



DERECHO ADMINISTRATIVO DEL TRABAJO

Universidad de Huelva

PERSONAL EVENTUAL ESTATUTARIO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DE SALUD Y NEGACIÓN DEL DERECHO A VACACIONES

Sentencia del Tribunal Supremo, de 30 de junio de 2006

SEBASTIÁN DE SOTO RIOJA *

SUPUESTO DE HECHO: La figura del personal estatutario designado o contratado para prestar exclusivamente servicios de atención continuada —guardias médicas— en los servicios públicos de salud es la protagonista de esta resolución que, como en tantas otras ocasiones, tiene varias vertientes o líneas interesantes de argumentación, pero de las que se va a destacar ahora concretamente una, la relativa al derecho a vacaciones retribuidas o, al menos, a su necesaria compensación económica. El supuesto, tramitado a través de demanda que se cursa por el proceso laboral ordinario, se materializa en una reclamación de cantidad por diferencias retributivas que encuentra su título justificativo en última instancia en lo que devenga otro profesional comparable, más exactamente, el personal de plantilla, que junto a los servicios de atención continuada también desarrolla el resto de tareas asistenciales, por así denominarlas, regulares u ordinarias.

En cuanto al íter procesal y al detalle de la pretensión, cabe destacar en primer lugar que la demanda original acumulaba en realidad tres conceptos o sumandos distintos. A saber: complemento específico de dedicación exclusiva, prorrateo de pagas extraordinarias y compensación económica por ausencia de disfrute efectivo de periodo de vacaciones. Estimados todos o declarados procedentes en la Instancia (Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de los de Granada, de 13 de febrero de 2004), el conjunto fue sin

* Catedrático E.U. de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

embargo objeto progresivo de merma, al restársele el componente de pagas extraordinarias en la Sentencia que resolvió el recurso de suplicación (TSJ de Andalucía, Sevilla, 25 de enero de 2005); además de la parte correspondiente a vacaciones, restada en el trámite casacional, interpuesto también a instancias del Servicio Andaluz de Salud.

RESUMEN: La Sentencia del Tribunal Supremo [Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 1218/2005 (RJ 2006, 8579). Ponente: Excmo. Sr. D. Joaquín Samper Juan] reitera doctrina ya unificada por la sentencia de 7 de octubre de 2002 (RJ 2004, 1865) invocada como referencial, y seguida en otras como las de 22-3-05 (RJ 2005, 3569), 24-5-05 (RJ 2005, 9659), 3-6-05 (RJ 2005, 9645), 26-7-05 (RJ 2005, 9135) y 14-2-06 (RJ 2006, 4438), en el sentido de denegar el derecho a disfrutar vacaciones retribuidas por los facultativos vinculados a un Servicio de Salud con nombramiento eventual para prestar exclusivamente servicios de atención continuada.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. EL PERSONAL EVENTUAL FACULTATIVO
3. TÉRMINOS Y CONCEPTOS BASE DEL CONFLICTO
4. UNA VALORACIÓN CRÍTICA

1. INTRODUCCIÓN

Si el campo de la función pública y demás personal sometido a un régimen propio del Derecho Administrativo, más allá de las manifestaciones de orden sindical y colectivo —también el de la prevención de riesgos laborales—, ha sido un ámbito normalmente extraño a los laboristas y situado extramuros del Derecho del Trabajo como consecuencia de la exclusión constitutiva del art. 1.3.a) ET, no cabe decir lo mismo respecto del singular colectivo que conforma el denominado personal estatutario que desarrolla sus tareas en los servicios públicos de salud. De hecho, basta una sucinta referencia de bibliografía para contrastar tanto la atención que ha merecido por parte de significados analistas, como la variedad y significación de los temas objeto de estudio ¹.

