jornada y el de no sufrir perjuicio alguno por tal rechazo (artículo 18). No obstante, algunos pronunciamientos de instancia han mantenido, también, posiciones ampliatorias; es el caso de la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Orense de 28 de diciembre del 2000, que concluye que los derechos reconocidos en materia de descanso diario y semanal (artículos 3 y 5) tienen efecto directo o el de la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 8 de Alicante de 13 de febrero del 2001 que reconoce el efecto directo de estos mismos derechos y el derecho «a realizar una jornada laboral semanal que no exceda de 48 horas, incluidas las extraordinarias, en un período de referencia de 4 meses». Esta interpretación sin matices del efecto directo «constituye en sí misma un riesgo a considerar»<sup>15</sup>, que abunda en los problemas aquí analizados.

Un segundo núcleo de problemas se centra en el campo de aplicación de la Directiva 93/104. La interpretación del párrafo primero de su artículo 1 a la luz de lo establecido en el artículo 2 de la Directiva Marco 89/391 permite concluir que la misma es, en principio, de aplicación general a todos los sectores de actividad. El anterior principio ha sido interpretado de forma extensiva, al ser dicha idea la que mejor se ajusta a su objeto, esto es, «promover la mejora de la seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo» de lo que «se deduce que su ámbito de aplicación debe entenderse de manera amplia» [Fundamento 34], y que las excepciones a esta regla

<sup>15</sup> PÉREZ DE LOS COBOS, F.: *La aplicación de la Directiva 93/104 CEE al personal estatutario*, cit., pg. 62.

deben, en consecuencia, interpretarse restrictivamente» [Fundamento 35]. En esta línea, los Tribunales españoles han aplicado tal principio. La STSJ de la Comunidad Valencia de 5 de febrero de 2001 (Proc. 21/2000) y la STSJ de Galicia de 6 de noviembre de 2001 (Autos 5/2001) han proyectado la decisión a todo el personal facultativo de atención especializada con destino en los hospitales y centros especializados, en el primer caso, de la Consellería de Sanidad concediendo el derecho de los médicos afectados a disfrutar de una jornada que no exceda las 48 horas pero no a que se consideren como voluntarias las que superen los límites de la jornada citada. Por su parte, la STSJ de Cataluña de 28 de septiembre de 2001 (Proc. 19/2001), en conflicto colectivo instado por las asociaciones empresariales del sector, proyecta las declaraciones de la Sentencia del TJCE a los incluidos en el ámbito personal de aplicación del Convenio Colectivo para el sector de los hospitales concertados de la Red Hospitalaria de Utilización Pública de Cataluña.

La única excepción a tan tajante regla se encuentra en el *caso de los Médicos Internos Residentes* (MIR). Sabido es que la única excepción que contiene la Directiva viene referida a «médicos en período de formación» (artículo 17.2). No obstante, tal excepción ha sido modificada por la Directiva 2000/34, pero con la particularidad de que, para alcanzar el régimen general, se concede en relación con este colectivo un plazo de adaptación que puede llegar hasta el año 2012. Pese a ello, algún pronunciamiento ha considerado traspuesta la Directiva comunitaria al haberse reconocido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en concreto, en su STS (4<sup>a</sup>) 15 de febrero de 1999 (Rec. 2380/1998) un régimen de descanso interjornada mínimo de doce horas, lo que, a su juicio, «no sólo traspone, sino que incluso excede el mínimo que con carácter general, impone la Directiva 93/104 del Consejo (...) que, en su artículo 3, introduce una separación entre jornadas de once horas» (Juzgado de lo Social núm 2 de Palma de Mallorca, núm. 238, Autos 1057/2000). Ello ha llevado a considerar que la aplicación de la Directiva 2000/34/CE, implicaría una transgresión de la disposición final 3<sup>a</sup> de la Directiva 93/104/CE («la aplicación de la presente Directiva no constituye una justificación válida para la disminución del nivel general de protección de los trabajadores») y un planteamiento regresivo de los intereses legal y jurisdiccionalmente reconocidos a este personal.

