

LA NUEVA REGULACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO DE LOS RESIDENTES EN FORMACIÓN. ANÁLISIS DEL REAL DECRETO 1146/2006, DE 6 DE OCTUBRE.

Jesús Baz Rodríguez
Profesor de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad de Salamanca

SUMARIO: I.- LA RELACIÓN LABORAL ESPECIAL DE RESIDENCIA. CONFIGURACIÓN NORMATIVA: 1.1.- Objeto y ámbito subjetivo de la relación laboral de residencia: inclusiones, exclusiones y supuestos especiales. 1.2.- Fuentes de regulación de la relación laboral de residencia. 1.3.- Forma, contenido y eficacia del contrato de trabajo de residencia. 1.4.- Régimen de duración del contrato de trabajo de residencia. II.- LA ORDENACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO DEL PERSONAL RESIDENTE: 2.1.- La ordenación comunitaria sobre el tiempo de trabajo y los “médicos en periodo de formación”. 2.2.- La jornada laboral ordinaria y complementaria del personal residente. 2.3.- Los descansos del personal residente: en particular sobre los recortes al descanso mínimo interjornadas y al descanso semanal. 2.4.- El régimen de fiestas, permisos y vacaciones del personal residente. 2.5.- Condiciones especiales de la jornada laboral del residente por motivos de conciliación con la vida personal y familiar. 2.6.- Condiciones especiales de la jornada laboral del residente por motivos de discapacidad. III.- EL RÉGIMEN RETRIBUTIVO DEL PERSONAL RESIDENTE: 3.1.- El salario de los residentes en centros o unidades de titularidad pública. 3.2.- El salario de los residentes en centros o unidades de titularidad privada. IV.- LAS ROTACIONES DEL PERSONAL RESIDENTE: 4.1.- Las rotaciones externas. 4.2.- Las rotaciones internas. V.- SUSPENSIÓN DEL CONTRATO Y EXCEDENCIAS DEL PERSONAL RESIDENTE: 5.1.- Supuestos permitidos y prohibidos de suspensión y excedencia y peculiaridades de su ejercicio. 5.2.- Efectos particulares de la suspensión del contrato de trabajo de residencia. VI.- LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO DEL PERSONAL RESIDENTE: 6.1.- Causas de extinción del contrato de trabajo de residencia. 6.2.- Efectos de la extinción del contrato de trabajo de residencia: repercusiones sobre la continuidad o no de la formación especializada. VII.- LA RESPONSABILIDAD DEL PERSONAL RESIDENTE EN FORMACIÓN: 7.1.- Responsabilidad disciplinaria. 7.2.- Responsabilidad profesional: algunas consideraciones básicas en materia penal, administrativa y civil.

I.- LA RELACIÓN LABORAL ESPECIAL DE RESIDENCIA. CONFIGURACIÓN NORMATIVA.

1.1.- Objeto y ámbito subjetivo de la relación laboral de residencia: inclusiones, exclusiones y supuestos especiales.

La relación laboral especial de residencia para la formación de especialistas en Ciencias de la Salud,

regulada recientemente por el Real Decreto 1146/2006, de 6 de octubre¹, es el soporte contractual a través del cual se constituye y se rige la práctica profesional programada, tutelada y evaluada que permite a dichos especialistas en formación alcanzar

1 Regulados reglamentariamente los aspectos laborales del sistema de residencia por parte del RD 1146/2006, está pendiente de aprobación, por parte del Ministerio de Sanidad la normativa reglamentaria sobre los aspectos formativos, que venga a sustituir al actual RD 127/1984 que regula la obtención de títulos de especialidades, aún vigente hoy día, junto a su normativa de desarrollo.

progresivamente los conocimientos y la responsabilidad profesional necesarios para el ejercicio autónomo de la especialidad. Ello se produce mediante su integración en la actividad asistencial, ordinaria y de urgencias de un centro sanitario, ya sea éste de titularidad pública o privada; percibiendo por tales servicios, en tanto que trabajadores por cuenta ajena, las retribuciones legalmente establecidas. Esta es la definición que cabría extraer de una interpretación conjunta del primero de los preceptos del citado Real Decreto, y de sus normas concordantes allí citadas (artículo 20.3 f) y D.A. 1ª LOPS), en relación con el artículo 4.1 c) del propio RD 1146/2006. Este último precepto constituye quizá, pese a su ubicación sistemática en cierto modo subalterna, una norma central en toda esta regulación: tratando de formular uno de los derechos básicos de los residentes, dicha norma es capaz de condensar a un tiempo la esencia y la función -o lo que es lo mismo, la causa y el objeto de la relación laboral de residencia-, erigiéndose, a nuestro juicio, en una clave interpretativa general de todo el conjunto normativo que aquí se analizará.