¹ AA.VV., *Personal estatutario de la Seguridad Social*, (coord. A. Desdentado Bonete), Madrid, CGPJ, 2000. AA.VV., *Comentarios a la Ley 55/2003 del Estatuto marco del personal estatutario de los servicios de salud*, (coord. por P. González Salinas y E. Lizarraga Bonelli), 2.ª ed., Aranzadi, 2006. CAMPS RUÍZ L. y SALA FRANCO, «Los estatutos de personal de institu-

Recientemente, un hecho normativo de capital importancia, la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, por la que se aprueba el Estatuto marco del personal estatutario de los servicios de salud está polarizando, como no podía ser de otro modo, la práctica totalidad de los debates y contiendas jurídicas. Contiendas que nunca fueron pocas en realidad, ni tampoco ahora, entre otras razones por el propio devenir del sistema de atención sanitaria, extraordinariamente complejo tanto de un punto de vista cuantitativo —junto a la educación conforma uno los dos grandes pilares de servicios públicos del Estado de Bienestar—, como cualitativo, por mor de su estructuración, acorde con nuestro sistema de reparto territorial de competencias y su composición mixta, al estar formado por recursos públicos y privados.

En cualquier caso esta especie de inercia o *vis* atractiva para los especialistas del Derecho del Trabajo tampoco parece que se haya visto mermada por la deriva de uno de los nexos por antonomasia, como ha sido el del cambio de la jurisdicción competente. Pues del tradicional conocimiento por el orden de lo social se ha pasado, primero de una forma gradual como consecuencia de la implantación de los actos separables, después con un desenlace final ciertamente abrupto, a la atribución en exclusiva de toda esta materia litigiosa —excepción hecha de las cuestiones prestacionales de Segu-

ciones sanitarias de la Seguridad Social y el principio de igualdad», *Poder Judicial*, núm. 14, pág. 216 y ss. CAVAS MARTÍNEZ, F. y SEMPERE NAVARRO, A.V., *El personal estatutario de la Seguridad Social en la doctrina de unificación (1991-1998)*, Aranzadi, 1999. CISCART BEÀ, N. y RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, R., «Las guardias del personal facultativo estatutario de las instituciones hospitalarias. Cuestiones de interés y criterios jurisprudenciales», *RL* 3/2001, pág. 17 y ss. DEL REY GUANTER, S. y GALA DURÁN, C. «El personal estatutario al servicio de las instituciones sanitarias: una aproximación a su problemática actual y a sus perspectivas de futuro», *RL* 5/2001, pág. 15 y ss. ESPINOSA CABEZAS, A., «Jurisdicción y personal estatutario de la Seguridad Social», *La Ley* 2/1995, págs. 766-771. GARCÍA PIQUERAS, M., *Régimen jurídico del personal al servicio de las instituciones sanitarias de la Seguridad Social*, CES, 1996, del mismo autor, «Consideraciones acerca de la naturaleza jurídica de la relación estatutaria del personal de las instituciones sanitarias de la Seguridad Social», *Temas Laborales*, 39/1996, págs. 71-93. LANDA ZAPIRAIN, J.P., *La reforma de la sanidad pública y del régimen jurídico de su personal*, CES, 1999. LÓPEZ GANDÍA, J., «El personal estatutario y las fuentes de regulación de sus condiciones de trabajo», *Actualidad Laboral* 45/1989, pág. 597 y ss. MARÍN ALONSO, I., «Problemas jurisprudenciales en torno a la jornada del personal estatutario», *Temas Laborales*, 43/1997, págs. 101-134. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., *La aplicación de la directiva 93-104 CEE al personal estatutario de la seguridad social*, Tirant lo Blanch, 2002. PÉREZ GÁLVEZ, J.F., *Comentarios al estatuto marco del personal estatutario de los*, 2 vol., Bosch, 2004. SALA FRANCO, T., *El estatuto marco del personal estatutario de los servicios de salud*, Tirant lo Blanch, 2004. SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y., «Personal estatutario de los servicios públicos de salud: sistema retributivo», *REDT* 131/2006, págs. 649-703. SANTANA GÓMEZ, A., «Los efectos del “despido” del personal estatutario temporal», pág. 425 y ss, en AA.VV. *Presente y futuro de la Regulación del Despido*, Aranzadi, 1997. Tb. «Doctrina jurisprudencial sobre el cese del personal médico interino al servicio de la Seguridad Social», *Temas Laborales* 37/1995, págs. 3-29.

ridad Social, al ser personal encuadrado en el Régimen General— al Orden Contencioso-Administrativo, y no tanto por una decisión legislativa explícita, como por consecuencia de la interpretación de su alcance² por parte de los correspondientes órganos judiciales.