Finalmente, por lo que hace a la adecuación de la regulación del personal estatutario a las previsiones de la Directiva sobre límites horarios y sus posibles excepciones, cuestión a dirimir es la relativa a las posibilidades de *superación del límite de 48 horas semanales*. La única vía que la Directiva comunitaria admite para superar tal límite en cómputo semestral/anual es, de acuerdo con lo previsto en el artículo 18 de la norma comunitaria, la obtención del «consentimiento del trabajador para efectuar dicho trabajo», consentimiento que, como hemos visto, no puede ser sustituido «por el expresado por los interlocutores sindicales en un convenio o acuerdo colectivo». La norma, en efecto, llama al consentimiento individual y garantiza al trabajador que ningún perjuicio podrá sufrir por el hecho de negar su consenti-

miento para efectuar dicho trabajo. Este carácter voluntario manifiesta un papel fundamental en génesis contractual al exigir de las partes su expresa configuración de acuerdo permitiendo a las partes la «contractualización de la prestación de estos servicios»<sup>16</sup>, lo que permitiría, como ha explicado PÉREZ DE LOS COBOS, exportar a este ámbito una figura similar a la ya existente en relación con el contrato a tiempo parcial, esto es, el pacto de horas complementarias, pacto que podría, incluso, ser posible objeto de denuncia unilateral por el trabajador en períodos predeterminados<sup>17</sup>. En todo caso, el régimen de estos pactos requiere de registros actualizados de los trabajadores que realicen estas horas; del establecimiento de medidas que permitan la disponibilidad de estos registros en favor de las autoridades competentes en materia de seguridad y salud de los trabajadores que podrán prohibir o restringir estas ampliaciones de jornada; y, en fin, del establecimiento de medidas que permitan cumplir con la obligación de los servicios sanitarios afectados de proporcionar a las autoridades competentes cuando éstas lo requieran información sobre el consentimiento prestado por los trabajadores para prolongar sus jornadas, como exige el artículo 18 de la Directiva 93/104.

##### 5. EL INCIERTO PORVENIR

El porvenir es largo e incierto. Pero dentro del cúmulo de incertidumbres, dualidades y dudas que suscita este problema exige de respuestas inmediatas. Los responsables de recursos humanos de los diferentes servicios de salud han acordado en la Comisión de Gestión del Consejo Interterritorial de Sanidad un plan para hacer frente a las sentencias aparecidas y en el que instan a las Administraciones sanitarias a aplicar la Directiva 93/104 sobre ordenación del tiempo de trabajo. Los estudios sobre el impacto de la directiva en los servicios de salud y han concluido que afecta de manera dispar, según el tipo de organización. Los centros en los que más problemas se pueden presentar son los comarcales y en los servicios con menos de siete facultativos. Las medidas puntuales previstas a corto plazo para garantizar el cumplimiento de la jornada semanal de 48 horas, se centran, en primer término, en el respeto a la voluntariedad, esto es, en la obligación de atender las solicitudes para no trabajar más horas; conversión de determinadas guardias físicas en localizadas y, en casos excepcionales, como en centros pequeños, contratar refuerzos para suplir déficit de personal que surjan a raíz de la renuncia a guardias. A medio plazo, se hace necesario impulsar la reforma de la organización y un estudio de necesidades de especialistas, al no resultar posible permitir que la organización de los recursos humanos se asiente sobre la voluntariedad de las guardias. Se hace imprescindible, por todo ello, clarificar conceptos tales como el cálculo de la jornada semanal máxima, el descanso diario y semanal, las

<sup>16</sup> Ibid., pg. 73.

<sup>17</sup> Ibid., pgs. 43-44.

*Jesús R. Mercader Uguina*

horas extraordinarias y su relación con el actual sistema retributivo de atención continuada, etc...

En Jano, la figura de doble faz, una cara mira hacia el pasado, y la otra apunta hacia el futuro. Una cara recuerda lo transcurrido, y otra lo porvenir. Esta dualidad parece imprimirse igualmente en los hombres, tomando a veces la forma de una incertidumbre que impide reconocer claramente el camino a seguir. Pero la dualidad de Jano tiene su parte positiva y su parte negativa; una para imitarla, la otra para rechazarla. Lo malo de la dualidad es la incertidumbre, el no saber qué hacer ni a qué fuerzas ceder; lo bueno es la posibilidad de construir hacia delante sin despreciar la experiencia de la historia pasada.