

IV

LA ORDENACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO COMUNITARIO Y SU JURISPRUDENCIA - ESPECIAL ATENCIÓN A SU REPERCUSIÓN EN EL SECTOR SANITARIO

Noemí SERRANO ARGÜELLO
Universidad de Valladolid

SUMARIO

	<u>Página</u>
I. LA REGULACIÓN COMUNITARIA DE LA JORNADA LABORAL Y EL EFECTO REVISORIO DE LAS RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL DE LUXEMBURGO	106
II. TIEMPO DE TRABAJO: UNA REGULACIÓN COMÚN DE MÍNIMOS .	108
III. LAS ACTIVIDADES AFECTADAS POR LA DIRECTIVA 2003/88/CE	110
IV. COMPLEJIDAD Y PARTICULARIDADES DE LA ORDENACIÓN DE LA JORNADA EN EL SECTOR SANITARIO	111
1. El despertar del sector sanitario a través de las resoluciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea	114
2. La necesidad de incorporar una definición de atención continuada a la Directiva relativa a la ordenación del tiempo de trabajo	116
V. DOS ASPECTOS RELEVANTES EN LA FUTURA MODIFICACIÓN DE LA DIRECTIVA: LA CLÁUSULA DE RENUNCIA Y LA IMPLANTACIÓN DE UN NUEVO LÍMITE A LA JORNADA MÁXIMA SEMANAL	120
VI. LAS REPERCUSIONES DE LA NORMA COMUNITARIA EN EL SECTOR SANITARIO PÚBLICO ESPAÑOL	122

I. LA REGULACIÓN COMUNITARIA DE LA JORNADA LABORAL Y EL EFECTO REVISORIO DE LAS RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL DE LUXEMBURGO

La base jurídica para proceder a la regulación comunitaria del tiempo de trabajo se encuentra en el actual artículo 137.2 del Tratado de la CE (antes artículo 118 del ATCE). En virtud de aquella disposición se adoptó la Directiva 93/104/CEE y, posteriormente, su modificación mediante la Directiva 2000/34/CE relativa a la ordenación del tiempo de trabajo; ambas directivas hoy están codificadas en la Directiva 88/2003/CE.

La norma comunitaria nació con la pretensión de establecer disposiciones mínimas para la protección de la seguridad y salud de los trabajadores en materia de ordenación de tiempo de trabajo⁽¹⁾. Sin embargo, siendo aquélla la finalidad principal, no era la única perseguida por la regulación comunitaria, pues, pronto se observa, al detenerse en el contenido de dicha directiva, que bajo la sombra de la protección de la salud y seguridad de los trabajadores la acción legislativa quiere recoger criterios comunes aplicables a la jornada de trabajo; además de vincular las principales nociones relacionadas con el tiempo de trabajo en la empresa a las necesidades del mercado, en el marco de una economía flexible (aspectos que aparecen contemplados con absoluta claridad en su última redacción). La regulación comunitaria es también una norma de armonización que desde su gestación pretende armonizar las legislaciones nacionales relativas a la duración de la jornada, desde la ordenación del tiempo de trabajo (duración máxima del trabajo) y, sobre todo, de los descansos (fijando tiempos mínimos para éstos).

Una serie de resoluciones del TJCE, de las que destacan, el Auto SIMAP de 3 de octubre de 2000, (asunto C-303/98), CIG, de 3 de julio de 2001 (asunto C-241/99), las sentencias Jaëger de 9 de septiembre de 2003 (C-151/02), Pfeiffer de 5 de octubre de 2004 (asuntos acumulados C-398/01 a 403/01) y Dellas y otros de 1 de diciembre de 2005 (asunto C-14/04) y el Auto Jan Vorel de 11 de enero de 2007 (asunto C-437/05) y que afectan a un ámbito muy concreto de actividad, la sanidad, han corroborado la completa aplicación de la directiva y sus disposiciones para este sector. Las sentencias y autos citados han provocado la reacción de la Comisión Europea, que considera necesaria la modificación de aquella directiva relativa a ciertos aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo para poder hacer compatible la protección del derecho al descanso del trabajador con las exigencias propias de la prestación del servicio sanitario; en particular pretende introducir una definición de la atención continuada⁽²⁾.

(1) Lo que reabrió el viejo debate sobre el fundamento de la regulación de la jornada de trabajo, debido a aquella vinculación de la norma europea con la seguridad y salud, por todos, véase, ALONSO OLEA, M.: «¿Es de seguridad y salud del medio de trabajo la regulación de la jornada?», en *REDT*, núm. 93, enero/febrero, 1999.

(2) Propuesta modificativa que aparece en el documento COM (2004) 607 final.

En las páginas siguientes se estudian algunas de las repercusiones que tiene la delimitación de la duración de la jornada, deteniéndonos en particular en el sector sanitario y en cuáles son los principales problemas que plantea el derecho vigente en los servicios de salud de los distintos Estados de la Unión europea.

Como venimos apuntado, en el Derecho comunitario la regulación del tiempo de trabajo fue tratada, inicialmente, desde la perspectiva de la protección de la seguridad y salud de los trabajadores a través de la Directiva 93/104/CEE del Consejo de 23 de noviembre relativa a determinados aspectos de ordenación del tiempo de trabajo, norma comunitaria que se dictó como un complemento a la Directiva 89/391/CEE sobre la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad de los trabajadores en el trabajo. No debe sorprendernos aquella opción por un tratamiento amarrado a la protección de la salud, puesto que en las primeras versiones del Tratado CE, la única oportunidad de regular la materia concerniente al tiempo de trabajo por el Derecho comunitario era hacerlo de manera «indirecta» ya que sólo las disposiciones comunitarias podían abordar ese aspecto de la relación laboral de modo colateral⁽³⁾. La propia historia del Derecho del Trabajo, de cada legislación nacional así como de los primeros convenios internacionales bilaterales o multilaterales, fue muy similar; inequívoca muestra de ello son los Convenios de la OIT núms. 1 (horas de trabajo en la industria), 14 (descanso semanal), 30 (jornada en el comercio y oficinas) o 47 (limitando a cuarenta horas la jornada semanal ordinaria). Así se abordó (en aquellos primeros años de leyes dispersas) la limitación de las jornadas laborales, con el afán de proteger a mujeres y niños y más tarde a los trabajadores en general, de la realización de un trabajo sin descansos, introduciendo limitaciones a la jornada diaria, el descanso dominical, prohibiciones o restricciones al trabajo nocturno, etcétera.

Resultaba acertado el tratamiento de las directivas comunitarias de principios de los años noventa abordando el tiempo de trabajo desde la perspectiva de la seguridad y salud laboral, aunque toda la doctrina opinó que la atribución competencial por la que se redactaron aquellas normas comunitarias (introducida a raíz del Acta Única Europea) servía, a la vez, de sustento para producir en el ámbito comunitario normas reguladoras de la jornada de trabajo, tiempos complementarios, descansos, etc. Éstas son reglas que aparecen basándose en las disposiciones del artículo 118.A del Tratado, conforme a su redacción de Maastricht, si bien, es cierto que anteriormente existía alguna disposición menor relativa al tiempo de trabajo, como la Recomendación de 1975 (75/757/CE) y una Resolución de 18 de diciembre de 1979 y ya se mencionaba su relevancia en la misma Carta de los Derechos Sociales Comunitarios

(3) Para profundizar sobre la evolución del Derecho social comunitario pueden consultarse obras generales referidas a esta materia como, por ejemplo, COLINA ROBLEDO, M.; RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M. y SALA FRANCO, T.: *Derecho social comunitario*, Tirant lo Blanch, 2.^a ed., Valencia, 1995; PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., *El derecho social comunitario en el Tratado de la Unión Europea*, Civitas, Madrid, 1994; CRUZ VILLALÓN, J. y PÉREZ DEL RÍO, T. (coords.), «Una aproximación al Derecho Social comunitario», Tecnos. *Colección andaluza de relaciones laborales*, Madrid, 2000, o APARICIO TOVAR, J.: *Introducción al Derecho Social de la Unión Europea*, Bomarzo, Albacete, 2005.

de 9 de diciembre 1989. En definitiva, mediante la excusa de la regulación de la salud y seguridad de los trabajadores se regulaba, de hecho, una de las condiciones laborales más trascendentes: el tiempo de trabajo y su determinación y ello se hacía de una forma bastante amplia por las normas comunitarias.