2. EL PERSONAL EVENTUAL FACULTATIVO

La mera referencia sobre la incardinación de la Sentencia que ahora se comenta en el orden social de la jurisdicción, pone ya en evidencia que la realidad objeto de enjuiciamiento no va a estar bajo la regulación del nuevo Estatuto Marco, sino de la normativa anterior. Más concretamente, del Estatuto Jurídico para el Personal Facultativo de la Seguridad Social, aprobado por Decreto 3160/1966, de 23 de diciembre y, sobre todo, de las Leyes 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social y 30/1999, de 5 de octubre, de Selección y provisión de plazas de personal estatutario de los Servicios de Salud.

Disposiciones estas últimas caracterizadas, por lo que ahora interesa, por las habilitaciones que dispusieron en orden al establecimiento de relaciones de duración temporal determinada por parte del personal facultativo, expresamente diseñadas para autorizar *la prestación de servicios de atención continuada fuera de la jornada establecida con carácter general y en las condiciones previstas para dicha prestación, en aquellas unidades en que resulte necesario para el mantenimiento de la atención continuada*, sin que por ello estos médicos ocupasen plaza de plantilla, ni generasen siquiera —*en ningún caso*, añade el art. 54 de la Ley 66/1997—, *la condición de titular en propiedad de las instituciones sanitarias públicas*. Unas disposiciones sin duda muy novedosas, por sorprendentes, tanto en el ámbito del sector sanitario, como en general en el entorno de la Administración Pública, en el que supone que la contratación administrativa de carácter temporal había quedado erradicada tras la aprobación de la Ley 32/1984, de Medidas urgentes para la Reforma de la Función Pública —con la única excepción que suponía la contratación de profesorado asociado en el ámbito de la docencia universitaria—.

El verdadero problema, no obstante, es que estas normas no van a incluir mayores previsiones que las relativas a la propia duración temporal de la relación y a la mera potencialidad de su existencia. Es decir, no hay refe-

² Un repaso al proceso en BUENDÍA JIMÉNEZ, J.A., «El personal estatutario fuera de la jurisdicción social, una decisión sumamente discutible. Comentario a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 14 de diciembre 2005», *Iuslabor*, 1/2006.

rencias sobre su duración, ni mínimas, ni máximas³; indicaciones sobre el régimen jurídico aplicable a su desarrollo —más allá de la mención a que han de servir para prestar *atención continuada fuera de la jornada establecida con carácter general y en las condiciones previstas para dicha prestación*—, ni, tampoco, otros pronunciamientos determinantes en relación a aspectos cruciales como el retributivo, que queda así delegado a lo que cada concreto Servicio Autonómico determine.

Una indefinición que provocó un sinfín de situaciones muy dispares, aunque en general nada satisfactorias. Contrataciones de personal por días —a veces, incluso, por días hábiles a efectos de reducir el coste de la contratación durante los días de descanso semanal—; formalización de un nombramiento (contratación) por cada día de prestación efectiva o, también, una única designación genérica o marco que habilitaba para todo el proceso; altas y bajas constantes en materia de Seguridad Social, sin cotización ni reconocimiento de carrera contributiva durante los días intermedios entre cada jornada de prestación efectiva de servicios, con la consiguiente denegación de prestaciones si se accedía desde una situación de «baja»; multitud de reclamaciones por ceses, ante la indefinición de la causa justificativa y la ausencia de normas sancionadoras-reparadoras a semejanza de las presunciones sobre el carácter indefinido de la relación, propias de la legislación laboral⁴, etc.

Algunas de estas situaciones fueron corregidas tras la censura que mereció su enjuiciamiento por parte de Juzgados y Tribunales⁵, pero otras, es-

³ Límites que incorpora el actual Estatuto Marco, al indicar su art. 9.3 que el nombramiento de carácter eventual, que se expedirá en los siguientes supuestos:

- a. Cuando se trate de la prestación de servicios determinados de naturaleza temporal, coyuntural o extraordinaria.
- b. Cuando sea necesario para garantizar el funcionamiento permanente y continuado de los centros sanitarios.
- c. Para la prestación de servicios complementarios de una reducción de jornada ordinaria.
... Si se realizaran más de dos nombramientos para la prestación de los mismos servicios por un período acumulado de 12 o más meses en un período de dos años, procederá el estudio de las causas que lo motivaron, para valorar, en su caso, si procede la creación de una plaza estructural en la plantilla del centro.