De este modo el ámbito subjetivo de la norma reglamentaria viene inicialmente circunscrito (artículo 1.2) al colectivo de los *“titulados universitarios que, previa participación en la convocatoria anual de carácter nacional de pruebas selectivas”*, accedan a *“una plaza en un centro o unidad docente acreditada para el desarrollo de un programa de formación especializada en Ciencias de la Salud, mediante el sistema de residencia (...) a efectos de la obtención del título de especialista”*. Superación de la prueba selectiva anual –sin que se exijan otros elementos propios de los contratos formativos laborales como la edad del titulado universitario², o el tiempo transcurrido desde la obtención de la titulación-; y acceso efectivo a una plaza de residencia, son, por

2 El texto definitivo del RD 1146/2006 ha suprimido la referencia existente en el primer borrador a propósito de la *“Residencia sin límite de edad”* (D.A. 3ª), que tenía un valor meramente aclaratorio. A falta de prohibiciones expresas, que por lo demás, resultarían dudosamente lícitas desde la óptica constitucional, el resultado de esta supresión hay que entender que carece, pues, de efecto práctico alguno. No obstante, conviene señalar la posible existencia de una cierta falta de sintonía de este planteamiento normativo en relación con la normativa específica que regula la exención de guardias médicas para los facultativos mayores de 45 y 55 años (RD 521/1987, artículo 33.3 y Acuerdo entre Administración y Sindicatos de julio de 1997).

consiguiente, los dos elementos que determinan el ámbito subjetivo de esta normativa. Este viene definido en atención al propio objeto específico de la misma: deja claramente sentado el citado precepto, en definitiva, que solamente puede recurrirse al contrato de residencia por parte de los centros sanitarios para el cumplimiento de las finalidades previstas en el ordenamiento sanitario, y no para satisfacer ordinariamente sus necesidades asistenciales³.

Por lo que se refiere a las convocatorias anuales de acceso a la formación especializada aquí aludidas, éstas serán las que se lleven a cabo de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 22 LOPS y en su normativa de desarrollo⁴. Por otra parte, en cuanto a los programas de formación especializada, la norma se refiere a los aprobados por el Ministerio de Sanidad y Consumo a través del procedimiento contemplado en el artículo 21 LOPS, que culmina preceptivamente con su publicación en el Boletín Oficial del Estado para su general conocimiento, una vez que el mismo es aprobado por medio de la correspondiente Orden ministerial. Así las cosas, como es bien sabido, en la actualidad existen programas de formación sanitaria especializada en Medicina, Farmacia, Enfermería, Química, Biología, Psicología y Radiofísica Hospitalaria⁵.

3 Cuestión que ya había dejado sentada, antes de la actual regulación, tanto la jurisprudencia como la doctrina: cfr. J.M. GOERLICH PESET: *“Los médicos residentes: un supuesto especial de contrato de trabajo en prácticas”*, R.E.D.T., nº 45, 1991, p. 59.

4 Actualmente, además de por el RD 127/1984, más específicamente por la Orden de 27 de junio de 1989, por la que se establecen las normas reguladoras de las pruebas selectivas para el acceso a plazas de formación sanitaria especializada (B.O.E. 28-6-1989).

5 Cfr. el listado completo y actualizado de especialidades sanitarias, según las titulaciones exigidas para su acceso, en la página web del Ministerio de Sanidad y Consumo: http://sis.msc.es/fse/PaginasDinamicas/Programas_Formacion/ProgramasDin.aspx?MenuId=QE-00&SubMenuId=QE-01. Hay que tener en cuenta además, que, como se dijo con anterioridad, el marco legal vigente permite la creación de especialidades relacionadas con cualesquiera de las demás profesiones sanitarias tituladas que se relacionan en los artículos 6 y 7 LOPS, e incluso con acceso desde titulaciones universitarias que proporcionen una formación de *“pregrado”* (rectius, grado) idónea para ello, según dispone el artículo 19.1 LOPS. Y, por otra parte, que, en todo caso, el elenco de especialidades que pueda existir en cada momento carece de un carácter cerrado o definitivo, dada la facultad del Gobierno de crear, cambiar de denominación, o suprimir aquellas especialidades sanitarias (y sus correspondientes programas formativos) que el progreso científico y tecnológico aconseje, atendiendo a criterios de atención a necesidades sociales y de protección de la salud (artículo 21 LOPS).