Además, esa puesta en escena vinculada a la protección de los trabajadores y su abordaje por la regulación comunitaria desde el prisma de la seguridad y salud era (y es) muy compleja, como veremos a continuación.

II. TIEMPO DE TRABAJO: UNA REGULACIÓN COMÚN DE MÍNIMOS

Para poder desarrollar la actividad laboral contratada, el débito laboral, es imprescindible fijar el tiempo de trabajo dedicado a su realización, determinando el período o períodos durante los cuales el trabajador efectuará su prestación de servicios (por cuenta ajena). El factor temporal es uno de los elementos esenciales de la relación laboral. Las legislaciones también han de respetar los derechos de los trabajadores a la limitación de la jornada de trabajo, así como reconocer los períodos mínimos de descansos. La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en su artículo 31, recoge los mencionados derechos.

Ya hemos apuntado que la Directiva 93/104/CE contenía disposiciones relativas a determinados aspectos de la distribución del tiempo de trabajo relacionados con la salud y seguridad de los trabajadores, definiendo términos relacionados con el tiempo de trabajo, trabajo y trabajadores a turnos o en período nocturno, así como fijando unos mínimos para las pausas y descansos —diarios (11 horas), semanales (24 más 11 horas), vacaciones (4 semanas anuales)—, igualmente, la norma delimita cuál es la duración semanal de trabajo limitada a un promedio de 48 horas en un período de referencia que no sobrepase los cuatro meses, aunque admite excepciones. Su transposición al derecho interno no fue una tarea sencilla; una muestra de dicha dificultad está en las condenas que el TJCE realizó a varios Estados (Italia y Francia) por su inadaptación a la directiva en las SSTJCE de 9 de marzo y 8 junio de 2000 (asuntos C-386/98 y C-46/99) y más recientemente al Reino Unido e Irlanda del Norte en Sentencia de 7 de septiembre de 2006 (asunto C-484/04).

El texto de aquella directiva de 1993 fue reelaborado en el año 2000 por la Directiva 2000/34/CE del Parlamento y del Consejo de 22 de junio, para ampliar su ámbito de aplicación. En particular vio crecer su aspecto subjetivo haciéndola aplicable —aunque de forma progresiva— entre otros sectores, a los médicos en formación, hasta esa fecha excluidos de la norma⁽⁴⁾. Pero aprovechando esos cambios

(4) La Directiva 2000/34/CE fija para este colectivo de médicos en formación un período transitorio de adaptación, con una reducción progresiva, hasta alcanzar el máximo de la media de 48 horas semanales, que finalizará en el año 2009. La reforma de 2000 incluye en el ámbito de aplicación de la Directiva a los médicos en formación, permitiendo que para ellos se fijen excepciones sobre el régimen general en cuanto a las pausas, descanso diario y descanso semanal, duración del trabajo nocturno

también se modificarán algunas de sus anteriores reglas. Por ejemplo, al delimitar el período de descanso suficiente o definiendo qué es un trabajador móvil o un trabajo *off-shore*: vinculado a las instalaciones ubicadas en el mar, plataformas, perforaciones dedicadas a la explotación (en el sentido más amplio de la palabra) de recursos minerales e hidrocarburos —se define este trabajo como el realizado principalmente en instalaciones situadas en el mar o a partir de ellas—. Posteriormente, en 2003, con la finalidad de ofrecer un mejor y mayor conocimiento y claridad de estas normas, se decidió codificar ambos textos mediante la Directiva 2003/88/CE del Parlamento y del Consejo de 4 de noviembre que entró en vigor el día 2 de agosto de 2004⁽⁵⁾.

La redacción de la nueva directiva contiene conjuntamente a las dos anteriores en un único texto. Sin embargo, pensamos que esta nueva versión de 2003 ya no sólo se sustenta sobre la competencia comunitaria relativa a la seguridad y salud de los trabajadores (aunque éste siga siendo su objetivo principal) sino, también, en las más amplias facultades de regulación de las condiciones de trabajo en general que —desde la amplia modificación de aquel precepto realizada primero por el Tratado de Ámsterdam y más tarde por la reforma de Niza⁽⁶⁾— permite el artículo 137.2 del TCE. Ahora la regulación comunitaria se dirige a hacer posible una mejor adaptación del tiempo de trabajo a la actual economía flexible, buscando incorporar unas reglas que también se muestren compatibles con las necesidades del mercado.

Para el TJCE, en la interpretación que éste hace de la norma comunitaria, tiempo de trabajo es: todo período durante el cual el trabajador permanece en el trabajo, a disposición del empresario y en ejercicio de su actividad o de sus funciones, de conformidad con las legislaciones y/o prácticas nacionales, matizando que dicho concepto se concibe en contraposición al de período de descanso, al excluirse mutuamente ambos conceptos: o es tiempo de trabajo o lo es de descanso. No permite que cada Estado determine el alcance de dichas definiciones (regulando condiciones o señalando ciertas restricciones al concepto comunitario) sino que exige que se definan siguiendo características objetivas y comunes, que son las que ofrece la directiva comunitaria. Todo trabajador debe poder disfrutar de los tiempos mínimos de descanso que en ella se contemplan y no superar la duración de la jornada los máximos de trabajo en el sentido en que aparecen regulados por aquella normativa; los Estados Miembros están obligados a respetarla con la finalidad de la protección eficaz de la seguridad y salud de los trabajadores.

a través de procedimientos legales, reglamentarios o por la negociación colectiva, fijando descansos compensatorios bien con períodos equivalentes, o, *in extremis*, con protección equivalente si no se pueden ofrecer dichos descansos alternativos. Incluyendo, al tiempo, un período transitorio de reducción progresiva de su jornada semanal total de las 58 horas a 48 horas, durante el período 2004-2008, transitoriedad que se recoge expresamente en la legislación española mediante la Ley del Estatuto Marco de 2003, Ley 55/2003, de 16 de diciembre (en su disposición transitoria 1.^a).

(5) DOUE serie L 299, de 18 de noviembre de 2003.

(6) Sobre el primero se puede consultar OREJA AGUIRRE, M. (dir.): *El Tratado de Ámsterdam, análisis y comentarios*, McGrawhill, Madrid, 1998.

En fin, las legislaciones laborales nacionales pueden establecer disposiciones más favorables que las comunitarias pero no traspasar los umbrales marcados por ellas, porque están obligados a garantizar todos y cada uno de los derechos reconocidos en aquéllas. Otra interpretación que permitiese el espiguelo o el respeto parcial de la norma comunitaria no sería conciliable con el llamado efecto útil de la directiva que regula determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo⁽⁷⁾, ni respetaría su objetivo de proteger de manera eficaz la seguridad y la salud de los trabajadores.

III. LAS ACTIVIDADES AFECTADAS POR LA DIRECTIVA 2003/88/CE

Con carácter general, la citada Directiva 2003/88/CE resulta aplicable a la práctica totalidad de los sectores de actividad (véase el artículo 1.3 de la misma). Con anterioridad se recogieron algunas excepciones para determinados sectores, todos ellos caracterizados por ocupar a trabajadores móviles. Se trataba de los sectores de transportes —por carretera, aéreo y por ferrocarril—, navegación, pesca marítima y otras actividades realizadas en el mar. Como es sabido, algunos de aquellos sectores excluidos gozan de una regulación propia y cuentan con sus propias directivas sectoriales: es el caso de la Directiva 1999/63/CE relativa al acuerdo europeo sobre la ordenación del tiempo de trabajo de la gente del mar que es la única excepción cierta que recoge la directiva; otros aún no poseen una completa regulación, a pesar de que el llamado Libro Blanco sobre los sectores y actividades excluidos de la citada directiva sobre tiempo de trabajo precisaba la necesidad de dictar una regulación propia para cada uno de estos sectores, que atendiese a las características específicas del concreto sector⁽⁸⁾. Durante los últimos años se han alcanzado acuerdos o efectuado negociaciones en algunos de ellos, con distintos resultados. Aún hoy queda pendiente la ordenación del tiempo de trabajo de ciertos sectores. Las nuevas directivas han provisto de normas comunitarias para ordenar el tiempo de trabajo del personal de vuelo en la aviación civil (Directiva 2000/79/CE, de 27 de noviembre) o quienes realizan actividades móviles de transporte por carretera (Directiva 2002/15/CE, de 11 de marzo).

