

Aspectos legales y sociolaborales del médico especialista en Anatomía Patológica

Florentino Eguaras Mendiri

Magistrado. Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco

SUMARIO

A. Preámbulo.

B. Responsabilidad profesional en el ejercicio de la actividad del anatómo-patólogo.

1. Responsabilidad penal: 1, a) Conceptos básicos; 1, b) Tipificaciones penales; 1, c) Nociones elementales de procedimiento. 2. Responsabilidad civil: 2, a) Nociones básicas; 2, b) Negligencia profesional; 2, c) Sujeto responsable. 3. Responsabilidad disciplinaria. 4. Error de diagnóstico y retardo en el informe.

C. Régimen de empleo.

1. Criterios generales: 1, a) Tipologías profesionales; 1, b) Aproximación a las fuentes de los regímenes: laboral; funcionarial; estatutario. 2. Situación jurídica de los profesionales autónomos que prestan servicios en entidades privadas: criterios judiciales sobre su vínculo civil o laboral. 2, a) Concepto de Profesional Autónomo; 2, b) Delimitación del régimen jurídico aplicable al profesional autónomo; 2, c) Criterios judiciales sobre el vínculo civil o laboral. 3. Norma básica: Estatuto del personal sanitario, la Ley 55/2003; rasgos generales. 3, a) Tipos de relaciones: Fijos y temporales; 3, b) Adquisición y pérdida de la condición de personal estatutario fijo; 3, c) Derechos y deberes; 3, d) Faltas y sanciones; 3, e) Retribuciones; 3, f) Jornadas de trabajo; 3, g) Descansos; 3, h). Situaciones del personal estatutario; 3, i) Incompatibilidades. 4. Distribución competencial de los conflictos: jurisdicciones del orden social y contencioso-administrativo. 5. Derechos sindicales.

ANEXO: LEYES CITADAS

A. Preámbulo

De conformidad con los arts. 35, 36 y 38 de la Constitución existe el derecho de practicar la medicina, la que puede desarrollarse dentro de la esfera del régimen público o de la privada. El médico puede ejercer su profesión de forma particular, bien por su cuenta o en un establecimiento privado, o dentro de la sanidad pública. Ambas modalidades están admitidas en nuestro sistema y los arts.

88 y 89 de la Ley General Sanitaria –Ley 14/1986, de 25 de abril– admiten expresamente estas modalidades, al igual que la ley de ordenación de las profesiones sanitarias (Ley 44/2003, de 21 de noviembre) que configura, entre otros aspectos, los deberes de los médicos, e indica en su art. 4 que los profesionales tendrán como guía de su actuación el servicio a la sociedad, el interés y salud del ciudadano a quien se le presta el servicio, el cumplimiento riguroso de las obligaciones deontológicas, determinadas por las propias profesiones conforme a la legislación vigente, y de los criterios de normo-praxis o, en su caso, los usos generales propios de su profesión. Vuelve a indicarnos el art. 5 de esta ley 44/03 que “los profesionales tienen el deber de prestar una atención sanitaria técnica y profesional adecuada a las necesidades de salud de las personas que atienden, de acuerdo con el estado de desarrollo de los conocimientos científicos de cada momento y con los niveles de calidad y seguridad que se establecen en esta ley y el resto de normas legales y deontológicas aplicables”.

Partiendo de estos postulados vamos a desarrollar esta parte centrándonos en dos aspectos, que son: la responsabilidad a la que el facultativo se enfrenta en su profesión, y el régimen jurídico de dependencia en el que desarrolla su actividad. Aquel hace referencia a su vinculación hacia el exterior –ad extra–, con el usuario de sus servicios y la misma sociedad; y este, su relación de dependencia a un empleador público o privado, a su estatus como prestador de servicios para otro sujeto que le retribuye, o para sí mismo.

Creemos relevante el significar que aunque el médico no debe ser un técnico en materias jurídicas, sí que debe tener un conocimiento aproximado de sus derechos y obligaciones, pues sólo partiendo del mismo podrá mantener la debida dignidad en el desarrollo de su trabajo. Es muchas veces el desconocimiento de los contenidos de la relación profesional el causante de situaciones de desamparo o frustración, y, en no menos casos, del nacimiento de responsabilidades que con una actuación oportuna de denuncia sobre las condiciones mínimas del trabajo, se hubieran podido evitar.

B. Responsabilidad profesional en el ejercicio de la actividad del anátomo-patólogo

En el ejercicio de su actividad el patólogo se encuentra sometido a las normas ordinarias de responsabilidad que nacen de la práctica de una profesión cuyo ámbito se lleva a cabo sobre las personas, de aquí que diferenciamos los distintos campos en los que puede manifestarse esta responsabilidad: penal, civil y disciplinaria.

1. Responsabilidad penal

Todo ciudadano se encuentra sometido a las normas de carácter sancionador que el Estado impone, y que en su mayoría son recogidas en el Código Penal, Ley Orgánica 10/95, de 23 de noviembre. Ello supone que como integrante del colectivo social el médico está sometido a la responsabilidad que el derecho penal establece para la regulación de la convivencia, pero con carácter específico por su actividad profesional puede incurrir en distintos tipos delictivos.

1, a) Conceptos básicos: Antes de adentrarnos en estos últimos es conveniente diferenciar distintos planos y conceptos:

- *el dolo y la culpa*. Ambos son castigados por el Código Penal, cuyo art. 5 establece que no hay pena sin dolo o culpa, y señalando el art. 10 que son delitos o faltas las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la ley. El dolo supone el actuar consciente, voluntario y libre del sujeto que quiere con su conducta obtener un resultado dañino, por tanto el individuo desea que su acción sea la que provoca una lesión a un bien jurídicamente protegido. La imprudencia o culpa es una actuación poco diligente, descuidada, que según el grado de falta de previ-

sión que contenga dará lugar a la responsabilidad penal, o estará al margen de esta y se someterá a la disciplina de la responsabilidad civil exclusivamente cuyo grado o entidad es menor. En general el C.P. exige la denominada culpa grave o temeraria que es la que supone la omisión de la atención mínima exigible, la carencia de las elementales normas de cuidado exigibles al sujeto.

- *el delito y la falta*. Según la entidad del daño producido el legislador penal castiga con mayor o menor entidad la acción del sujeto. El grado menor de sanción lo constituye la falta –art. 13 del C.P.–, el superior el delito.
- *la responsabilidad penal y la civil*. De un acto dañino pueden nacer dos tipos de responsabilidades. La penal que supone un castigo para el delincuente e incide sobre su esfera personal, procurándose con el castigo la reparación del perjuicio social que se ha efectuado. Paralelamente a ella puede surgir la civil, con la que se pretende resarcir el daño específico que se ha irrogado al perjudicado del delito o falta, bien en su persona o en sus bienes. Si se condena por responsabilidad penal puede conjuntamente repararse el daño provocado, pero si no existe condena penal la responsabilidad civil debe configurarse y reclamarse por otro tipo de procedimiento distinto al penal, arts. 109 y 116 del C.P.

1, b) Tipificaciones penales: En la actuación de un profesional médico este puede actuar con dolo, de forma que su comportamiento queda sujeto a la responsabilidad propia de su acción. Pero fuera de estos casos, lo normal es que nos enfrentemos a conductas cuya responsabilidad penal se exige por la vía de la imprudencia punible, por cuanto producido un resultado lesivo para la salud, con distintos resultados (muerte, lesión,...), se depuran las responsabilidades de los facultativos intervinientes en los hechos. En la cadena de participantes sanitarios en el suceso puede quedar implicado el patólogo, ya que normalmente la investigación penal tiende a abarcar la totalidad de posibles sujetos responsables, aunque cada uno de ellos será incriminado en distinto concepto según el grado de su participación en los hechos (autor, cómplice...). La responsabilidad última puede quedar definida por la competencia decisoria que haya incumbido al facultativo, con independencia de que pueda provenir el resultado dañino de una falta de diligencia de algún otro sanitario que previamente haya preparado la muestra o técnica.