Sentado lo anterior, la delimitación del ámbito subjetivo de esta relación laboral, por lo que se refiere al sujeto trabajador, debe ser completada efectuando algunas puntualizaciones que afectan al régimen de inclusiones y de exclusiones; así como, en tercer lugar, a la existencia de ciertos supuestos especiales de los que se derivan obligaciones específicas para el empleador.

Por lo que se refiere a las inclusiones, el artículo 1.2 del RD 1146/2006, en su segundo inciso, efectúa una alusión expresa a dos situaciones particulares, específicamente contempladas por la normativa legal, que tienen que ver con ciertas fórmulas que implican una continuidad en el itinerario formativo del especialista una vez obtenida la (primera) especialidad:

- Por un lado, la normativa reglamentaria resulta de aplicación a los especialistas en Ciencias de la Salud que cursen una nueva especialidad conforme a lo dispuesto en el artículo 23 LOPS⁶. Contempla esta norma un procedimiento especial, mediante el cual aquellos especialistas en Ciencias de la Salud que cuenten con, al menos, cinco años de ejercicio profesional como tales (u ocho años, a partir del tercer título o sucesivos), pueden obtener un nuevo título de especialista en relación con una especialidad del mismo tronco de la que ya posean, a través de un procedimiento (pendiente del desarrollo reglamentario), que debe concluir con la correspondiente prueba evaluadora de las capacidades del aspirante a la nueva especialidad⁷.
- En segundo lugar, también resulta de aplicación la relación laboral especial de residencia a aquellos especialistas que accedan a un tipo de formación de alta especialización conducente a la

obtención del denominado “Diploma de Área de Capacitación Específica”, regulado en los artículos 24 y 25 LOPS. Todo ello, siempre y cuando dicha formación se lleve a cabo a través de una formación programada (sistema de residencia)⁸; y no, en cambio –hay que entender–, cuando la misma se dispense a través del ejercicio profesional específicamente orientado al área correspondiente. La inclusión en el ámbito de aplicación de la relación laboral especial de residencia de este personal no ha resultado, no obstante, pacíficamente admitida en el plano sindical¹⁰, e incluso podría plantear problemas jurídicos, al tratarse de una decisión reglamentaria sin amparo legal explícito¹¹.

En lo referente las exclusiones, hay que hablar igualmente de dos situaciones; una de ellas recogida explícitamente en el RD 1146/2006, y la otra sólo de manera implícita:

- En primer término (D.A. 8ª del RD 1146/2006), la relación laboral de residencia no resulta de aplicación a los miembros de las Fuerzas Armadas; y ello con independencia de que éstos se formen tanto en las plazas de la red sanitaria militar¹² como en el resto de la red sanitaria. La justificación, por lo demás, obvia, es que a este personal le resulta de aplicación su normativa

⁶ Una inclusión introducida finalmente en el texto del RD 1146/2006, pese a su ausencia en los borradores previos de 4 de abril de 2005 y 9 de febrero de 2006.

⁷ Ni que decir tiene que con independencia de este procedimiento, cualquier especialista puede concurrir a las sucesivas convocatorias anuales ordinarias para la cobertura de plazas para la obtención de cualesquiera títulos de especialista (haya o no troncalidad) a través del sistema de residencia, sin necesidad del transcurso de los plazos temporales aludidos, siendo igualmente de aplicación a la relación laboral correspondiente el RD 1146/2006.

⁸ Tal y como se deduce de la propia D.A. 1ª LOPS, en su párrafo 3º.

⁹ Aunque también en esta segunda opción contemplada legalmente se prevea el preceptivo trámite de evaluación final de la competencia profesional para el acceso al citado Diploma, de carácter igualmente oficial. Dicho Diploma de Área no es un requisito sine qua non, como el título oficial de especialista, sino que simplemente “podrá ser valorado para acceder a puestos de trabajo de alta especialización en centros o establecimientos públicos y privados” (artículo 24 LOPS).