⁴ Al respecto, el art. 7.5. de la Ley 30/1999, se limitaba a establecer que *el nombramiento de carácter eventual se expedirá en los siguientes supuestos:*

- a. Cuando se trate de la prestación de servicios determinados de naturaleza temporal, coyuntural o extraordinaria.

- b. Cuando sea necesario para la cobertura de la atención continuada.

Se acordará el cese del eventual cuando se produzca la causa o venza el plazo que expresamente se determine en su nombramiento, así como cuando se supriman las funciones que en su día lo motivaron.

⁵ En el ámbito de nuestra Comunidad Autónoma, el cambio de criterio se observa en la Resolución de la Dirección General de Personal y Servicios, número 926/03, de 20 de octubre,

pecialmente las referidas a los aspectos retributivos, nunca terminaron de solventarse pues la disparidad de situaciones base fue considerado título suficiente para que la desigualdad de tratamiento no se considerara, ni discriminatoria ni desproporcionada.

3. TÉRMINOS Y CONCEPTOS BASE DEL CONFLICTO

En materia de condiciones de trabajo en sentido estricto, jornada y retribución, y como consecuencia de la indefinición legislativa que dio paso a la habilitación de este tipo de nombramientos, se concentraron así la mayor parte de las situaciones litigiosas. Ha de tenerse en cuenta que las situaciones fácticas puestas de manifiesto, pronto evidenciaron que este personal eventual desarrollaba con carácter generalizado una jornada efectiva igual o superior a la que se considera ordinaria para el personal fijo o de plantilla (al menos en términos cuantitativos, con independencia de su concreción o forma de distribución), mientras que su retribución era sensiblemente inferior al quedar establecida mediante los módulos unitarios y comunes por guardia o atención continuada, según se tratase de facultativos o especialistas que prestasen servicios en centros hospitalarios, o estuvieren adscritos a centros de salud y resto de centros de la red de atención primaria en general.

El problema se suscitaba, pues, en torno al sentido y la aplicabilidad del RDL 3/1987, de 11 de septiembre, por el que se establece la estructura retributiva básica del personal estatutario, en relación con las normas autonómicas que fijaban la jornada ordinaria exigible y la consideración como guardia o atención continuada, sólo del exceso de la misma. Y es que, ante la evidencia de relaciones de servicios constantes y duraderas en el tiempo, con considerables jornadas de trabajo desarrolladas tanto en módulo semanal como anual, no faltaron pronunciamientos judiciales que entendían que

por la que se modifica y deroga la Resolución 65/1999, al ordenar —aunque sólo a partir de su fecha de publicación—, que el alta en seguridad Social del personal facultativo designado para la prestación de servicios de atención continuada en las instituciones sanitarias del SAS se realice de forma ininterrumpida durante todo el periodo de vigencia del nombramiento, debiendo extenderse también al mismo periodo los parámetros para el cálculo de la cotización. Y ello, tal como indica su preámbulo, por *la irrupción de diversos pronunciamientos judiciales habidos desde aquellas instrucciones*. Sobre la ordenación de estas fuentes y su incardinación con otras negociadas en este mismo ámbito, valga la cita de mi trabajo «La negociación colectiva en el sector sanitario andaluz», en AA.VV. *La Negociación Colectiva en la Administración Pública Andaluza* (Coor. J. Cruz Villalón), Instituto Andaluz de Administración Pública, 2005, págs. 367-437

primero se ha de acudir al modelo de retribución ordinario —el establecido con ese carácter por el RDL 3/1987, es decir, las retribuciones básicas de cualquier funcionario público (salario base y complementos específicos y de destino)—, y sólo una vez agotada la jornada considerada ordinaria, permitir el recurso de la retribución mediante el complemento unitario por guardia o atención continuada, del resto de la jornada que se desarrolle.