Si bien es cierto que hasta el día de hoy se mantienen algunas de las excepciones por parte de la norma comunitaria a que hacemos referencia, antes reseñadas, no debemos olvidar que la Comisión ha venido proponiendo en los últimos años que se incluya

(7) Así se refleja en la STJE de 1 de diciembre de 2005, caso Della y otros, donde el legislador francés mediante un complejo mecanismo de ponderación de las horas de guardia finalmente no tomaba en cuenta todas las horas de presencia física de las guardias sino sólo parcialmente algunas de ellas, siguiendo una ponderación por coeficientes. Por ello el Tribunal considera que se incumple la Directiva comunitaria porque las horas de presencia física debían ser tomadas en consideración íntegramente como tiempo de trabajo, e independientemente, como luego veremos, de que fueran o no horas de trabajo efectivo.

(8) COM (97) 334 final.

en ella a los trabajadores apartados de la aplicación de la Directiva 2003/88/CE, para que sea esta directiva un texto común y de mínimos aplicable en todos los sectores y actividades. Por ello a partir de 2003 se aplican algunas de sus normas tanto a trabajadores móviles como al denominado trabajo *off-shore* y, en particular, los Estados deben trasladar a sus Derechos internos para estos trabajadores la filosofía que inspira la citada directiva.

Se pretende que la regulación de cuantas especialidades fueran necesarias en atención a las características de esos sectores se incorpore en forma de excepciones al propio texto de la Directiva, al igual de como ya lo hace esa disposición con otras circunstancias o trabajos (alejamiento entre el lugar de trabajo y residencia del trabajador, actividades de guardia y vigilancia, ante la necesidad de garantizar la continuidad del servicio, en atención al aumento previsible de la actividad, etcétera).

La Directiva 2003/88/CE ostenta una posición universal en la distribución del tiempo de trabajo en la Unión Europea, aunque para ámbitos determinados sólo resultan de aplicación las normas relacionadas con los tiempos máximos de trabajo o bien los mínimos de descanso. Conviene tener presente que los sectores afectados por esta normativa son tanto los dedicados a la actividad privada como a la pública (lo que ha reiterado a través de sus múltiples pronunciamientos el TJCE) e incluye a todos aquellos trabajadores que realicen su prestación de servicios en régimen de ajenidad y dependencia ya sea con estatus de trabajador o lo sea como empleado público.

IV. COMPLEJIDAD Y PARTICULARIDADES DE LA ORDENACIÓN DE LA JORNADA EN EL SECTOR SANITARIO

Siguiendo las pautas de la directiva comunitaria que analizamos, en el ámbito sanitario la principal pretensión que se otorga a esta regulación es también, como venimos apuntando, la del establecimiento de disposiciones mínimas para protección de la seguridad y salud en materia de ordenación del tiempo de trabajo. Pero pronto observamos que este objetivo se ve desbordado por su propia regulación, en particular porque igualmente (o sobre todo) se atiende a la necesidad de garantizar la permanencia y continuidad del servicio sanitario que presta el personal a los usuarios y pacientes del correspondiente sistema nacional de salud. La finalidad última de la prestación de la asistencia sanitaria, con arreglo a las particularidades de la función que se desempeña por el personal que trabaja en los servicios sanitarios —su realización—, se encuentra justificada en razones objetivas, de todos conocidas, basadas en la necesidad de una asistencia sanitaria continua o permanente.

De algún modo se antepone el derecho de los ciudadanos a la protección de la salud (interés general), frente a la defensa de la protección de la salud individual de cada trabajador, y ello va a afectar a su derecho al descanso o limitación de jornada (interés individual). En este especial supuesto se protege la salud en un doble sentido, por un lado, la de los trabajadores del sector sanitario así como, por el otro, la de los pacientes que aquellos profesionales de la sanidad deben atender. Por lo cual, se

debe encontrar el equilibrio deseado que no rompa con derechos consolidados por parte de los trabajadores (relativos principalmente a su derecho al descanso) y que permita el mantenimiento adecuado del servicio sanitario.

Al delimitar la jornada laboral por las legislaciones, una demanda permanente ha sido la de ajustar ésta a la realidad laboral. En el espacio sanitario la prestación de trabajo exige, de suyo, la continuidad a lo largo de todas las horas del día así como todos los días del año. La especial organización del trabajo en este ámbito y la necesidad continuada de atención asistencial hace que los ordenamientos jurídicos busquen mecanismos que, respetando los derechos de los empleados (protegiendo su salud y seguridad laboral), hagan viable la atención médica con los recursos humanos disponibles — siendo éstos a veces escasos, sobre todo en determinadas especialidades clínicas—. Garantizar la continuidad del servicio en la atención médico-sanitaria se interpreta que es causa más que suficiente para que operen algunas de las excepciones a la regulación ordinaria que contiene la directiva comunitaria.

Por ello, para abordar la permanencia en la prestación asistencial sanitaria, se ha incluido en este sector de actividad por parte de las legislaciones nacionales la llamada atención continuada, que permite conjugar la necesidad de atención a los pacientes con los derechos laborales de los trabajadores sanitarios y la posibilidad de que los sistemas sanitarios (en especial los servicios públicos) puedan atender a esa carga de horas adicionales a la jornada ordinaria. La propuesta de reforma de la directiva presentada por la Comisión en 2004 pretende incluir una definición de qué debe interpretarse por tiempo de atención continuada así como de los períodos inactivos durante aquélla. Hoy hay un desajuste conceptual entre las normas internas y el Derecho comunitario, pues aquéllas sí contemplan la atención continuada (en particular en el sector sanitario) mientras que éste, por el momento, no ha incorporado dicho concepto. Es esa disfunción normativa entre la regulación de la jornada laboral y ordenación del tiempo de trabajo en los derechos internos de los Estados Miembros y la norma comunitaria la que provoca la reacción modificativa de la directiva (y lo hace en clara oposición al sentido dado por la jurisprudencia del TJCE en reiterados pronunciamientos).

Como antes hemos adelantado, desde la Directiva 2003/88/CE se prevén excepciones a las reglas generales para determinadas tareas, de manera que se permite a las legislaciones estatales superar los períodos de referencia fijados en la mencionada directiva para la determinación de la duración máxima de trabajo semanal, los descansos semanales o el trabajo nocturno. Se trata de «vías de escape» que matizan las reglas generales y obligatorias sobre la jornada laboral otorgando a cada país un importante margen de maniobra. Entre dichas excepciones se encuentra el artículo 17.3, letra c), precepto que recoge las actividades caracterizadas por la necesidad de garantizar la continuidad del servicio. La larga lista del artículo mencionado abarca desde el personal que trabaja en puertos y aeropuertos, agricultura, servicios de prensa u otros medios de comunicación hasta casos de accidente o riesgo inminente, y entre su ejemplificación cita expresamente la atención hospitalaria o prestada en centros similares, incorporando no sólo la prestación propia de asistencia médica sino también el tratamiento, así como la misma recepción de pacientes. Con lo cual,

siempre que esté justificado en razones objetivas o técnicas o, incluso, en motivos de organización del trabajo de las instituciones sanitarias, podrá ampliarse hasta en doce meses el período de referencia de la duración media del trabajo semanal (que con carácter ordinario es de cuatro meses).