Para tales supuestos el C.P. ha tipificado los delitos por imprudencia. A diferencia de lo que ocurría en nuestra anterior legislación penal los delitos imprudentes están expresamente tipificados o definidos. Con anterioridad la imprudencia era un concepto que con distintas graduaciones (temeraria, simple con infracción de reglamentos o sin ella), se podía aplicar a cualquier tipo delictivo.

Así, en la actualidad, encontramos delimitados los tipos delictivos que por imprudencia pueden cometerse, y dentro de ellos vamos a señalar aquellos en los que se ha incluido la cualificación en razón a la actividad profesional que se desarrolla. Reproducimos a continuación la descripción del tipo delictivo y, en su caso, la especificación que se hace de la intervención del facultativo:

En la tipificación del homicidio conforme al art. 142 C.P. encontramos en su nº 1 el castigo para el que por imprudencia grave causare la muerte de otro, el que será juzgado como reo de homicidio imprudente, con la pena de prisión de uno a cuatro años, y en el nº 3 se indica: cuando el homicidio fuere cometido **por imprudencia profesional** se impondrá además la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de tres a seis años.

De igual manera dentro del aborto, el art. 146 sanciona al reo por imprudencia grave que ocasionare un aborto, el que será castigado con la pena de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a 10 meses... Cuando el aborto fuere cometido por **imprudencia profesional** se impondrá asimismo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de uno a tres años.

En el campo de las lesiones, y en referencia a los profesionales, encontramos los siguientes tipos delictivos: 1º. El art. 152 C.P. castiga la imprudencia profesional que produzca lesiones en las que además de una primera asistencia requiera tratamiento médico o quirúrgico, la pérdida o inutilidad de miembro principal o de un sentido, la impotencia, la esterilidad, una grave deformidad, o una grave enfermedad somática o psíquica; y el que causare a otro la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro no principal, o la deformidad; 2º. El art. 158 C.P. castiga al profesional que por imprudencia grave, por cualquier medio o procedimiento, causare en un feto una lesión o enfermedad que perjudique gravemente su normal desarrollo, o provoque en el mismo una grave tara física o psíquica.

Las lesiones que no son delito por su entidad son castigadas como falta.

Con carácter expreso el art. 196 del C.P. tipifica como delito de omisión del deber de socorro el del profesional que, estando obligado a ello, denegare asistencia sanitaria o abandonare los servicios sanitarios, cuando de la denegación o abandono se derive riesgo grave para la salud de las personas. Y, a su vez, el art. 197 entre la revelación de secretos castiga al que revelare datos personales de la salud de los archivos o soportes de los que estuviese encargado.

Respecto a la sustitución de parto, el art. 220 en su nº 5, dice: “5. Las sustituciones de un niño por otro que se produjeran en centros sanitarios o socio-sanitarios por imprudencia grave de los responsables de su identificación y custodia, serán castigadas con la pena de prisión de seis meses a un año”.

Puede tener relevancia, aunque sea en mayor medida la relación con la profesión médica como tal y la capacitación general de todo profesional médico, sin tener en cuenta la especialidad de anatómo-patólogo, el catálogo de delitos contra la salud pública en el que se incluye la sanción de diversas conductas, como la expedición o adulteración de sustancias nocivas o peligrosas para la salud (arts 359 y ss. del C.P.). De la misma forma puede ser importante conocer que el art. 397 C.P. castiga al “ facultativo que librare certificado falso, (que), será castigado con la pena de multa de tres a doce meses”; y, que los arts. 459 y 460 C.P. sancionan a los peritos o intérpretes que faltaren a la verdad maliciosamente en su dictamen o traducción, los cuales serán, además, castigados con la pena de inhabilitación especial para su profesión u oficio, empleo o cargo público, por tiempo de seis a doce años; y, se sigue sancionando, cuando el testigo, perito o intérprete, sin faltar sustancialmente a la verdad, la alterare con reticencias, inexactitudes o silenciando hechos o datos relevantes que le fueran conocidos, el que será castigado con la pena de multa de seis a doce meses y, en su caso, de suspensión de empleo o cargo público, profesión u oficio, de seis meses a tres años.

Por último, transcribimos a continuación la tipificación que se efectúa de la manipulación genética: Art. 159 C.P. que dice que serán castigados con la pena de prisión de dos a seis años e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio de siete a diez años los que con finalidad distinta a la eliminación o disminución de taras o enfermedades graves, manipulen genes humanos de manera que se altere el genotipo; y si la alteración del genotipo fuere realizada por imprudencia grave, la pena será de multa de seis a quince meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio de uno a tres años.

1, c) Nociones elementales de procedimiento: La investigación penal se inicia por denuncia particular/pública o de oficio por los órganos judiciales o el Ministerio Fiscal. Comenzado el procedimiento se toma declaración a los inculpados y se preparan todas las pruebas que tienden a la clarificación de los hechos. Posteriormente si existen elementos suficientes se pasa a la fase de juicio oral, en la que se practican las pruebas, y por fin se dictará sentencia que si es condenatoria, además de imponer las penas a los responsables, incluirá un pronunciamiento sobre la reparación de los daños y perjuicios causados.

En todo proceso penal rige la presunción de inocencia y la asistencia jurídica por medio de letrado al presunto culpable. Este no tiene obligación de declarar contra sí mismo, y debe conocer los hechos que se le imputan (art. 24 Constitución Española).

Para toda detención ilegal existe el llamado procedimiento de “habeas corpus”, que se regula en la Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo.

2. Responsabilidad civil

El principio general que rige dentro de nuestro ordenamiento jurídico es que el que causa un daño a otro es responsable del mismo, y se apoya en la máxima de que nadie debe perjudicar a los demás (non laedere). La conducta del causante del perjuicio puede ser constitutiva de infracción penal, supuesto que hemos procurado explicar en el ordinal precedente, en cuyo caso a la sanción penal se añade la reparación del daño causado. Si no hay delito o falta penal, y se ha provocado con la actuación profesional un daño, si este ha sido causado por un incumplimiento contractual o una negligencia nace la llamada responsabilidad civil.

2, a) Nociones básicas: La actividad profesional del médico respecto al paciente puede establecerse en razón a distintas relaciones jurídicas entabladas entre el facultativo y el particular. En un intento simplificador podemos precisar que puede haber una responsabilidad civil que haya nacido de un contrato suscrito entre el paciente y el médico, en cuyo caso estamos ante el denominado arrendamiento de servicio por el que se contrata una actividad, o de obra en el que el objeto del contrato es un resultado específico. Su régimen jurídico se encuentra en los arts. 1542 y siguientes del Código Civil. En tales supuestos la responsabilidad que nace por parte del facultativo es la denominada contractual y su enjuiciamiento proviene de los tribunales civiles –Juzgado de Primera Instancia inicialmente–

Si no existe relación contractual el médico responde ante el paciente por la llamada relación extracontractual prevista en el art. 1902 del Código Civil. Este tipo de relación puede motivarse por la actuación de un facultativo que haya sido contratado por algún servicio público, o por la intervención fuera de una red sanitaria pública, por ejemplo una entidad privada que contrata a un profesional para determinada actividad. Igualmente es la jurisdicción civil la que examina estas reclamaciones.

Por último, la responsabilidad del profesional sanitario puede tener su origen en una reclamación frente al servicio sanitario público, cuando se haya reclamado un anormal funcionamiento del mismo. En este caso la demanda se formula ante la llamada jurisdicción contencioso-administrativa. Se basa en el deber de reparar los daños causados que provoca la Administración por el anormal funcionamiento de sus servicios (art. 106.2 de la Constitución).

2, b) Negligencia profesional: El médico debe actuar en sus cometidos profesionales dentro de la diligencia debida a los conocimientos que le son exigibles así como a la práctica de las técnicas, según los protocolos y formas que son propios de sus cometidos. Ya hemos referido los deberes que la ley impone al personal sanitario. En su ejercicio profesional su conducta debe ajustarse a la *lex artis* de la función que se lleva a cabo.