Estas correcciones, fijadas de nuevo a través de pronunciamientos de Instancia y por parte de los Tribunales Superiores de Justicia, fueron sin embargo desatendidas por la doctrina que fijó el Tribunal Supremo. La propia Sentencia que sirve de referencial para el contraste, en el proceso concreto que es ahora objeto de este análisis, resultó determinante a la hora de establecer que: «... El Real Decreto-ley 3/1987, de 11 de septiembre, contiene la regulación básica de las retribuciones del personal estatutario dependiente del Insalud, y define el complemento de atención continuada litigioso, como aquél destinado a la remuneración del personal para atender a los usuarios del sistema de salud de manera continuada, incluso fuera de la jornada establecida... De ello, se extrae la conclusión de que no hay base legal para que los facultativos de refuerzo que solo perciben el complemento de atención continuada como consecuencia de su nombramiento y específica actividad, lleguen a percibir sus retribuciones por los mismos conceptos o cantidades que los facultativos de plantilla, pues no es lo mismo realizar una jornada normal de 40 horas correspondientes a un servicio ordinario de plantilla más las eventuales remuneradas por el concepto de atención continuada, que la jornada de un médico de refuerzo cuyo tiempo de trabajo se extiende a períodos específicos ininterrumpidos limitados exclusivamente al tiempo y actividad normalmente dedicadas a urgencias... En suma, se trata de una opción retributiva válidamente adoptada por la Administración Sanitaria demandada, que no infringe los artículos 1 y 2 del RD Ley 3/1987, pues tales preceptos se limitan a describir las líneas retributivas generales del Personal Estatutario afectado, pero no a establecer su cuantía, que se recoge en las correspondientes Leyes anuales...» [FJ 4.º, STS de 7 de octubre de 2002 (RJ 2004, 1865)]⁶.

Sin embargo, y toda vez que la estructura retributiva de este personal es más rica en conceptos, sobre todo por lo que respecta a los complementos de naturaleza complementaria, que son aquellos que se fijan por la respectiva normativa aplicable en cada servicio autonómico de salud —vgr.

⁶ Aunque pudiera ser más propio de un anecdotario que del análisis científico, esta Sentencia provocó no pocos comentarios ante la dificultad que se produjo para su conocimiento fehaciente y la enorme trascendencia económica de su doctrina. Nótese, por ejemplo, que pese a estar datada en octubre de 2002, no se incorporó a los anales jurisprudenciales hasta 2004, así como que fue dictada en un procedimiento de conflicto colectivo.

complementos de exclusividad, productividad, variable y fija, calidad, número de usuarios y/o beneficiarios, etc.—, así como por la existencia de otros aspectos cualitativamente distintos, como es el relativo al derecho a vacaciones, la necesidad de nuevos pronunciamientos judiciales ha seguido siendo una constante.

En ese concreto escenario es en el que se sitúa la STS de 30 de junio de 2006. De hecho, lo que en ésta se revisa es una resolución dictada por el TSJ de Andalucía en la que se reconocía el derecho de una médica eventual al devengo tanto de las partidas correspondientes al complemento de exclusividad, como a la parte correspondiente al derecho a vacaciones, siempre en comparación con lo que se le abona a un facultativo fijo o de plantilla por esos mismos conceptos. Sobre esas concretas premisas y respecto de la primera de las partidas, el Tribunal, tras contrastar la ausencia de una doctrina judicial contradictoria, declara incólume tanto el pronunciamiento de instancia como el establecido en suplicación, al no poder ser ahora objeto de enjuiciamiento⁷. Sin embargo, y respecto del derecho a vacaciones, sí

⁷ Sobre esta concreta materia del derecho al devengo del complemento específico de exclusividad, la jurisprudencia existente ha girado en realidad alrededor de otros criterios y puntos de conflicto. Concretamente, la discusión suele versar sobre si la mera firma del compromiso de exclusividad en el momento del nombramiento; o si la mera declaración jurada, también anexa en el mismo documento, del cumplimiento de los requisitos establecidos por la Ley 53/1984, junto a la ausencia de prueba de realidad contradictoria por parte del servicio de salud, son títulos suficientes para su devengo y abono; o si por el contrario, son conceptos renunciables para la autonomía individual. En sentido afirmativo sobre la primera opción, y denegatorios de la segunda, se pronuncian las SSTS de 17/9/2004 (RJ 2004\5775), 30/9/2004 (RJ 2004\7495), 4/12/2002 (RJ 2002\4083), y del propio TSJ de Andalucía (Sala de lo Social) de 10/6/2004 (JUR 2004/138886) y 24/2/2004 (AS 2004\849). Con mayor precisión afirma la STSJ de Andalucía, Sala de lo Social de Sevilla, de 25 de octubre de 2004 (número 3109/04), afianzada en este extremo por Auto del TS, de 8 de junio de 2006, por el que se declara la inadmisión a trámite del recurso de casación interpuesto por el SAS (núm. 5511/2004), que: *«La tesis favorable al demandante ha sido reiteradamente mantenida por esta sala, en sentencias, entre otras, de 29 de octubre de 2001, 15 de enero y 12 de febrero de 2002, 4 y 25 de noviembre de 2003, en las que, sobre este particular, se decía, en síntesis, que cuando en cada nombramiento (de interino o eventual) se hizo constar en el impreso oficial que se le facilitaba por el organismo demandado al interesado, que, a los efectos previstos en la Ley 53/84 de Incompatibilidades, no se desempeña otros puestos en la actividad pública ni en la privada, ello equivale a su solicitud de dedicación exclusiva...»*