Aun permitiendo las excepciones apuntadas, si se produce una alteración de las reglas determinadas con carácter general, aquella modificación ha de ser necesariamente compensada con períodos de descanso alternativos. La no concesión de descansos alternativos tendrá que fundarse en razones objetivas que justifiquen la imposibilidad —según las exigencias del artículo 17.2 *in fine* de la Directiva 2003/88/CE— y, en todo caso, al personal que no pudiera disfrutar de su derecho al descanso se le deberá otorgar una protección equivalente. Cuál haya de ser esta protección equivalente habrá de delimitarse por parte de las legislaciones nacionales. Si bien se viene interpretando que se trataría, por ejemplo, de posibles reducciones de jornada o ampliaciones de los descansos o cualquiera otra fórmula alternativa que permita mantener, en términos equiparables, la protección de la salud y seguridad del trabajador en cuanto al cómputo de su tiempo de trabajo. Conviene destacar que en ningún caso se admitirá una opción legislativa que permita la compensación económica de aquellos descansos no disfrutados, ya que esa plasmación alternativa se alejaría de los fines perseguidos por la directiva comunitaria, que son, recordemos, el mantenimiento de la salud y seguridad en el trabajo.

Las normas internas de cada Estado, así como las comunitarias han de atender a las características específicas del sector sanitario al regular el tiempo de trabajo. No serían aceptables reglas estrictas que impidiesen el buen y correcto funcionamiento de aquellos servicios sanitarios. La implantación de la atención sanitaria continua a través de la fijación de un régimen de guardias médicas o de atención continuada supone un importante ahorro para la sanidad pública, cubriendo así el servicio continuado o permanente de asistencia sanitaria, sin que ello encarezca demasiado el gasto en personal. El método permite, por lo tanto, la viabilidad y continuidad de los sistemas sanitarios (en especial los públicos). De esta peculiaridad y de su complejidad es consciente el legislador comunitario que aun no regulando una directiva sectorial para el trabajo desarrollado en instituciones sanitarias, prevé dentro de la directiva común de tiempo de trabajo determinadas particularidades en atención al sector o actividad sanitaria.

Es una realidad constatada en toda la Unión Europea que existe una falta de recursos humanos en la sanidad, que cada día es más apreciable ante la escasez de determinadas profesiones sanitarias —personal de enfermería o algunas especialidades médicas— que ya se observa de manera preocupante en casi todos los países europeos (ejemplos paradigmáticos son el Reino Unido o Portugal, pero también España). En estas páginas no se aborda el tratamiento sobre cómo integrar la actual tendencia de una disminución de las horas de trabajo con la necesidad de atención permanente a los ciudadanos en el sector sanitario y de todas las dudas que se plantean en este campo. Una posible solución a dicho problema sería reforzar las contrataciones de personal ordinarias y extraordinarias —de carácter temporal— o mejorar las jornadas laborales de parte del personal (por ejemplo de quienes son trabajadores a tiempo parcial).

1. EL DESPERTAR DEL SECTOR SANITARIO A TRAVÉS DE LAS RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

Siguiendo los criterios de la actual Directiva Comunitaria 2003/88/CE, en ningún caso la duración máxima de jornada ordinaria y complementaria puede alcanzar una media semanal de 48 horas en aplicación de las reglas y excepciones sobre la duración máxima del tiempo de trabajo semanal que recogen los artículos 6, 16, 17 y 19 de la Directiva 2003/88/CE, de 4 de noviembre. El TJCE, en un importante número de sentencias, ha interpretado que no se podrá exceder de tal duración máxima de 48 horas del tiempo de trabajo semanal, límite que será tomado en cuenta siempre dentro de los parámetros o períodos de referencia que aparecen contenidos en los preceptos arriba citados.

A partir del año 2000 se han resuelto en sede comunitaria algunos pleitos que tratan de la aplicación de la norma comunitaria relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo en el ámbito sanitario. El primer pronunciamiento se produce con la resolución del TJCE, de 3 de octubre de 2000, asunto C-303/98; en ella se resolvía una cuestión prejudicial que interpuso el Tribunal Superior de Justicia de Valencia en un litigio entre un sindicato médico, el SIMAP, y la Consejería de Sanidad y Consumo de la Generalidad Valenciana⁽⁹⁾. Aquella Sentencia del Tribunal de Luxemburgo supuso una explícita condena al Reino de España por falta de transposición de la normativa comunitaria al personal que trabaja en el ámbito sanitario público (en España mayoritariamente llamado personal estatutario de la Seguridad Social o de los Servicios de Salud —cuyo vínculo es, al menos desde la aprobación de la Ley 55/2003, una relación funcional especial—) al que según el Tribunal europeo resultaba de aplicación la Directiva 93/104/CEE, así como el reconocimiento del efecto directo de determinados preceptos de aquella Directiva, incumplidos en nuestro ordenamiento interno⁽¹⁰⁾.

A aquella primera resolución judicial luego siguieron un Auto del TJCE de 3 de julio de 2001, asunto C-241/99 —presentado por la Confederación Intersindical Galega frente al servicio de salud SERGAS— y en relación con otros estados de la Unión aparece la STJCE de 9 de septiembre de 2003, asunto Jaëger C-151/02, después resuelve el caso Pfeiffer de 5 de octubre de 2004, asuntos acumulados C-397/01 a C-403/01, ambas relativas a la legislación alemana sobre jornada y descansos. Más recientes en el tiempo serán el caso Dellas y otros, resuelto por Sentencia de 1 de diciembre de 2005, asunto C-14/04, esta última sobre la adecuación de la legislación

(9) Un comentario a la misma en MERCADER UGUINA, J.R.: «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)», en *REDE*, núm. 1, 2002.

(10) Además, la STJCE de 3 de octubre de 2000 no consideró personal nocturno a quienes trabajan de noche en el sistema de atención continuada, en particular bajo turnos de guardia, ya que no lo hacen con la habitualidad que exige la normativa [el artículo 2.4.b) de la directiva se refiere a quienes trabajan una parte no inferior a tres horas de su tiempo de trabajo diario realizado normalmente]; tampoco lo consideró así la doctrina judicial española.

francesa cuando contempla la posibilidad de ponderar la menor intensidad del trabajo prestado durante los períodos de inactividad (en centros médico-sociales) a la directiva reguladora de determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo. Finalmente, el asunto Jan Vorel en un caso relativo a un médico que prestaba sus servicios para un hospital de la República Checa, resuelto mediante Auto de 11 de enero de 2007 (C-437/05) cierra, por el momento, la lista. Pero muy pronto se añadirán otros nuevos pronunciamientos del TJCE, que en breve dictaminará sobre la materia.

Todas las apreciaciones del Tribunal en estas resoluciones están siempre referidas a personal sanitario o actividades directamente vinculadas con prestaciones sanitarias, además en todas ellas queda reflejado el efecto directo que producen las disposiciones comunitarias de la directiva que comentamos en los aspectos relativos a la jornada máxima semanal o a los descansos que en ellas se enjuician. Siguiendo esas sentencias del Tribunal de Luxemburgo, los Tribunales en España han sido prolijos en resoluciones judiciales que aplican, para quienes desarrollan sus trabajos en establecimientos sanitarios⁽¹¹⁾, tanto la Directiva de seguridad y salud en materia de ordenación del tiempo de trabajo como el sentir del TJCE.

Pero las respuestas del TJCE han causado inquietud en los países de la Unión y también en las mismas instituciones comunitarias, por lo cual se decidía modificar la Directiva 2003/88/CE. La propuesta de Directiva COM (2004) 607 final, las conclusiones del abogado general Ruiz-Jarabo al asunto Della y otros, C-14/04, de 12 de julio de 2005 (en su nota 58), y el propio Auto del TJCE de 11 de enero de 2007, caso Jan Vorel, se refieren a estas apreciaciones que se han producido en el seno de la Comisión y por parte del Comité Económico y Social alegando tanto el impacto de la mencionada jurisprudencia como la sorpresa que dichos fallos han causado⁽¹²⁾. Esta reacción quizá responde (a juicio del citado Comité) a una falta de análisis de la definición de tiempo de trabajo que ofrece la directiva. Recordemos que la definición de tiempo de trabajo recogida en el artículo 2 de la directiva 2003/88/CE es la siguiente: «todo período durante el cual el trabajador permanezca en el trabajo, a disposición del empresario y en ejercicio de su actividad o de sus funciones, de conformidad con las legislaciones y/o prácticas nacionales».