En lo que atañe al médico, tanto en la responsabilidad contractual como extracontractual, se requiere al reclamante la prueba de que el facultativo ha obrado de manera indiligente (es la obligación de medios o actividad, no de resultado como ocurre por ejemplo en una operación estética). No se le exige al médico el acierto en su actuación, sino que obre según la diligencia o pericia que le es exigible. Para que sea posible apreciar la culpa deben concurrir estos requisitos: 1º, un perjuicio real; 2º, una conducta negligente según los criterios objetivamente acreditados para su actividad; y, 3º, una relación de causalidad entre la conducta y el daño causado. Sólo cuando concurren estos requisitos es

posible apreciar la culpa del médico, debiendo apreciarse una clara y específica conducta determinante del daño, pues una conducta indebida, pero que no haya sido la causante del perjuicio, no queda dentro de la esfera de responsabilidad al no concurrir el elemento de causalidad.

Acreditada la culpa y el daño debe repararse el perjuicio causado. A diferencia de la responsabilidad penal, la civil es siempre asegurable a través de entidades de seguro, conforme a lo previsto en la Ley del Contrato de Seguro de 8 de octubre de 1980, cuyos arts. 73 y ss. regulan la responsabilidad civil. Cuando se haya concertado un seguro hasta la cobertura del riesgo pactado responderá la compañía aseguradora, del resto el asegurado. Es frecuente que los servicios sanitarios concierten estas pólizas. La extensión y límites de la responsabilidad de las entidades aseguradoras lleva consigo una problemática que ha dado lugar a una pluralidad de conflictos judiciales, por lo que nuestro consejo es cerciorarse expresamente de los supuestos cubiertos y los módulos concretos de indemnización pactados en la póliza. Frecuentemente se incluye en la cobertura de seguro la asistencia jurídica, que no puede limitar la posibilidad de elección del asegurado del profesional que desea le defienda.

2, c) Sujeto responsable: El facultativo va a responder del daño causado. Puede hacerlo exclusivamente, cuando su falta de diligencia en el actuar previsible y exigible ha sido acreditada en una relación directa con el perjudicado y el daño; o bien en concurrencia con un centro sanitario para el cual preste servicios. En el ámbito privado la responsabilidad del médico y del centro privado puede estar originada por la responsabilidad que frente a los usuarios y consumidores existe por parte de quienes prestan servicios sanitarios (art. 148 de la ley General de defensa de los Consumidores y Usuarios); o por el mismo contrato suscrito. En ambos casos el importe a indemnizar provendrá del perjuicio causado.

El médico puede estar relacionado con la sanidad pública de distintas maneras, bien porque forma parte de su plantilla, o por algún otro tipo de concierto existente. En este caso su responsabilidad se conjuga con la del Servicio Sanitario Público, confundándose, a los efectos que aquí nos interesan, su conducta con un anormal funcionamiento de la sanidad asistencial pública. Así, cuando en su proceder el médico ha sido contrario a la *lex artis* que le es exigible, el Servicio Sanitario Público correspondiente es responsable por el funcionamiento incorrecto del mismo, y resultará responsable frente al beneficiario por las consecuencias perjudiciales que se le hayan causado. El cauce para obtener la indemnización es el de una reclamación frente a la Administración en la que se puede demandar al facultativo o servicio privado concertado como parte del proceso.

Para el médico integrado en un Servicio Sanitario Público podrá originarse una responsabilidad frente a este, bien disciplinaria o de reparación del daño que se ha debido indemnizar por la Administración. Volveremos sobre aquella al tratar del régimen disciplinario.

3. Responsabilidad disciplinaria

Frente al empleador el facultativo responde de su actuación. Como luego hemos de tratar, el empleador puede ser público o privado, pero cualquiera que sea su naturaleza, así como el sistema o vínculo de relación existente con él, el médico queda sometido a un proceder adecuado al cumplimiento de sus obligaciones en los términos del contrato existente.

Los incumplimientos pueden ser sancionados, con independencia de que se haya producido un resultado perjudicial para terceros, y la petición de resarcimiento que estos puedan pedir a la empresa o servicio sanitario. Pensemos en casos como la desobediencia, la desidia en el trabajo, el trato vejatorio hacia los compañeros, etc...Dependiendo del tipo de relación que exista entre el empresario y el facultativo la acción es calificada y tipificada según sus normas específicas, con un sistema

o procedimiento de sanción diferente (expediente previo, comunicación a los representantes sindicales, carta de sanción o de despido, pérdida de la condición de personal estatutario...).

Esta responsabilidad es ajena a la que puede nacer de una reclamación indemnizatoria por el daño causado, bien por el particular o por el empresario, y de la que es consecuente una posible reparación.

4. Error de diagnóstico y retardo en el informe

Como supuestos habituales de responsabilidad civil del anatómo-patólogo estos dos casos parecen los más frecuentes a los que pudiera enfrentarse el colectivo del que ahora se trata. Para estos profesionales son trasladables la totalidad de las consideraciones precedentes, en el sentido de que en cualesquiera de los ámbitos de responsabilidad de los que se trate (esferas penal, civil o administrativa por funcionamiento anormal de la Administración sanitaria), será la adecuación a la *lex artis* del facultativo el umbral o parámetro de delimitación de su responsabilidad.

No se exige el acierto en el diagnóstico ya que toda actividad humana es susceptible de error –*errare humanum est*– sino que se enjuicia que la actividad desarrollada por el facultativo haya sido la adecuada a las técnicas y métodos exigibles, según los parámetros admitidos en la ciencia médica. En tal sentido, si concurre un error inexplicable/injustificable para lo que es un profesional medio, o es de tal gravedad que excluye cualquier diligencia, nos podremos encontrar ante una responsabilidad de tipo penal. Si lo que ha concurrido es una falta de método o de aseguramiento en la actuación, con separación de una diligencia normalmente exigible, siendo esta omisión la causa de un perjuicio, el ámbito de responsabilidad podrá encuadrarse en la esfera de lo civil, posiblemente atribuible a la acumulación de trabajo, la opacidad de los datos, etc... En este caso, podrá nacer una responsabilidad por la vía del anormal funcionamiento de la Administración o por la relación entre el paciente y el profesional (contrato de arrendamiento de servicios, relación del profesional con una entidad privada...). Habrá otros casos en los que el perjuicio irrogado haya podido estar originado por otros estamentos intervinientes, como puede ocurrir con fallos burocráticos o de gestión, sin que entonces concurra la responsabilidad del médico, que queda exonerado del inadecuado proceder de otros grupos.

En orden al retraso, salvo que este fuese malicioso, caso de posible responsabilidad penal, normalmente dará lugar a la reparación del daño si no ha existido una diligencia ordinaria y media, o previsible. Al facultativo le va a ser exigible entonces que haya jerarquizado sus diagnósticos según la gravedad de la consulta requerida a su profesionalidad. Para estos casos de retardo actúa como un simple factor moderador de la culpa el exceso de trabajo o la complejidad del caso. Es exigible al doctor el priorizar los casos atendiendo a la incidencia de las patologías según la gravedad del diagnóstico en la salud del paciente. Tratándose de un bien jurídicamente protegido y constitucionalmente reconocido como es la salud, se regula el retraso en función de la importancia de la actividad en el proceso de atención al paciente.

C. Régimen de empleo

1. Criterios generales

Vamos a desarrollar a continuación los siguientes aspectos: Diversidad de vinculaciones profesionales; Aproximación a las fuentes de los regímenes: Funcionarial; estatutario; laboral. Con ellos se pretende ofertar una visión general de los distintos vínculos con los que se puede establecer la relación entre el médico y su empleador. En función de la clase de contrato que haya surgido entre ellos, la legislación aplicable varía sirviendo este punto para acercarnos a las normativas básicas aplicables. A ello aludimos con los términos de fuente legal del régimen.

1, a) Tipologías profesionales: El médico puede prestar sus servicios para sí mismo o para otra persona o entidad. En el primer caso decimos que se trata de un trabajador autónomo o por cuenta propia. En el segundo se establece una relación que dependiendo de la figura para quien se preste la actividad, puede tener distintos significados. Si se trata de un empleador privado el vínculo será un contrato de trabajo; y si es una Administración, la relación existente puede ser un contrato laboral, un vínculo funcional o una relación estatutaria.