Y si bien es cierto que, al tener la CCAA andaluza transferidas las competencias en materia sanitaria, las disposiciones del Real Decreto-Ley 3/1987, de 11 de septiembre, han sido desarrolladas por normas de diverso índole y rango, emanadas de los diferentes organismos competentes de la Junta de Andalucía, esta misma Sala ya ha tenido ocasión de señalar en Sentencia, entre otras, de 4 de noviembre de 2003, que no cabe reconocer validez y eficacia en materia retributiva a la Resolución 65/1999, de la Dirección General de Personal y Servicio del SAS, en la que basa la demandada para negar el derecho del recurrente al citado complemento, porque no se atiende a los conceptos retributivos establecidos en el Real Decreto-

considera contradictorio el pronunciamiento anterior con su propia doctrina, declarando en su FD 4.º lo siguiente:

«... Con evitación de repeticiones innecesarias, nos remitimos expresamente a los extensos argumentos de la sentencia de contraste que niega al personal con nombramiento eventual para atención continuada el derecho, entre otros, a las vacaciones retribuidas y pasamos a reiterar la conclusión que alcanza en su fundamento quinto, acomodándola a la única pretensión debatida en este recurso. Descartado, por ausencia de soporte jurídico, que los facultativos con nombramientos eventuales para la prestación de servicios de atención continuada tengan que percibir sus retribuciones de la misma forma que los de plantilla de su misma categoría en Atención primaria o Especializada, y sentado que el sistema de remuneración establecido para ellos constituye una opción legal válidamente adoptada por la Administración demandada, derivada de un sistema de trabajo que comporta una cadencia de días irregular o intermitente a lo largo del mes o del año, no hay base alguna para sostener las pretensión referida a vacaciones anuales, pues tal pretendido derecho, contenido en el artículo 44 del Estatuto Jurídico del Personal Médico de la Seguridad Social, se construye por el actor desde la perspectiva de la equiparación total con los médicos de plantilla, como si su actividad, la cadencia, las interrupciones de aquella y su jornada, fuesen equivalentes a las de los médicos de plantilla, lo que evidentemente no ocurre».

Llegados a este punto, lo primero que hay que hacer es sin duda contrastar la premisa de partida para poder así valorar la entidad del razonamiento. Por cuanto que se parte de un ejercicio de remisión —*Con evitación de repeticiones innecesarias, nos remitimos expresamente a los extensos argumentos de la sentencia de contraste*—, que hace imprescindible tener que acudir a la misma. Lo curioso va a ser sin embargo, que ese supuesto «extenso argumento» va a resultar en realidad más corto incluso que el que ahora sirve para desestimar este punto de la pretensión, pues en la Sentencia que sirve de contraste [STS 7/10/2002, RJ 2004, 1865] no se va a poder leer más reflexión relativa al derecho a las vacaciones que la incluida en el FD 5.º, último de la Sentencia, y en la que se establece que:

«... Descartada jurídicamente la necesidad de que los facultativos con nombramientos para la prestación de servicios de atención continuada tengan que percibir sus retribuciones de la misma forma que los de plantilla de su misma

Ley, que han de respetar las normas que lo desarrollan por exigirlo así su Disposición Final 1.ª, en aplicación del principio general de jerarquía normativa, debiendo considerarse por tanto, que la denegación del complemento debatido al personal eventual de refuerzo, por el mero hecho de ser eventual carece de justificación y amparo legales...».