(11) Entre otras muchas pueden consultarse las SSTSJ de Galicia de 21 de marzo de 2001, de Murcia de 26 de octubre de 2001, de Castilla y León —Burgos— de 25 de enero de 2002 y —Valladolid— de 15 de abril de 2002, de Extremadura de 9 de mayo de 2002, de La Rioja de 23 de enero de 2003, de Cantabria de 14 de noviembre de 2003, de Andalucía —Sevilla— de 23 de septiembre de 2004, del País Vasco de 22 de febrero de 2005, así como también las SSTS de 4 de octubre de 2001, de 31 de octubre de 2001, de 1 de abril de 2002, de 30 de mayo de 2002 y de 12 de noviembre de 2002. O en CIENFUEGOS MATEO, M. y ARMENGOL FERRER, F.: «Principios fundamentales del Derecho Comunitario y ordenación del tiempo de trabajo de los profesionales sanitarios. A propósito de la Sentencia del juzgado de lo social núm. 1 de Granada, de 7 de octubre de 2003 (AS 2003,2994)», en *REDT*, núm. 124, octubre-diciembre, 2004.

(12) En la última resolución el Tribunal advierte que «la circunstancia de que se esté trabajando actualmente en el Consejo de la Unión europea con vistas a una eventual modificación de la Directiva 2003/88 carece de relevancia» para el proceso que enjuicia, referido a hechos acontecidos durante 2004.

Los importantes trabajos modificativos permanecen abiertos y en los últimos meses se han vislumbrado dificultades para alcanzar un acuerdo entre los Estados Miembros, ya que sus posturas se enfrentan por las distintas maneras que demuestran los Gobiernos nacionales de entender hasta dónde es ampliable el campo de las excepciones propuestas o, por otros países, la negativa a permitir la redacción de un texto que permita a los Estados incorporar sus excepciones.

2. LA NECESIDAD DE INCORPORAR UNA DEFINICIÓN DE ATENCIÓN CONTINUADA A LA DIRECTIVA RELATIVA A LA ORDENACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO

Sin duda, desde las instituciones comunitarias se ha visto la necesidad de modificar el Derecho comunitario a raíz de las SSTJCE anteriormente citadas. Dos son las razones alegadas para promover esos cambios, en primer lugar, aumentar la flexibilidad en la organización del tiempo de trabajo, y en segundo lugar, encontrar un nuevo equilibrio de aquélla con la conciliación de la vida profesional y personal. La modificación que propuso la Comisión en 2005 buscaba la introducción en la Directiva 2003/88/CE de un nuevo artículo 2 ter: que tenga en cuenta la necesidad de comunicar con la debida antelación cualquier cambio que repercuta sobre el tiempo de trabajo y su organización, así como permitir a los trabajadores solicitar cambios en su horario y ritmo de trabajo —en atención a dicha conciliación entre la vida laboral y privada⁽¹³⁾—. Para que así la flexibilidad opere en ambos polos de la relación laboral y no sólo de una de las partes de ésta. La reforma también intenta alcanzar el equilibrio entre la flexibilidad y seguridad (abonando también en la ordenación del tiempo de trabajo el concepto de la flexiseguridad⁽¹⁴⁾).

Previamente, en 2004, como consecuencia de los pronunciamientos del TJCE en los asuntos SIMAP y Jaëger, se redactó una propuesta de modificación para la Directiva 2003/88/CE⁽¹⁵⁾. A raíz de las manifestaciones del Tribunal, cuando entiende en varias de sus resoluciones que el servicio de atención continuada desarrollado en régimen de presencia física constituye íntegramente tiempo de trabajo, pues, a su juicio se trata de un período durante el cual el trabajador permanece en el trabajo a disposición del empresario (en el sentido que de tal concepto se desprende de la directiva comunitaria, sin exigir la norma comunitaria una determinada intensidad al trabajo desempeñado ni a su rendimiento mínimo). Lo es aunque no ejerza ninguna

(13) Siguiendo las Directrices para las políticas de empleo de los Estados Miembros marcadas por el Consejo en su Decisión de 22 de julio de 2003, DOUE serie L 197, de 5 de agosto de 2003.

(14) Concepto que, por cierto, está por diseñar. En estos días se acaba de celebrar la Conferencia Europea —el 20 de abril de 2007— relativa a esta cuestión y es posible que antes de fin de año o a principios de 2008 exista un documento comunitario de consenso que contenga los perfiles comunitarios de la llamada flexiseguridad. La documentación aportada en dicha reunión para contribuir al debate abierto por las instituciones comunitarias puede consultarse en: http://ec.europa.eu/employment_social/employment_strategy/flex_stakeholderconference_en.htm.

(15) La respuesta dada por el Tribunal se repite en la STJCE de 1 de diciembre de 2005, caso Dellas y otros, y en el Auto de 11 de enero de 2007, caso Jan Vorel.

actividad real, aunque el prestador pueda descansar durante ese período cuando no se le requieran los servicios, pues no existe un concepto o categoría intermedia entre períodos de trabajo y de descanso.

Recuerda el Tribunal, asimismo, que la finalidad de la norma comunitaria es la mejora de las condiciones de vida y trabajo de los trabajadores, que con ella se protege eficazmente la seguridad y salud de los trabajadores, permitiendo que disfruten de los períodos mínimos de descanso (la pausa intrajornadas o el descanso diario o semanal), se fija un límite máximo para la duración media de la semana de trabajo (48 horas) recogiendo el tiempo mínimo de descanso que se contempla para todo trabajador (sea empleado público o privado). Se pronuncia en favor de la eficacia y garantía de aquellas reglas, lo que hace que se interprete por el Tribunal de Luxemburgo que los servicios de guardia en régimen de presencia física en el lugar de trabajo deben ser considerados en su totalidad como tiempo de trabajo, sin importar que durante esas horas de presencia se efectúe realmente una prestación de servicios por el trabajador, es decir, pese a que existan períodos de inactividad. Circunstancia que para el TJCE carece de relevancia para obstaculizar su inclusión en el concepto de tiempo de trabajo. Aquellos períodos de inactividad son irrelevantes para el juzgador europeo (aun reconociendo su carácter inherente a las guardias) pues no se alteran los elementos definidores del tiempo de trabajo cuando se está a la espera de realizar un trabajo efectivo. Otra cosa es que la jurisprudencia comunitaria reconozca que nada dicen las disposiciones europeas relativas a la ordenación del tiempo de trabajo sobre la remuneración de ese tiempo de trabajo y, consecuentemente, permite a las legislaciones nacionales que la retribución otorgada al trabajador durante la guardia o atención continuada sea distinta (e inferior —incluso sustancialmente inferior—) a las remuneraciones de los períodos en los que sí se efectúan prestaciones efectivas de trabajo⁽¹⁶⁾.

Al TJCE no le es ajena la circunstancia de que la prestación de un servicio de guardia se caracteriza por la dificultad de planificar la actividad que se presta en el caso de la atención sanitaria, pero toma en cuenta y valora, principalmente, que al trabajador se le exige su presencia física y a disposición del empresario (en espera), por si surge la necesidad de requerir sus servicios para realizar de manera inmediata la prestación laboral, la real prestación de las funciones para las que fue contratado.

La propuesta de modificación de la Directiva 2003/88/CE [Procedimiento de codecisión 2004/0209/COD⁽¹⁷⁾], en respuesta a la mencionada jurisprudencia, quiere

(16) Así se corrobora indubitadamente en el Auto del TJCE 11 de enero de 2007, caso Jan Vorel, siempre «que ese régimen garantice íntegramente el efecto útil de los derechos conferidos a los trabajadores» por la Directiva 2003/88/CE para la protección eficaz de la salud y seguridad de aquellos. Anteriormente ya había establecido este mismo parecer en la STJCE de 1 de diciembre de 2005, asunto Dellas y otros, «tal y como se desprende tanto de la finalidad como del tenor literal de sus disposiciones, la Directiva 93/104 no se aplica a la remuneración de los trabajadores». Ello se deduce del propio tenor literal del artículo 137.6 del Tratado de la CE.