Para la prestación de servicios a una entidad pública el que la modalidad sea una u otra va a depender del tiempo en que se formalizó la misma, o del sistema organizativo o régimen jurídico de la entidad, que son los que le facultan para llevar a cabo una forma de contratación u otra.

Todo el régimen aplicable al trabajador laboral, al funcionario o al personal estatutario es absolutamente independiente de la necesaria incorporación que deba efectuarse al Colegio Médico, o la colegiación imprescindible para llevar a cabo la actividad médica. En sus derechos y obligaciones con su empleador el contratado se rige por su régimen específico.

Por último, a una misma Administración pueden prestarse servicios en cualquiera de los regímenes expuestos, de manera que para los mismos puestos y simultáneamente pueden coincidir profesionales laborales, funcionarios o estatutarios. Dependerá tal disparidad de los precedentes de la institución y de las distintas opciones que se hayan utilizado por la misma a lo largo del tiempo.

1, b) Aproximación a las fuentes de los regímenes: laboral; funcional; estatutario:

- Régimen laboral: Si se ha concertado un contrato de trabajo la normativa que se aplica es la que proviene del Estatuto de los Trabajadores (Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 Marzo), y de los Convenios Colectivos o Pactos aplicables. Si el contratado laboral es para una Administración, le será aplicable en aquello que pudiera serle más favorable el Estatuto del empleado público (Ley 7/07, de 12 de Abril).
- Régimen funcional: Tiene este carácter todo empleado que haya ingresado en la Administración por este régimen. En la actualidad su normativa está contenida dentro de la Ley 7/07, de 12 de Abril que contiene varios preceptos de carácter básico, aplicables en el territorio nacional para todos los funcionarios. A esta ley se une la normativa que cada Comunidad Autónoma haya dictado para sus funcionarios, teniendo en cuenta las especialidades que rigen para Navarra y País Vasco por su propio régimen sobre los mismos, en cuanto tienen atribuidas mayores competencias que el resto de Comunidades. Para determinar la normativa aplicable para cada facultativo debe acudir, por tanto, a esta Ley 7/07, y en su caso a la de la Comunidad Autónoma donde este presta sus servicios. En último término, también, se aplica todo aquello que no contraría a lo anterior y que se contiene en el Estatuto Marco del personal estatutario de los Servicios de Salud. Por ejemplo, para la Comunidad de Castilla y León el régimen jurídico/legal es la Ley 7/05, de 24 de Mayo de la Función Pública y la dicha Ley 7/07, de 12 de Abril, preferentemente, y el Estatuto Marco (Ley 55/03), en último lugar.
- Régimen estatutario: Es el que rige para el personal sanitario que ingresa con tal carácter, y se encuentra regulado en la Ley 55/03, de 16 de diciembre, que continua la tradición de los antiguos estatutos de los empleados sanitarios, y en concreto del Estatuto del personal médico de la Seguridad Social (Decreto 3160/1966, de 23 de diciembre). Este colectivo es un personal funcional especial, por lo que también queda afectado en lo que pudiera serle aplicable por la Ley 7/07. Esta normativa rige para todo el territorio nacional.

La determinación jurídica del régimen que rige para cada facultativo viene establecida por la convocatoria de ingreso, el nombramiento que se le haya efectuado, o el contrato que se haya suscrito para el acceso a la plaza. Habrá que concretar el cauce de incorporación caso por caso para poder establecer la normativa que le es aplicable al sujeto.

2. Situación jurídica de los profesionales autónomos que prestan servicios en entidades privadas: criterios judiciales sobre su vínculo civil o laboral.

2, a) Concepto de Profesional Autónomo: Junto a las situaciones descritas en el ordinal anterior que se caracterizan porque el facultativo realiza los servicios con el fin de que su empleador o empresario aproveche su trabajo, adquiriéndolo, el trabajador por cuenta propia es aquel que hace suya la actividad, con su particular sistema de organización y dependencia. El autónomo su actividad la enajena o vende por un precio cierto, facturando su trabajo a un tercero, al que se lo transmite y son de su misma cuenta y riesgo los avatares de la transacción, así como los gastos de aseguramiento y cobertura de la asistencia de Seguridad Social; esta última mediante la cotización al régimen aseguratorio de la Seguridad Social de Trabajadores Autónomos.

El carácter de autónomo puede ser para la totalidad de la actividad, o bien en compatibilidad con un empleo público o privado. De igual manera su tipología se diversifica para la atención directa del paciente, o bien para realizar el servicio por medio de otra entidad sanitaria que lo ha contratado.

2, b) Delimitación del régimen jurídico aplicable al profesional autónomo: En la actualidad la normativa básica aplicable a este colectivo es la Ley 20/07, de 11 de Julio, que regula el Estatuto del Trabajador Autónomo y que a la fecha del presente comentario se encuentra sin desarrollar reglamentariamente. Esta norma establece los derechos y deberes del que actúa bajo este régimen, dotándole de una mayor seguridad en orden a las contrataciones que efectúa con los particulares o empresas.

En esta misma Ley se ha previsto la figura del Trabajador Autónomo Económicamente Dependiente (TRADE), que es el que realiza una actividad económica o profesional a título lucrativo y de forma habitual, personal, directa y predominantemente para una persona física o jurídica, de la que depende económicamente por percibir de ella, al menos el 75% de sus ingresos por rendimiento del trabajo y de actividades económicas dependientes. El TRADE es el profesional que lleva a cabo su actividad con casi práctica exclusividad para un sólo cliente, y se le exige no tener trabajadores que dependan de él, no hacer su actividad de forma indiferenciada con los trabajadores de su cliente, gozar de infraestructura propia y prestar la actividad con su propio sistema organizativo. La Ley –arts. 11 a 18– ha configurado el régimen aplicable a estos trabajadores, así como sus derechos y deberes respecto al cliente.

El trabajador autónomo resuelve sus conflictos con los clientes por la vía de los Juzgados civiles mientras que el TRADE lo hace por el cauce de los Juzgados de lo Social.

2, c) Criterios judiciales sobre el vínculo civil o laboral: Es frecuente que el profesional médico preste servicios a tiempo completo o parcial para alguna entidad sanitaria, pública o privada, en la sede de la institución, con el material de la entidad y con un sistema de vinculación a los pacientes y gestión propia del centro asistencial. En estos casos se plantea la dificultad de delimitar la verdadera naturaleza de la relación que existe entre el profesional y la entidad. Según las verdaderas condiciones en que se prestan los servicios del profesional podemos encontrarnos ante un trabajador autónomo, o bien ante una relación laboral. La específica contratación que se haya suscrito no determina la realidad existente, debiéndose acudir a la real y cierta prestación de los servicios, que es la que prevalece frente a cualquier contrato que se haya suscrito entre las partes.

De la doctrina del Tribunal Supremo al examinar esta problemática podemos decir que la característica definitoria del contrato de trabajo frente al arrendamiento de servicios es que en aquel se presta un servicio por precio cierto, con las notas de ajeneidad y dependencia. Estas notas se deducen del conjunto de circunstancias concurrentes, como son la asistencia al centro de trabajo del empleador, el desempeño personal del trabajo, la inserción del trabajador en la organización productiva de la empresa, que es la que se encarga de programar la actividad laboral y la ausencia de organización empresarial propia por parte trabajador/médico. Son otras notas que demuestran la actividad laboral:

el control de las relaciones con el público por parte de la empresa, la fijación de las tarifas y precios, la selección de la clientela, la indicación de las personas a atender, el carácter fijo o periódico de las retribuciones, su cálculo y fijación, en proporción con la actividad prestada, sin el riesgo y el lucro que caracterizan a la actividad empresarial o al ejercicio de las profesiones liberales.

Frente a la relación laboral son indicios contrarios a ella la percepción de honorarios por actuaciones o servicios fijados de acuerdo con las indicaciones corporativas de los Colegios profesionales, y, por fin, la percepción de iguales.