categoría en Atención primaria o Especializada y sentado que el sistema de remuneración establecido constituye una opción legal válidamente adoptada por la Administración demandada, derivado todo ello de un sistema de trabajo que comporta una cadencia de días irregular o intermitente a lo largo del mes o del año, no hay base alguna, como se dice acertadamente en la sentencia recurrida, para sostener las pretensiones restantes, referidas a vacaciones anuales y permisos por asuntos propios, pues tales pretendidos derechos, contenidos en los artículos 39.2, 44 y 45 del Estatuto Jurídico del Personal Médico de la Seguridad Social, se construyen por los actores desde la perspectiva de la equiparación total con los médicos de plantilla, como si su actividad, la cadencia, las interrupciones de aquélla y su jornada, fuesen equivalentes a las de los médicos de plantilla, lo que, como se ha razonado, no ocurre».

4. UNA VALORACIÓN CRÍTICA

Lo anterior resulta ya indicativo del esfuerzo argumentativo que se realiza por parte del TS, y lo que es mucho peor, de la ausencia de mayor construcción acerca de la virtualidad del reconocimiento del derecho a vacaciones, sea en su vertiente de derecho necesario e indisponible ligado a la vida e integridad, al descanso y a la salud laboral o hasta al propio ocio personal⁸. Así como sobre la necesidad de salvaguardar su disfrute efectivo, también en el caso del personal temporal eventual, para quien, precisamente, se diseñan algunas de las técnicas normativas específicas instauradas tanto en la normativa nacional como internacional.

Cabe decir en descargo del Tribunal que es cierto que la pretensión se articula en ambos procesos —el de la sentencia recurrida y en el de la de contraste— en forma de derecho al devengo de una cantidad económica por ausencia de un disfrute efectivo de las vacaciones, es decir, a modo de compensación en metálico, y que ése ha de ser siempre un mecanismo alternativo y subsidiario reservado en exclusiva para supuestos límite —vgr. extinción del contrato, suspensión de la relación, imposibilidad material en suma—. Pero ello no quita que el derecho al descanso se pueda «despachar» con una alusión a la diferente regularidad, cadencia o intensidad de la actividad asistencial que desarrolla un médico eventual en relación con otro de plantilla —presumiendo poco menos la menor dureza del trabajo de urgencias—, para denegar sin más este derecho al primero. Y no ya porque la situación no pueda considerarse ni discriminatoria ni desigual respecto de la del segundo, sino mucho peor aun, por cuanto que se establece que este

⁸ Al que sí se refiere en cuanto que presupuesto indispensable del disfrute efectivo, en su STS 30/4/1996 (RJ 1996, 3627).

tipo de personal se encuentra desposeído de ese derecho por mandato de la propia normativa de aplicación.

No corresponde en un trabajo como éste analizar en profundidad el concepto y la funcionalidad de la institución⁹, pero sí recordar como todas las fuentes normativas hacen especial hincapié en estos caracteres de generalidad, intangibilidad e imperatividad del derecho a vacaciones, así como de la reserva de la opción por la compensación económica sólo para supuestos excepcionales. Así se desprende de preceptos como los incluidos en los arts. 11 y 12 del Convenio 132 OIT¹⁰, sobre vacaciones pagadas; los arts. 1, 7 y 18.1.b.ii) de la Directiva 93/104/CE¹¹, de 23 de noviembre; y, también, en los arts. 17.1.g) y 53 del actual Estatuto Marco para el Personal Estatutario¹².

⁹ Vid. los trabajos de BEJARANO HERNÁNDEZ, A., *El derecho a vacaciones anuales retribuidas*, Comares, 2002; CHARRO BAENA, P. y SEMPERE NAVARRO, A.V., «Las vacaciones laborales», *Cuadernos de Aranzadi Social*, 2003, en esp. pág. 173 y ss; y GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., *Sobre el derecho a vacaciones*, 100/2000, pág. 48 y ss.

¹⁰ Semejante en este punto al 101 (1952, aunque ratificado en 1972), específico sobre vacaciones pagadas en la agricultura, y al 146 (1976, ratif. 1980) para la gente del mar.

¹¹ Directiva, que en este punto no hace sino concretar el derecho reconocido en el art. 8 de la Carta comunitaria de derechos sociales fundamentales de los trabajadores, adoptada en el Consejo Europeo de Estrasburgo, el 9 de diciembre de 1989 cuando declara que: «Todo trabajador de la Comunidad Europea tiene derecho al descanso semanal y a unas vacaciones anuales pagadas, cuya duración, en uno y otro caso, deberá armonizarse por la vía del progreso, de conformidad con las prácticas nacionales».