(17) Cuyo seguimiento puede realizarse a través de la dirección URL: http://ec.europa.eu/prelex/detail_dossier_real.cfm?CL=es&DosId=191740#381617.

incluir en su texto una definición de atención continuada, proponiendo la introducción de nuevos artículos 2.1 bis y ter y artículo 2 bis que definirían los conceptos de: tiempo de atención continuada y el período inactivo durante este tiempo de atención continuada (en el que está disponible en su lugar de trabajo⁽¹⁸⁾ pero no es requerido el trabajador para ejercer su actividad o sus funciones). El precitado artículo 2 bis recogía que «el período inactivo del tiempo de atención continuada no se considerará tiempo de trabajo» salvo que se disponga de otro modo por la legislación estatal o negociada mientras que, siempre, se considerará tiempo de trabajo el período durante el cual el trabajador ejerce efectivamente sus funciones durante el tiempo de atención continuada⁽¹⁹⁾.

Por lo tanto, aunque se considera tiempo de atención continuada el período activo en que el trabajador tiene la obligación de permanecer en el lugar de trabajo y en principio se considerará tiempo de trabajo, en la propuesta realizada por la Comisión⁽²⁰⁾, sin embargo, se contempla la existencia de un período inactivo durante la atención continuada que no va a ser considerado (por regla general) como tiempo de trabajo. Pero no lo va a ser a los efectos de la duración media de la jornada semanal máxima mientras que sí computarán estos períodos inactivos a efectos de respetar los descansos diarios y semanales⁽²¹⁾; con esta medida «salomónica» se busca no lesionar el debido respeto a la seguridad y salud de los trabajadores. Si bien, dentro de la flexibilidad que ofrece la redacción propuesta y su adaptación a las economías y las legislaciones internas, nada impide que los Estados pudieran considerar todo el tiempo dedicado a la atención continuada como tiempo de trabajo. La fórmula que propone la Unión Europea permite la rigidez de la legislación nacional sin llegar a convertirse la norma comunitaria garante de aquélla, ofreciendo un amplio margen de decisión a cada Estado en atención a sus necesidades.

Las mencionadas propuestas de reforma de la Directiva 2003/88/CE ya han encontrado un destacado frente de resistencia entre el personal médico europeo (reunidos en Gotemburgo en noviembre de 2004, en la Asamblea General del Comité Permanente de Médicos Europeos —CPME— y posteriormente en múltiples manifestaciones públicas de su postura contraria a la reforma), que se opone a ella, al interpretar la reforma como un intento de reducción de sus derechos y condiciones laborales reconocidas. Sus quejas se dirigieron principalmente sobre tres puntos de

(18) La Propuesta modificada COM (2005) 246 final define a estos efectos qué se entiende por lugar de trabajo.

(19) Vid. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo COM (2004) 607 final, Bruselas, 22 de septiembre de 2004.

(20) Para un análisis de dicha propuesta puede también consultarse FONTINOPOULOU BASURKO, O.: «Derecho social comunitario y jornada del personal sanitario. La revisión de la Directiva 93/104/CE sobre determinados aspectos de la ordenación de tiempo de trabajo», en *Aranzadi Social*, núm. 16, enero, 2005.

(21) Así figura en la Exposición de Motivos de la Propuesta Modificada COM (2005) 246 final, Bruselas de 31 de mayo de 2005, cuestiones mencionadas en la nueva redacción que ofrece para el artículo 2 bis en cuanto al descanso diario y semanal.

la reforma propuesta por la Comisión: el arriba citado de la nueva distinción dentro de la guardia de presencia física de tiempos activos e inactivos, el que más adelante citamos, de permitir llegar hasta un máximo de horas semanales superior a las 48 de promedio y, en último lugar, que el descanso tras una guardia de 24 horas se pueda posponer hasta 72 horas después de realizarla. La propuesta modificada de reforma de 31 de mayo de 2005⁽²²⁾ [COM (2005) 246 final] atiende a algunas de estas quejas pues reduce el límite máximo a una duración semanal de 55 horas (en vez de las 65 inicialmente propuestas) y suprime esa posposición de 72 horas de los descansos por una declaración indeterminada que sólo indica que el descanso equivalente habrá de disfrutarse «en un plazo razonable» que determinarán las legislaciones internas (estatales o convencionales).

La propuesta de reforma de la Directiva 2003/88/CE atiende, precisamente, a este contexto sanitario y se redacta como respuesta a la STJCE de 9 de septiembre de 2003, asunto Jaeger, C-151/02 (y otras resoluciones del Tribunal). Aquella sentencia se refería a un supuesto de atención continuada en el marco sanitario. Dentro de la prestación en la atención continuada en régimen de presencia física, la normativa alemana entendía integrados en los períodos de descanso aquellos de inactividad del trabajador. También otras legislaciones nacionales dejaban fuera del reconocimiento de tiempo de trabajo a las guardias médicas cuando el trabajador se encuentra a disposición de que acontezca un hecho que requiera su prestación de servicios, así el reciente Auto del TJCE de 11 de enero de 2007, asunto Jan Vorel (relativo a la República Checa). El Tribunal Europeo calificó aquel período de atención continuada como de trabajo, mientras la reforma de la directiva propuesta por la Comisión quiere, más bien, acercarse a la dicción de la legislación alemana o de otros Estados europeos y darle al problema de la atención continuada en el sector sanitario (y también en otros sectores o actividades donde sea necesaria) una solución «equilibrada» que permita la continuidad de la prestación sanitaria, sin que ello ocasione una lesión de los derechos de los trabajadores. Lo cual se intenta hacer desde una regulación muy abierta, sin interferir en las regulaciones nacionales, pues la propuesta modificativa permitirá a cada derecho interno decidir sobre la consideración o no del período de inactividad como tiempo de trabajo. Lo que a nuestro juicio, pese a la frontal oposición manifestada por el sector sanitario (y las delegaciones de algunos países, entre ellos España), parece ser la vía más convincente para respetar los fines de la directiva de preservar la seguridad y salud de los trabajadores. Puesto que si no se admitiese esta nueva situación (donde no computa el tiempo en el período de espera en atención continuada, denominado período inactivo) los Estados, ante la necesidad de más horas de trabajo en la sanidad pública y ante la imposibilidad real de incrementar las contrataciones debido no sólo a los costes que ello supone sino también a la escasez de personal formado, probablemente optarán por la vía excepcional de la no aplicación de las reglas del artículo 6 de la mencionada directiva comunitaria; procurando alcanzar pactos individuales con el trabajador que consienta en realizar su trabajo

(22) Siguiendo algunas de las modificaciones que propuso el Parlamento Europeo, basadas en el informe Cercas.

por encima de los límites horarios mediante la denominada cláusula *opt-out*. Lo que al final supondrá, además de la contractualización de la jornada de trabajo, un mayor tiempo real de trabajo, y de alguna manera se distanciará de los tradicionales fines protectores del trabajador (su salud) que siempre se han perseguido con la limitación legal de la jornada laboral.

V. DOS ASPECTOS RELEVANTES EN LA FUTURA MODIFICACIÓN DE LA DIRECTIVA: LA CLÁUSULA DE RENUNCIA Y LA IMPLANTACIÓN DE UN NUEVO LÍMITE A LA JORNADA MÁXIMA SEMANAL

La ampliación de la jornada superando el límite de las 48 horas semanales ha estado posibilitada por el Derecho comunitario a través de la cláusula que permite la renuncia por acuerdo del trabajador a la limitación de la duración máxima semanal de 48 horas. Pero exige, en todo caso, la manifestación expresa de voluntad del afectado, no siendo posible que se supla su consentimiento individual por un acuerdo colectivo. Por lo tanto, es admisible la renuncia individual del trabajador al promedio máximo de duración de la jornada semanal cuando los Estados Miembros así habiliten esta renuncia.

La aludida STJCE de 5 de octubre de 2004, asuntos acumulados C-397/01 a C-403/01, Bernhard Pfeiffer y otros, que trata sobre personal (de la Cruz Roja) del servicio de socorro y servicio de transporte de enfermos en Alemania, exige para dicho consentimiento no sólo que sea individual sino también ha de ser expresa y libremente manifestado, invalidando la resolución judicial cualquier ampliación de la jornada de 48 horas semanales que se realice sólo mediante convenio colectivo. Al entender imprescindible el concurso de la manifestación de la voluntad individual del trabajador afectado mediante su expreso consentimiento.