Cuando predomina la actividad liberal estamos ante una relación de tipo civil, si es la hegemónica la actividad dentro del marco de organización y dirección de otra persona o entidad, el régimen será laboral. Cuando acordada una relación civil, se estima que la misma es laboral, debe de acudir a la jurisdicción social –Juzgado de lo Social– para que esta la declare de tal naturaleza, regularizándose desde entonces el régimen de seguridad social, salarial y de cotizaciones. En este caso el médico quedará encuadrado dentro del régimen General de Seguridad Social

3. Norma básica: Estatuto del personal sanitario, la Ley 55/2003; rasgos generales.

Hemos precisado el régimen normativo del personal estatutario y analizamos en este epígrafe la Ley 55/03 donde se recoge el Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud. Su carácter de normativa básica y la sustitución que respecto a los médicos supone del antiguo estatuto (Decreto 3160/01966, de 23 diciembre) le dotan de especial importancia para definir los derechos y obligaciones de estos. De aquí que esta ley es aplicable al personal estatutario que desempeña su función en los centros e instituciones sanitarias de los servicios de salud de las Comunidades Autónomas, o en los centros y servicios sanitarios de la Administración General del Estado –art. 2,1–, y comprende a todos los estamentos sanitarios, refiriéndose tanto al personal fijo y como al temporal.

Este personal temporal puede ser de interinidad, de carácter eventual o de sustitución.

3, a) Tipos de relaciones: Fijos y temporales.

Es personal estatutario fijo el que, una vez superado el correspondiente proceso selectivo, obtiene un nombramiento para el desempeño con carácter permanente de las funciones que de tal nombramiento se deriven –art. 8–.

Refiriéndonos al personal temporal se diferencian los tipos indicados, y así según el art. 9 estos son: la interinidad, el personal eventual y el sustituto. Los supuestos dichos la ley los regula de esta forma: a) el nombramiento de carácter interino se expedirá para el desempeño de una plaza vacante de los centros o servicios de salud, cuando sea necesario atender las correspondientes funciones. Se acordará el cese del personal estatutario interino cuando se incorpore personal fijo, por el procedimiento legal o reglamentariamente establecido, a la plaza que desempeñe, así como cuando dicha plaza resulte amortizada; b) el nombramiento de carácter eventual se expedirá en los siguientes supuestos: 1b) Cuando se trate de la prestación de servicios determinados de naturaleza temporal, coyuntural o extraordinaria; 2b) Cuando sea necesario para garantizar el funcionamiento permanente y continuado de los centros sanitarios; 3b) Para la prestación de servicios complementarios de una reducción de jornada ordinaria. Se acordará el cese del personal estatutario 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.

Es importante tener en cuenta que 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;

c) el nombramiento de sustitución se expedirá cuando resulte necesario atender las funciones de personal fijo o temporal, durante los períodos de vacaciones, permisos y demás ausencias de carácter temporal que comporten la reserva de la plaza. Se acordará el cese del personal estatutario sustituto cuando se reincorpore la persona a la que sustituya, así como cuando ésta pierda su derecho a la reincorporación a la misma plaza o función.

Es una tendencia de nuestro ordenamiento el que se procure la máxima equiparación del régimen del personal fijo y temporal, por ello indica la Ley que examinamos que al personal estatutario temporal le será aplicable, en cuanto sea adecuado a la naturaleza de su condición, el régimen general del personal estatutario fijo.

3, b) Adquisición y pérdida de la condición de personal estatutario fijo: Íntimamente relacionado con el anterior punto está la adquisición, pérdida y recuperación de la condición de empleado sanitario, a estos supuestos se refiere el Capítulo V de la Ley, arts. 20 a 28. Los supuestos de extinción de la cualidad de personal estatutario temporal los hemos incluido al definir los diferentes tipos de su modalidad, por lo que ahora ya no nos referiremos a ellos.

La condición de personal estatutario fijo se adquiere por el cumplimiento sucesivo de los siguientes requisitos: a) Superación de las pruebas de selección; b) Nombramiento conferido por el órgano competente; y, c) Incorporación, previo cumplimiento de los requisitos formales en cada caso establecidos, a una plaza del servicio, institución o centro que corresponda en el plazo determinado en la convocatoria.

La pérdida de la condición de personal estatutario fijo se produce por la concurrencia de estas causas: a) La renuncia; b) La pérdida de la nacionalidad tomada en consideración para el nombramiento; c) La sanción disciplinaria firme de separación del servicio; d) La pena principal o accesoria de inhabilitación absoluta y, en su caso, la especial para empleo o cargo público o para el ejercicio de la correspondiente profesión; e) La jubilación; y, f) La incapacidad permanente, en los términos previstos en esta misma ley.

Respecto a la pérdida por la imposición y cumplimiento de una pena por delito obligadamente hemos de tener presente cuanto ya se ha expuesto sobre esta materia al aludir a la responsabilidad penal. A parte de ello vamos a destacar por su mayor incidencia la causa de jubilación.

Esta puede ser forzosa o voluntaria. El régimen legal es este: a) La jubilación forzosa se declara al cumplir el interesado la edad de 65 años, no obstante, este puede solicitar voluntariamente prolongar su permanencia en el servicio activo hasta cumplir, como máximo, los 70 años de edad, siempre que quede acreditado que reúne la capacidad funcional necesaria para ejercer la profesión o desarrollar las actividades correspondientes a su nombramiento. Esta prolongación debe ser autorizada por el servicio de salud correspondiente, en función de las necesidades de la organización articuladas en el marco de los planes de ordenación de recursos humanos; b) La jubilación voluntaria, total o parcial, del personal estatutario puede ser solicitada cuando se reúnen los requisitos establecidos en la legislación de Seguridad Social para acceder a la misma.

Siguiendo con el criterio que informa la relación de trabajo, y el sistema asistencial de Seguridad Social, siempre se procura que el beneficiario pueda acceder a las prestaciones que cubren el riesgo de vejez, y por ello procederá la prórroga en el servicio activo, a instancia del interesado, cuando, en el momento de cumplir la edad de jubilación forzosa, le resten seis años o menos de cotización para causar pensión de jubilación. Esta prórroga no podrá prolongarse más allá del día en el que el interesado complete el tiempo de cotización necesario para causar pensión de jubilación, sea cual sea el importe de la misma, y su concesión –de la prórroga– estará supeditada a que quede acreditado que el facultativo reúne la capacidad funcional necesaria para ejercer la profesión o desarrollar las actividades correspondientes a su nombramiento.

Para los casos de pérdida de la condición de personal estatutario por privación de la nacionalidad e incapacidad, el art. 28 ha previsto la posible recuperación de aquella y de la capacidad profesional.

3, c) Derechos y deberes: A ellos se refiere el Capítulo IV de la Ley 55/2003, arts. 17 a 19.

En los derechos se diferencian los individuales, que son los que se ejercitan a título particular, y los colectivos, que responden a una actuación grupal por los medios de representación global. En este punto nos referimos a los primeros, y son los derechos: a) A la estabilidad en el empleo y al ejercicio o desempeño efectivo de la profesión o funciones que correspondan a su nombramiento; b) A la percepción puntual de las retribuciones e indemnizaciones por razón del servicio en cada caso establecidas; c) A la formación continuada adecuada a la función desempeñada y al reconocimiento de su cualificación profesional en relación a dichas funciones; d) A recibir protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo, así como sobre riesgos generales en el centro sanitario o derivados del trabajo habitual, y a la información y formación específica en esta materia conforme a lo dispuesto en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales; e) A la movilidad voluntaria, promoción interna y desarrollo profesional, en la forma en que prevean las disposiciones en cada caso aplicables; f) A que sea respetada su dignidad e intimidad personal en el trabajo y a ser tratado con corrección, consideración y respeto por sus jefes y superiores, sus compañeros y sus subordinados; g) Al descanso necesario, mediante la limitación de la jornada, las vacaciones periódicas retribuidas y permisos en los términos que se establezcan; h) A recibir asistencia y protección de las Administraciones públicas y servicios de salud en el ejercicio de su profesión o en el desempeño de sus funciones; i) Al encuadramiento en el Régimen General de la Seguridad Social, con los derechos y obligaciones que de ello se derivan; j) A ser informado de las funciones, tareas, cometidos, programación funcional y objetivos asignados a su unidad, centro o institución, y de los sistemas establecidos para la evaluación del cumplimiento de los mismos; k) A la no discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión, orientación sexual o cualquier otra condición o circunstancia personal o social; l) A la jubilación en los términos y condiciones establecidas en las normas en cada caso aplicables; y, m) A la acción social en los términos y ámbitos subjetivos que se determinen en las normas, acuerdos o convenios aplicables.