¹² Preceptos, por otra parte, absolutamente homologables en este punto con lo establecido por el Estatuto anterior y aplicable al supuesto de autos, en tanto que establecen la equiparación entre fijos y temporales en todo aquello que no resulte contradictorio. Así se deduce sin dificultad de la comparación entre el art. 6 del Decreto 3160/1966: «Personal contratado. 1. Será personal contratado el que las Instituciones sanitarias de la Seguridad Social, conforme a su Reglamentación respectiva ..., rigiéndose su actuación por lo previsto en los contratos que en cada caso se suscriban, y en lo no previsto en ellos, por cuanto resulte aplicable por analogía con las disposiciones recogidas en el presente Estatuto y en los Reglamentos correspondientes». Y el mencionado art. 9.5 del actual Estatuto Marco, en el que se lee: «Al personal estatutario temporal le será aplicable, en cuanto sea adecuado a la naturaleza de su condición, el régimen general del personal estatutario fijo». Sobre todo, si se tiene en cuenta el dictado del derecho sustantivo en cuestión, que no es otro que el que se recoge en el art. 44 del Estatuto de 1966, que reza: «Art. 44. Vacación anual:

1. El personal sanitario al servicio de la Seguridad Social tendrá derecho a una vacación anual de un mes de duración, durante la que percibirá íntegramente los honorarios que le corresponda.

2. Será condición indispensable para poder disfrutar de este derecho haber prestado servicio en la Seguridad Social durante el año inmediato anterior a la fecha de iniciación del permiso.

3. Cuando por imposibilidad material de sustitución sea denegado el disfrute de la vacación anual, se tendrá derecho a percibir unos honorarios equivalentes a los normales que se percibieran en el mes de diciembre, excluidas las pagas extraordinarias que pudieran corresponder en el citado mes.

Y es que negar el derecho a vacaciones poco menos que *per se*, a un profesional que presta sus servicios en régimen de dependencia y ajenidad, resulta tan claramente contrario a los dictados de la propia Constitución (art. 40.2), que se impone la búsqueda de algún argumento complementario de esta doctrina judicial, aunque para ello haya de defenderse que se encuentra de forma tácita o presunta.

Y ese argumento, es cierto que se puede localizar parcialmente entre las reglas específicas dictadas para el personal temporal. Muy especialmente, entre aquellas que están destinadas a relaciones contractuales de muy corta duración —vgr. inferior a 120 días en el caso del Salario Mínimo Interprofesional¹³—. La idea, de síntesis, es que en estos casos, bien porque la extinción irrumpe de forma poco menos que inmediata o de forma imprevista, bien porque no cabe la necesaria planificación que articule los intereses en conflicto, se admite la «sustitución» del derecho por su equivalente económico.

Por ello resulta menos convincente aun la tesis que mantiene el TS. Porque de negársele el derecho al disfrute efectivo de vacaciones a este tipo de personal, al menos, habrá de reconocérsele el devengo de la correspondiente compensación, que habrá de adicionarse en todo caso al monto de la retribución ordinaria. Esa solución la tenía el Tribunal a su disposición, con independencia ahora de la forma concreta de cálculo. Por eso, hay que insistir, resulta criticable la decisión final. Pues considera que en la retribución unitaria por módulo de guardia y atención continuada ya están incluidos todos los conceptos —quizás también el de vacaciones—, sin caer en la cuenta que esa misma cantidad devenga el personal fijo de plantilla, con la singularidad de que éste, además de las retribuciones ordinarias, durante sus vacaciones anuales también adicionan el promedio de lo devengado en concepto de guardias en el último trimestre. Es decir, a los estatutarios eventuales no es que no se les reconozca el derecho a vacaciones, tampoco se les compensa o sustituye por medio alguno la ausencia de su disfrute efectivo y, encima, se les retribuye el trabajo que desempeñan con una cantidad inferior a la que reciben los fijos de planilla, al no serles prorrateada cantidad alguna por ese título en «la mensualidad de vacaciones».

¹³ Vid. el art.4.1 del Real Decreto 1632/06, de 29 de diciembre, por el que se establece el Salario Mínimo Interprofesional para 2007.