La propuesta modificativa de la directiva de tiempo de trabajo a la que nos venimos refiriendo incide sobre esta cláusula⁽²³⁾, conocida con los términos ingleses *opt-out*. Con la reforma se quiere que aquella renuncia se subordine además de al expreso consentimiento del trabajador (tal y como aparece hoy recogido en el texto del artículo 22 de la Directiva 2003/88/CE) a los convenios colectivos. La propia propuesta de modificación puso de manifiesto que la decisión puramente individual del trabajador plantea problemas no sólo para la defensa de la seguridad y salud del trabajador sino también con respecto a su libre elección. Por ello se plantea reformar los términos en los que actualmente se permite esta cláusula impidiendo, en primer lugar, que el compromiso se adopte o (1) en el momento de la firma del contrato o (2) durante el período de prueba —por presumir el legislador comunitario que pudiera resultar coartada la libre decisión del trabajador ante la debilidad del trabajador para poder negarse a determinadas condiciones laborales en esas dos circunstancias—, en segundo lugar, no se permitiría (si prosperase la reforma) que esa cláusula de re-

(23) Propuesta modificada de reforma de 31 de mayo de 2005, COM (2005) 246 final.

nuncia tenga una duración superior a un año, aunque sí será admisible su renovación periódica.

Probablemente, debido a un mal entendimiento de esta propuesta de reforma se ha organizado un frente contrario a la modificación de la Directiva 2003/88/CE en los términos propuestos por la Comisión. Hasta el punto de que hoy está bloqueada y en los últimos consejos europeos en los que se ha debatido se viene posponiendo a un momento posterior su aprobación, al no llegarse a un acuerdo entre los distintos Estados de los términos de la reforma (así ha sucedido en los debates del Consejo de junio y diciembre de 2005 y de junio y noviembre de 2006 —hoy estamos a la espera de lo que suceda a lo largo de 2007—). El procedimiento de codecisión se ve así repetidamente paralizado ante la falta de acuerdo en el seno del Consejo. El Libro Verde sobre la modernización del Derecho del Trabajo ⁽²⁴⁾ apunta las dificultades que actualmente atraviesa dicha propuesta. Expresamente menciona la dificultad que presenta la aplicación de la normativa vigente en el sector de la salud y también se refiere a las resoluciones del TJCE (casos SIMAP, Jaëger o Dellas) que han interpretado la Directiva 2003/88/CE.

La posición crítica parece más bien, contraria a la propia cláusula *opt-out* ya contenida en la primera redacción de 1993, que a permitir la intervención de la negociación colectiva en cuanto a sus posibilidades de admitir o no la renuncia individual del trabajador. Incorporar ese cambio normativo entendemos que atiende a la importancia de la autonomía colectiva en la fijación de las condiciones laborales, aunque también será posible que dicha renuncia sea admitida por la legislación nacional, pudiendo llegar a privar al convenio colectivo de facultades decisorias al respecto.

Si finalmente prospera la anunciada reforma de la cláusula de renuncia, su incorporación a las legislaciones nacionales será una facultad de cada uno de los Estados, pudiendo éstos permitir su implantación (como hasta ahora sucede) y en principio durante un plazo de tiempo limitado que (según la propuesta) no excederá de tres años desde la transposición de la nueva directiva al derecho interno. Aunque pudiera parecer que dicha posibilidad de acogerse a la cláusula de renuncia está llamada a desaparecer del Derecho comunitario en un breve espacio temporal, la misma propuesta de directiva faculta a los Estados para ampliar este período, solicitando a la Comisión la prolongación en atención a motivos relacionados con el funcionamiento de sus mercados de trabajo. Por lo cual no descartamos que en el sector sanitario de manera genérica se implante dicha cláusula, como ya sucede en el derecho español.

En caso de alcanzarse un acuerdo con el trabajador la inicial propuesta de reforma de la Directiva 2003/88/CE pretendía fijar, en este supuesto, un límite máximo semanal de trabajo de 65 horas en el transcurso de un período de siete días salvo que el convenio colectivo o acuerdo entre interlocutores sociales dispusiera lo contrario ⁽²⁵⁾. La última propuesta modificada de la mencionada reforma de la directiva reba-

(24) COM (2006) 708 final.

(25) Véase en este sentido la propuesta del nuevo artículo 22.1 bis de la Directiva 2003/88 COM (2004) 607 final.

jaba ese máximo a 55 horas⁽²⁶⁾. Límite que en principio sería insuperable para todas las jornadas laborales salvo que por convenio se disponga otra cosa. La propuesta de reforma para el nuevo máximo absoluto semanal significará, si llega a buen término la propuesta modificativa, que se va a fijar con carácter general —siempre a salvo lo que se determine en procesos de negociación— un tope infranqueable o límite absoluto de jornada, hasta ahora inexistente en el ámbito comunitario (ya que las 48 horas son promediadas en períodos de referencia superior a la semana). Límite que no será superable excepto en situaciones especiales que, además, serán habilitadas por la negociación colectiva. Esta nueva limitación necesariamente hay que relacionarla con la regulación del tiempo de trabajo que permite flexibilizar los cómputos de los períodos de referencia y, también, racionalizar en cada una de las legislaciones nacionales estos tiempos especiales.

VI. LAS REPERCUSIONES DE LA NORMA COMUNITARIA EN EL SECTOR SANITARIO PÚBLICO ESPAÑOL

La jurisprudencia española entiende que la atención continuada en régimen de presencia física en el centro sanitario debe considerarse tiempo de trabajo en su totalidad. Sin embargo para la legislación sanitaria, las situaciones en las cuales el personal sanitario no se encuentra en el centro sanitario durante los períodos de localización o expectativa de avisos no computan como tiempo de trabajo a efectos de la limitación de las 48 horas semanales⁽²⁷⁾, a pesar de que para el trabajador existe una obligación de permanecer en expectativa de aviso. En este último supuesto sólo cuentan dichos períodos (como de tiempo trabajo) en aquellos casos en los que realmente se haya prestado un trabajo o servicio efectivo, computándose entonces tanto el tiempo dedicado al trabajo como el del desplazamiento (el servicio se remunera dentro del llamado complemento retributivo de atención continuada). En caso contrario los tiempos no son considerados trabajo efectivo sino mera expectativa, ni por lo tanto computan como jornada prestada⁽²⁸⁾.

Una parte de la doctrina criticaba la interpretación otrora jurisprudencial y ahora legal sobre la dedicación no presencial porque, al no valorarse el tiempo destinado a la jornada laboral de los «retenes» sanitarios, olvidaba cuáles eran las exigencias del período de localización: disponibilidad y presencia inmediata para la prestación de un servicio⁽²⁹⁾. Durante ese período no se permite el disfrute cierto del descanso

(26) COM (2005) 246 final, en la nueva redacción que propone para el artículo 22.1.bis, letra d).

(27) Un completo estudio de estas cuestiones anterior a la publicación del Estatuto Marco en PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: *La aplicación de la Directiva 93/104 CEE al personal estatutario de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

(28) Artículo 48.2 *in fine* de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, reguladora del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud.

(29) Véase RABANAL CARBAJO, P.: «Tiempo de trabajo del personal estatutario de la Seguridad Social», en *Personal estatutario de la Seguridad Social*, CGPJ, Madrid, 2000.

semanal, cuando se debe estar pendiente de que pueda producirse, en cualquier momento, un aviso. La propuesta de reforma de la Directiva 2003/88/CE incorpora la previsión de que durante el tiempo de atención continuada (presencial) podrían no computar los períodos de inactividad, si bien la modificación que se estudia sólo afectará al cómputo del tiempo de trabajo (al efecto de no superar el promedio de la duración máxima semanal) y no en cuanto a los descansos diario y semanal ni a la retribución, ya que ésta, en todo caso, deberá estar cubierta. Quizá habría que buscar en nuestro Derecho interno una solución intermedia, similar a la propuesta en el Derecho comunitario, para los tiempos no presenciales que permitan —si efectivamente se exigió la disponibilidad del trabajador independientemente de que se prestase o no un servicio— que éstos se tengan en cuenta a efectos del descanso semanal y diario. Sin duda, será fácil el cómputo del tiempo cuando hubo prestación efectiva de actividad (pues ya hemos adelantado que es tenido en cuenta tanto el tiempo dedicado a la atención sanitaria como el del desplazamiento); en los otros casos, más complicados de medir, podría hacerse introduciendo fórmulas promediadas para los descansos en atención al sector de actividad de que se trate o incorporando otras soluciones respetuosas con el derecho al descanso⁽³⁰⁾.