El elenco de deberes está previsto en el art. 19 y estos son: a) Respetar la Constitución, el Estatuto de Autonomía correspondiente y el resto del ordenamiento jurídico; b) Ejercer la profesión o desarrollar el conjunto de las funciones que correspondan a su nombramiento, plaza o puesto de trabajo con lealtad, eficacia y con observancia de los principios técnicos, científicos, éticos y deontológicos que sean aplicables; c) Mantener debidamente actualizados los conocimientos y aptitudes necesarios para el correcto ejercicio de la profesión o para el desarrollo de las funciones que correspondan a su nombramiento, a cuyo fin los centros sanitarios facilitarán el desarrollo de actividades de formación continuada; d) Cumplir con diligencia las instrucciones recibidas de sus superiores jerárquicos en relación con las funciones propias de su nombramiento, y colaborar leal y activamente en el trabajo en equipo; e) Participar y colaborar eficazmente, en el nivel que corresponda en función de su categoría profesional, en la fijación y consecución de los objetivos cuantitativos y cualitativos asignados a la institución, centro o unidad en la que preste servicios; f) Prestar colaboración profesional cuando así sea requerido por las autoridades como consecuencia de la adopción de medidas especiales por razones de urgencia o necesidad; g) Cumplir el régimen de horarios y jornada, atendiendo a la cobertura de las jornadas complementarias que se hayan establecido para garantizar de forma permanente el funcionamiento de las instituciones, centros y servicios; h) Informar debidamente, de acuerdo con las normas y procedimientos aplicables en cada caso y dentro del ámbito de sus competencias, a los usuarios y pacientes sobre su proceso asistencial y sobre los servicios disponibles; i) Respetar la dignidad e intimidad personal de los usuarios de los servicios de salud, su libre disposición en las decisiones que le conciernen y el resto de los derechos que les reconocen las

disposiciones aplicables, así como a no realizar discriminación alguna por motivos de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra circunstancia personal o social, incluyendo la condición en virtud de la cual los usuarios de los centros e instituciones sanitarias accedan a los mismos; j) Mantener la debida reserva y confidencialidad de la información y documentación relativa a los centros sanitarios y a los usuarios obtenida, o a la que tenga acceso, en el ejercicio de sus funciones; k) Utilizar los medios, instrumental e instalaciones de los servicios de salud en beneficio del paciente, con criterios de eficiencia, y evitar su uso ilegítimo en beneficio propio o de terceras personas; l) Cumplimentar los registros, informes y demás documentación clínica o administrativa establecidos en la correspondiente institución, centro o servicio de salud; m) Cumplir las normas relativas a la seguridad y salud en el trabajo, así como las disposiciones adoptadas en el centro sanitario en relación con esta materia; n) Cumplir el régimen sobre incompatibilidades; y, ñ) Ser identificados por su nombre y categoría profesional por los usuarios del Sistema Nacional de Salud.

3, d) Faltas y sanciones: En correspondencia con los deberes del profesional médico se encuentran correlativamente las posibles infracciones en las que puede incurrir el mismo en el desarrollo de su actividad. Siguiendo una tradición de las regulaciones profesionales, las faltas disciplinarias son clasificadas en leves, graves y muy graves. Según el tipo de falta que se cometa se impone una determinada sanción, prevista en la Ley. Por estas últimas faltas, las muy graves, las sanciones susceptibles de imponerse oscilan desde la separación del servicio hasta la suspensión de funciones de seis a dos años, pasando por el traslado forzoso con cambio de localidad.

Por la especial trascendencia de la sanción que puede recaer, como es la pérdida de la condición de personal estatutario, con resolución de la relación existente, pasamos a enumerar las conductas que pueden ser susceptibles de constituir una falta muy grave, y que son:

- a) El incumplimiento del deber de respeto a la Constitución o al respectivo Estatuto de Autonomía en el ejercicio de sus funciones.
- b) Toda actuación que suponga discriminación por razones ideológicas, morales, políticas, sindicales, de raza, lengua, género, religión o circunstancias económicas, personales o sociales, tanto del personal como de los usuarios, o por la condición en virtud de la cual éstos accedan a los servicios de las instituciones o centros sanitarios.
- c) El quebranto de la debida reserva respecto a datos relativos al centro o institución o a la intimidad personal de los usuarios y a la información relacionada con su proceso y estancia en las instituciones o centros sanitarios.
- d) El abandono del servicio.
- e) La falta de asistencia durante más de cinco días continuados o la acumulación de siete faltas en dos meses sin autorización ni causa justificada.
- f) El notorio incumplimiento de sus funciones o de las normas reguladoras del funcionamiento de los servicios.
- g) La desobediencia notoria y manifiesta a las órdenes o instrucciones de un superior directo, mediato o inmediato, emitidas por éste en el ejercicio de sus funciones, salvo que constituyan una infracción manifiesta y clara y terminante de un precepto de una ley o de otra disposición de carácter general.
- h) La notoria falta de rendimiento que comporte inhibición en el cumplimiento de sus funciones.
- i) La negativa a participar activamente en las medidas especiales adoptadas por las Administraciones públicas o servicios de salud cuando así lo exijan razones sanitarias de urgencia o necesidad.
- j) El incumplimiento de la obligación de atender los servicios esenciales establecidos en caso de huelga.

- k) La realización de actuaciones manifiestamente ilegales en el desempeño de sus funciones, cuando causen perjuicio grave a la Administración, a las instituciones y centros sanitarios o a los ciudadanos.
- l) El incumplimiento de las normas sobre incompatibilidades, cuando suponga el mantenimiento de una situación de incompatibilidad.
- m) La prevalencia de la condición de personal estatutario para obtener un beneficio indebido para sí o para terceros, y especialmente la exigencia o aceptación de compensación por quienes provean de servicios o materiales a los centros o instituciones.
- n) Los actos dirigidos a impedir o coartar el libre ejercicio de los derechos fundamentales, las libertades públicas y los derechos sindicales.
- ñ) La realización de actos encaminados a coartar el libre ejercicio del derecho de huelga o a impedir el adecuado funcionamiento de los servicios esenciales durante la misma.
- o) La grave agresión a cualquier persona con la que se relacionen en el ejercicio de sus funciones.
- p) El acoso sexual, cuando suponga agresión o chantaje.
- q) La exigencia de cualquier tipo de compensación por los servicios prestados a los usuarios de los servicios de salud.
- r) La utilización de los locales, instalaciones o equipamiento de las instituciones, centros o servicios de salud para la realización de actividades o funciones ajenas a dichos servicios.
- s) La inducción directa, a otro u otros, a la comisión de una falta muy grave, así como la cooperación con un acto sin el cual una falta muy grave no se habría cometido.
- t) El exceso arbitrario en el uso de autoridad que cause perjuicio grave al personal subordinado o al servicio.
- u) La negativa expresa a hacer uso de los medios de protección disponibles y seguir las recomendaciones establecidas para la prevención de riesgos laborales, así como la negligencia en el cumplimiento de las disposiciones sobre seguridad y salud en el trabajo por parte de quien tuviera la responsabilidad de hacerlas cumplir o de establecer los medios adecuados de protección.

Las garantías de protección que todo ciudadano tiene ante la materia sancionadora implican una serie de medidas que afectan al proceso que se tramita al efecto, y por ello se exige para la imposición de la sanción la instrucción de un expediente/procedimiento específico, salvo para la falta leve en la que sólo se requiere la audiencia del inculpado. Para el resto de faltas graves y muy graves es necesario la instrucción de un expediente y, para todas las faltas, en su tramitación se establecen los siguientes derechos: a) A la presunción de inocencia; b) A ser notificado del nombramiento de instructor y, en su caso, secretario, así como a recusar a los mismos; c) A ser notificado de los hechos imputados, de la infracción que constituyan y de las sanciones que, en su caso, puedan imponerse, así como de la resolución sancionadora; d) A formular alegaciones en cualquier fase del procedimiento; e) A proponer cuantas pruebas sean adecuadas para la determinación de los hechos; f) A ser asesorado y asistido por los representantes sindicales; y, g) A actuar asistido de letrado.

Por último, tengamos en cuenta que se pueden imponer una serie de medidas provisionales entre las que destaca la suspensión provisional de funciones del interesado, el que tiene derecho a percibir en esta situación las percepciones básicas.

Los recursos que se plantean ante las resoluciones sancionadoras de la autoridad sanitaria son recurribles ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

3, e) Retribuciones: Se estructuran en dos partidas: básicas y complementarias. Estas tienden a incentivar la actividad y calidad del servicio, la motivación personal y la consecución y dedicación a los objetivos profesionales planificados.

Recordemos, ahora, que entre los derechos que se han enumerado anteriormente se encuentra el de ser informado el facultativo de las funciones, tareas, cometidos, programación funcional y objetivos asignados a su unidad, centro o institución, y de los sistemas establecidos para la evaluación del cumplimiento de los mismos. La exigencia del cumplimiento de este derecho va a ser un *prius* imprescindible para poder tener conocimiento de los presupuestos del devengo de algunas de las partidas retributivas. Es importante reclamar la publicidad de los contenidos de este derecho para el control del ajuste de la Administración sanitaria a sus obligaciones de pago de emolumentos; y para ejercitar las oportunas vías de reclamación en caso de incumplimiento.

Vamos a analizar cada grupo de las partidas indicados.

- a) Retribuciones básicas son: 1º) El sueldo asignado a cada categoría en función del título exigido para su desempeño; 2º) Los trienios, que consisten en una cantidad determinada, por cada tres años de servicios, y la cuantía de cada trienio será la establecida para la categoría a la que pertenezca el interesado el día en que se perfeccionó; y, 3º) Las pagas extraordinarias que serán dos al año y se devengarán preferentemente en los meses de junio y diciembre. Su importe será, como mínimo, de una mensualidad del sueldo y trienios, al que se añadirá la catorceava parte del importe anual del complemento de destino.
- b) Retribuciones complementarias: 1º) Complemento de destino correspondiente al nivel del puesto que se desempeña; 2º) Complemento específico, destinado a retribuir las condiciones particulares de algunos puestos en atención a su especial dificultad técnica, dedicación, responsabilidad, incompatibilidad, peligrosidad o penosidad; 3º) Complemento de productividad, destinado a retribuir el especial rendimiento, el interés o la iniciativa del titular del puesto, así como su participación en programas o actuaciones concretas y la contribución del personal a la consecución de los objetivos programados, previa evaluación de los resultados conseguidos; 4º) Complemento de atención continuada, destinado a remunerar al personal para atender a los usuarios de los servicios sanitarios de manera permanente y continuada; y, 5º) Complemento de carrera, destinado a retribuir el grado alcanzado en la carrera profesional cuando tal sistema de desarrollo profesional se haya implantado en la correspondiente categoría.

El personal temporal tiene derecho a percibir iguales retribuciones que el fijo, y el de prácticas recibe como mínimo las retribuciones básicas.

3, f) Jornadas de trabajo: Partiendo del régimen de jornada ordinaria que es la que resulta procedente según los acuerdos o pactos que rijan en cada centro de trabajo, en el Capítulo X de la Ley 55/2003, arts. 46 a 61, se recogen una serie de disposiciones de las que es importante destacar que es tiempo de trabajo el período en el que el personal permanece en el centro sanitario, a disposición del mismo y en ejercicio efectivo de su actividad y funciones. A estos efectos su cómputo se realizará de modo que tanto al comienzo como al final de cada jornada el personal se encuentre en su puesto de trabajo y en el ejercicio de su actividad y funciones. Se considerará, asimismo, tiempo de trabajo los servicios prestados fuera del centro sanitario, siempre que se produzcan como consecuencia del modelo de organización asistencial o se deriven de la programación funcional del centro.

Desde esta premisa es tiempo de localización el período de tiempo en el que el personal se encuentra en situación de disponibilidad que haga posible su localización y presencia inmediata para la prestación de un trabajo o servicios efectivos, cuando fuera llamado para atender las necesidades asistenciales que eventualmente se puedan producir. Y es tiempo de descanso el que no sea de trabajo efectivo.

Junto a la jornada ordinaria se regula la complementaria, que comprende entre otras las antiguas situaciones de guardias y se permite en los servicios de atención continuada en los que se precise para asegurar la atención permanente de los usuarios de la sanidad. Es importante reseñar que la duración máxima conjunta de los tiempos de trabajo correspondientes a la jornada complementaria y a la jornada ordinaria debe ser de 48 horas semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo semestral, salvo que mediante acuerdo, pacto o convenio colectivo se establezca otro cómputo, y que no serán tomados en consideración para la indicada duración máxima los períodos de localización, salvo que el interesado sea requerido para la prestación de un trabajo o servicio efectivo, caso en que se computará como jornada tanto la duración del trabajo desarrollado como los tiempos de desplazamiento.

La jornada complementaria no tendrá en ningún caso la condición ni el tratamiento establecido para las horas extraordinarias, por lo que no estará afectada por las limitaciones que respecto a la realización de horas extraordinarias se estable en la legislación vigente, y su compensación o retribución específica se determinará independientemente dentro de las normas, pactos o acuerdos que, en cada caso, resulten de aplicación.

En cuanto a las jornadas especiales a ellas se refiere el art. 49 de la Ley, indicando que cuando las previsiones de la jornada complementaria no fueran suficientes para garantizar la adecuada atención continuada y permanente, y siempre que existan razones organizativas o asistenciales que así lo justifiquen, previa oferta expresa del centro sanitario, podrá superarse la duración máxima conjunta de la jornada ordinaria y la jornada complementaria cuando el personal manifieste, por escrito, individualizada y libremente, su consentimiento en ello.

3, g) Descansos: Vamos a diferenciar el diario que es aquel en el que el tiempo de trabajo no puede exceder de 12 horas, siendo el mínimo de descanso diario de 12 horas entre el fin de una jornada y el comienzo de la siguiente; y, el descanso semanal que comprende una duración media de descanso ininterrumpido de 24 horas semanales.

Junto a estos descansos el art. 53 regula las vacaciones anuales cuya duración es de un mínimo de 30 días naturales, que no son sustituibles por una prestación económica, salvo en caso de cese anticipado.

3, h). Situaciones del personal estatutario: Se refiere a las diversas modalidades en que se puede encontrar el personal estatutario, y son las recogidas en el art. 62 de la Ley 55/2003, que distingue las siguientes: a) Servicio activo; b) Servicios especiales; c) Servicios bajo otro régimen jurídico; d) Excedencia por servicios en el sector público; e) Excedencia voluntaria; y, f) Suspensión de funciones.

Nos vamos a detener en la excedencia voluntaria, que es la que se declara de oficio o a petición del interesado teniendo en cuenta estas reglas:

- a) Podrá concederse la excedencia voluntaria al personal estatutario cuando lo solicite por interés particular. Para obtener el pase a esta situación será preciso haber prestado servicios efectivos en cualquiera de las Administraciones públicas durante los cinco años inmediatamente anteriores.

La concesión de la excedencia voluntaria por interés particular quedará subordinada a las necesidades del servicio, debiendo motivarse, en su caso, su denegación, y no podrá concederse la excedencia voluntaria por interés particular a quien esté sometido a un expediente disciplinario;

- b) Se concederá la excedencia voluntaria por agrupación familiar al personal estatutario que así lo solicite y cuyo cónyuge resida en otra localidad fuera del ámbito del nombramiento del inte-

resado, por haber obtenido y estar desempeñando plaza con carácter fijo como personal del Sistema Nacional de Salud, como funcionario de carrera o personal laboral de cualquier Administración pública; y,

- c) Procederá declarar de oficio en excedencia voluntaria al personal estatutario cuando, finalizada la causa que determinó el pase a una situación distinta a la de activo, incumplan la obligación de solicitar el reingreso al servicio activo en el plazo que se determine en cada servicio de salud.