Con relación a la duración máxima semanal de 48 horas, el período de referencia que se toma en España para el sector sanitario público es un cómputo semestral⁽³¹⁾. Al igual que la regulación comunitaria, nuestra legislación nacional permite la alteración por acuerdo, pacto o convenio colectivo de dicho cómputo. Entendemos que lo que se permite modificar es sólo el criterio de referencia semestral —en ningún caso el máximo de las 48 horas⁽³²⁾—, pero la negociación deberá respetar los criterios que figuran en la Directiva de tiempo de trabajo, en particular cuando el artículo 19 de la directiva 2003/88/CE dispone que los períodos de referencia acordados en ningún caso excederán de doce meses. Además, dicha ampliación, si se produce, deberá responder a razones objetivas, técnicas o de organización del trabajo.

Por otro lado, la doctrina judicial española ha mantenido que la atención continuada y las guardias médicas en el sistema sanitario público no podían ser calificadas como trabajo extraordinario sino como complementario⁽³³⁾, pues no responden ni a un carácter ocasional ni a supuestos fuera del normal desarrollo de la asistencia sanitaria sino, por el contrario, se desarrollan dentro de la normal actividad de la actividad de las instituciones sanitarias. En su desarrollo, el ritmo de trabajo no es (habitualmente) el que se desempeña en una jornada ordinaria, ya que se atienden urgencias sin llevar a

(30) En este sentido el vigente artículo 54 de la Ley del Estatuto Marco regula el régimen de descansos alternativos.

(31) Así lo dispone el artículo 57 de la Ley del Estatuto Marco que, además, se refiere al primer o segundo de los semestres de cada año natural.

(32) Para lo cual se exige el consentimiento del trabajador, artículo 22.1 de la Directiva 2003/88/CE.

(33) Siguiendo dicha interpretación, ésta se ha incorporado en el artículo 48.3 de la Ley 55/2003, que dispone que la jornada complementaria «no tendrá en ningún caso la condición ni el tratamiento establecido para las horas extraordinarias».

cabo «trabajo efectivo» todas las horas de duración de las guardias. Para el personal que presta servicios en el sistema sanitario público español la jornada extraordinaria no resulta de aceptación voluntaria y el número de horas en cómputo anual no encuentra otros límites que los propios de la Directiva Comunitaria 2003/88/CE en cuanto a la jornada máxima semanal de 48 horas de promedio en cómputo semestral o aquel otro que se fije a través de pacto o convenio. La vigente regulación española no significa que la obligatoriedad de la atención continuada sea ilimitada en sus horas sino que debe establecerse de acuerdo con las precitadas normas comunitarias, respetando siempre y en todo caso sus topes máximos.

En el marco sanitario público español, además de las jornadas ordinaria y complementaria, recientemente ha aparecido una tercera tipología, catalogada como jornada especial (artículo 49 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre). Esta última opera con carácter subsidiario a la jornada complementaria, para cubrir las necesidades del servicio y siempre debe estar motivada en razones organizativas o asistenciales. Sin duda es el reflejo que incorpora en nuestra legislación la cláusula de renuncia (*opt-out*) del artículo 22 de la Directiva 2003/88/CE. Con ella se pretende cubrir la posible insuficiencia de las otras jornadas. Se trata de uno de los pocos ejemplos que en la legislación española ha habilitado para incorporar aquella excepción, permitiendo la no aplicación del artículo 6 de la mencionada directiva. En estos supuestos nuestra legislación admite superar el máximo previsto de las 48 horas semanales de promedio, siempre que voluntariamente así lo decida el personal y lo manifieste otorgando su consentimiento por escrito.

Debemos entender que esta ampliación de la jornada responde al bien que se protege por los profesionales de las instituciones sanitarias públicas: la salud de los ciudadanos, que se sitúa en un estrato superior a la propia organización de los recursos humanos permitiendo, cuando es necesario, ampliar la jornada por razones del servicio. En principio, el establecimiento de esta jornada especial se efectúa con un carácter puramente precautorio para que no esté desatendida la demanda sanitaria ciudadana, pero exige, por otro lado, previsiones por parte de los servicios de salud que impidan la trasgresión generalizada de la normativa (para no sobrepasar de manera sistemática los límites máximos de 48 horas semanales que contempla la directiva comunitaria reguladora de determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo).

Para los trabajadores de la sanidad pública el límite máximo de esta jornada especial se ha fijado en 150 horas al año y será posible establecer un mínimo de duración del compromiso. Sin embargo, en lo relativo a su limitación máxima anual irá introduciéndose de manera progresiva hasta el año 2013. Por lo que es bastante probable que se superen las 150 horas anuales en los próximos años, incluso una vez agotado el período de adaptación. La propia regulación admite excepciones derivadas del hecho insular, así como otras medidas apropiadas que se podrán vincular directamente al examen de su incorporación y sus repercusiones en la organización funcional, la financiación de los servicios de salud o las necesidades de especialistas. En este sentido se pronuncia el apartado 2 de la disposición transitoria 6.^a de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, aunque aún no se ha dictado el Real Decreto que

preveía la norma para la aplicación progresiva del límite máximo anual de la jornada especial contemplada en el artículo 49.1 de la Ley. Con referencias específicas al hecho insular también puede verse el artículo 54 de dicho Estatuto Marco al referirse al régimen de descansos alternativos.

Los trabajadores sanitarios que acepten el compromiso de ampliación de la jornada (en forma de jornada adicional) quedarán obligados a prestar ese trabajo en una jornada especial y pueden ser conminados a ello mientras está vigente el mismo, ya que por su propia voluntad se han obligado a su cumplimiento y han convertido su derecho a ampliar la jornada en un deber. Los requisitos del compromiso para otorgar el consentimiento, así como su duración mínima podrán ser establecidos por cada centro sanitario sin que la legislación estatal en estos extremos disponga cuáles deben ser, prefiriendo la decisión autónoma de cada centro en atención a su organización interna y necesidades⁽³⁴⁾. Los centros sanitarios deben velar porque se respeten en todo caso los principios de prevención y salud fijando una garantía de indemnidad para estos trabajadores, pues no podrán tomar represalias frente a quienes no se adhieran a este compromiso (voluntario), así como habrán de proceder al establecimiento de registros que archiven los mencionados compromisos. Registros que se adecuarán a la Directiva 2003/88/CE, concretamente a los requerimientos del artículo 22.1, letra c) estarán actualizados y a la letra d): se facilitará a las autoridades competentes pudiendo éstas prohibir o restringir por razones de seguridad y/o salud de los trabajadores la posibilidad de excederse de las 48 horas semanales (calculado como promedio dentro del período de referencia previsto).

Los cambios que se anuncian para la Directiva Comunitaria 2003/88/CE, con la introducción de la definición de atención continuada o sobre la cláusula de renuncia, inciden de lleno sobre la organización del tiempo de trabajo del personal que presta sus servicios en instituciones sanitarias; esas modificaciones, sin duda, provocarán nuevas reglas de los derechos internos en este sector. Si bien los «excesos» en la jornada parecen imprescindibles para el mantenimiento de los actuales modelos sanitarios públicos existentes en Europa. Por ello habrán de valorarse las excepciones contempladas por cada legislación cuando éstas buscan lograr, siempre, un equilibrio entre las directrices de la Directiva 2003/88/CE y la compleja regulación (posible) de la ordenación del tiempo de trabajo en el ámbito sanitario. De lo cual deberían ser conscientes tanto los legisladores como quienes aplican la norma.

(34) De esa manera tan abierta se regula en el artículo 49, apartados 1 y 2 de la Ley 55/2003, otorgando a los centros sanitarios discrecionalidad en la oferta de jornadas especiales y en el establecimiento de los requisitos, y dice «especialmente en lo relativo a la duración mínima del compromiso».