Para los casos primero y tercero el período mínimo de prestación de servicios previos es de dos años, y en ningún supuesto se devengarán retribuciones, ni es computable el tiempo que se permanezca en tal situación a efectos de carrera profesional o de los trienios.

3, i) Incompatibilidades: Resulta de aplicación al personal estatutario el régimen de incompatibilidades, incluidas las actividades docentes, establecido con carácter general para los funcionarios públicos.

Pero en el ámbito de cada servicio de salud se establecerán las disposiciones oportunas para posibilitar la renuncia al complemento específico por parte del personal licenciado sanitario. A estos efectos, los servicios de salud regularán los supuestos, requisitos, efectos y procedimientos para dicha solicitud.

Queda al margen el disfrute de becas y ayudas de ampliación de estudios concedidas en régimen de concurrencia competitiva al amparo de programas oficiales de formación y perfeccionamiento del personal, que serán compatibles siempre que para participar en tales acciones se requiera la previa propuesta favorable del servicio de salud en el que se esté destinado y que las bases de la convocatoria no establezcan lo contrario.

Por último, la percepción de pensión de jubilación por un régimen público de Seguridad Social será compatible con la situación del personal emérito sin que las retribuciones de este personal, sumadas a su pensión de jubilación, puedan superar las retribuciones que el interesado percibía antes de su jubilación, consideradas, todas ellas, en cómputo anual. Y, la percepción de pensión de jubilación parcial será compatible con las retribuciones derivadas de una actividad a tiempo parcial.

Esta previsión final está en concordancia con las normas de acceso a la jubilación anticipada parcial, en la que el operario continua prestando parte de su actividad, y disfrutando de otro porcentaje de exención en el trabajo, aunque la norma tiene difícil cabida ante la actual falta de previsión legal en la Ley 55/2003 de la concertación de un contrato de relevo, exigible para el acceso a la jubilación parcial.

4. Distribución competencial de los conflictos: jurisdicciones del orden social y contencioso-administrativo

En este epígrafe pretendemos dar noticia de los órganos judiciales que enjuician los conflictos que pueden surgir en las relaciones del facultativo médico. Ya hemos explicado al abordar las materias y ámbitos de la responsabilidad, que son diferentes los cauces de los juzgados y tribunales encargados de resolver las distintas controversias que pueden surgir por la naturaleza de cada responsabilidad exigible (civil, penal, disciplinaria...). Ahora nos acercamos a las contiendas que se pueden producir por la actividad profesional del médico con su empleador público o privado.

Si existe un contrato de trabajo es el Juzgado de lo Social el competente para su análisis. La tramitación será por el procedimiento laboral que se regula en la Ley de Procedimiento Laboral –Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril–. Si se recurre la sentencia que se dicte por el Juzgado se

tramita el recurso de suplicación ante la Sala del Tribunal Superior de Justicia de la respectiva Comunidad Autónoma. Aunque no se requiere la asistencia de letrado, se puede estar representado y asistido por medio de un sindicato.

Cuando concurre una vinculación de arrendamiento de servicios, los derechos y deberes que nacen de este contrato se ventilan en los Juzgados de Primera Instancia, por medio del juicio ordinario, normalmente, siendo su legislación la Ley de Enjuiciamiento Civil, 1/2000 de 7 de enero, y sus sentencias son recurribles ante la Audiencia de la provincia, por medio del recurso de apelación. Es necesario acudir con letrado, salvo que se trate de un juicio verbal.

Si el vínculo con la institución sanitaria es funcional o estatutario son los Juzgados de lo contencioso-administrativo, siendo su procedimiento el denominado abreviado de la Ley 29/1998, de 13 de julio, que en algunos casos es susceptible de recurso de apelación ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma donde se integra el Juzgado. Puede defenderse el mismo facultativo, salvo específicos supuestos.

Hasta hace relativamente poco tiempo el personal estatutario era enjuiciado en sus reclamaciones por los Juzgados de lo Social, pero en la actualidad, por las reformas acontecidas en la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa, ha derivado la competencia a esta jurisdicción. Así lo viene reiterando el Tribunal Supremo (sentencias de 16-12-2005, rc 39/04, 11-4-2006, rc 102/05, y 21-12-2006, rc 3999/05).

5. Derechos sindicales

Nuestra Constitución en el art. 7 recoge la libertad de sindicación. Esta significa que toda persona puede constituir un sindicato, con principios democráticos, pertenecer/afiliarse a un sindicato y llevar a cabo la actividad sindical (sentencias del Tribunal Constitucional 18-10-2004, 175/04, y 2-11-2004, 188/04).

Los sindicatos son regulados en la Ley Orgánica de Libertad Sindical 11/85.

Si se trata de un contrato de trabajo los derechos sindicales del operario serán los específicos del Estatuto de los Trabajadores, para el funcionario es la Ley 7/07, de 12 de abril, y para el personal estatutario la Ley 55/2003.

Es importante destacar que todo facultativo puede integrarse en cualquier sindicato de los existentes, y que su afiliación es absoluta y totalmente independiente de su colegiación e integración en el Colegio correspondiente. Es libre y voluntaria su afiliación, quedando protegido en su elección, sin que de ello pueda derivarle perjuicio alguno. Este derecho es especialmente protegido en nuestro sistema legal.

Los derechos de reunión, de negociación y de representación se ejercitan por un medio colectivo, normalmente por el cauce de los sindicatos más representativos, de aquí que todo profesional deba conocer su derecho a participar en los instrumentos de negociación y representación. Su capacidad de decisión es inviolable, y se manifiesta mediante la elección de sus representantes y su integración en los sindicatos existentes.

A título informativo incluimos a continuación los derechos colectivos que recoge el art. 18 del Estatuto Marco del personal estatutario de 2003, que son:

- a) A la libre sindicación.
- b) A la actividad sindical.
- c) A la huelga, garantizándose en todo caso el mantenimiento de los servicios que resulten esenciales para la atención sanitaria a la población.

- d) A la negociación colectiva, representación y participación en la determinación de las condiciones de trabajo.
- e) A la reunión.
- f) A disponer de servicios de prevención y de órganos representativos en materia de seguridad laboral.

Este catálogo de derechos son exigibles y constituyen el medio de protección del personal estatutario en la prestación de sus servicios.

En términos generales la transgresión del empleador, en este caso público, de los derechos que corresponden al facultativo puede ser denunciada ante los representantes del personal estatutario o de los trabajadores, los servicios de prevención y riesgos laborales, la inspección de trabajo, los superiores jerárquicos o la dirección. Si estos cauces fuesen insuficientes siempre se puede acudir ante los Juzgados para pedir la declaración del cese de la actividad contraria a los derechos de todo trabajador, y preservar las garantías en la actividad profesional.

ANEXO: LEYES CITADAS

Real Decreto de 6 de octubre de 1988, Código Civil.

Decreto 3160/1966, de 23 de diciembre, Estatuto del personal médico de la Seguridad Social.

Constitución Española de 27 de diciembre de 1978.

Ley 50/1980, de 8 de octubre de 1980, de Contrato de Seguro.

Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo, de Habeas Corpus.

Ley Orgánica 11/1985, 2 de agosto, de Libertad Sindical.

Ley 14/1986, de 25 de Abril, General Sanitaria.

Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, Estatuto de los Trabajadores.

Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, Procedimiento Laboral.

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, Código Penal.

Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción contencioso-administrativa.

Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de Ordenación de las profesiones sanitarias.

Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud.

Ley 7/2005, de 24 de Mayo, de la Función Pública de Castilla-León.

Ley 7/2007, de 12 de Abril, Estatuto del empleado público.

Ley 20/2007, de 11 de julio, Estatuto del Trabajador Autónomo.