¹⁰ Vid., por ejemplo, críticamente, el documento “Propuestas de UGT sobre el borrador de Real Decreto que regula la relación laboral de carácter especial del Personal en Formación por el sistema de residencia”, de 12 de abril de 2005, p. 5.

¹¹ Cfr. en este sentido, A. DE LA PUEBLA PINILLA: “La relación laboral especial de residencia para la formación de especialistas en Ciencias de la Salud. Comentario al RD 1146/2006, de 6 de octubre (BOE 7 de octubre de 2006), R.L., nº 3, 2007, p. 97.

¹² Hipótesis inicialmente contemplada por la D.A. 3ª LOPS, en sintonía con la D.A. 13ª de la Ley 55/2003.

específica en lo que se refiere a derechos y obligaciones de naturaleza “laboral” o profesional¹³.

- Por otra parte, la realización de ciertos programas de formación especializada –particularmente aquellos que no requieren formación hospitalaria-, a falta de lo que disponga la futura normativa sobre los aspectos formativos, no se realizan actualmente a través del sistema de residencia, sino que los adjudicatarios de las plazas están sometidos, según dispone su normativa específica, al “régimen de alumno” de las correspondientes “unidades docentes y escuelas profesionales”; ya sea prestando los servicios susceptibles de contraprestación que se establezcan; ya sea sin derecho al percibo de remuneración alguna¹⁴. Pues bien, tales especialistas en formación quedan implícitamente fuera del ámbito subjetivo de aplicación del RD 1146/2006, el cual se circunscribe literalmente *ex artículo 1.2*, a los especialistas en formación “*mediante el sistema de residencia*”. De hecho, en estos supuestos, según ha entendido la jurisprudencia, no existe, en principio, vinculación contractual laboral alguna, sino más bien una pura relación docente sometida a la formalización de la matrícula correspondiente¹⁵, en términos análogos a lo que sucede con las prácticas profesionales de los estudiantes como parte integrante de sus estudios académicos o de los cursos de formación profesional¹⁶.

El supuesto especial, por lo que se refiere al perfil subjetivo del trabajador, viene dado por la específica atención dispensada por parte de la D.A. 2ª del RD 1146/2006, al personal residente discapacitado¹⁷. En este sentido, la normativa reguladora del contrato especial de los residentes –aplicable una vez que éstos hayan superado las pruebas selectivas anuales previas las adaptaciones que hubiesen resultado necesarias-, se preocupa de remover obstáculos y de aplicar medidas compensatorias específicas para conseguir la efectiva participación de los residentes discapacitados en el proceso formativo en condiciones de igualdad con el resto de los especialistas en formación, actuando en un doble plano.

Por una parte, se establece con carácter vinculante, una garantía de accesibilidad en favor del residente discapacitado: el centro o unidad docente en los que se adjudique plaza de residente a una persona con discapacidad¹⁸ está obligado a realizar aquellas obras, adaptaciones y “demás ajustes razonables” que resulten precisos para lograr el acceso a todas las actividades del programa formativo, así como a facilitar las ayudas técnicas necesarias al efecto, para lo cual puede solicitar asesoramiento y apoyo al Centro de Autonomía Personal y Ayudas Técnicas (CEA-PAT) o a cualquier otra entidad pública o privada especializada¹⁹. Si tales actuaciones no pudiesen finalmente realizarse, debido a “motivos arquitectónicos insalvables”, “graves problemas presupuestarios” u “otras razones análogas”, es la Administración sanitaria en la que se ubique la unidad docente

¹³ Otra cuestión es la regulación de los aspectos formativos del sistema de residencia, contenidos en el artículo 20.3 LOPS y en su desarrollo reglamentario, que si resultan obviamente de aplicación al proceso de obtención de una especialidad sanitaria por parte del citado personal militar.

¹⁴ Por lo que se refiere a especialidades médicas: Estomatología; Hidrología; Medicina Espacial; Medicina de la Educación Física y el Deporte; Medicina Legal y Forense y Medicina del Trabajo. Vid. artículo 14.3 de la Orden de 27 de junio de 1989, modificado por la Orden de 22 de noviembre de 1996 (B.O.E. 27-11-1996), en relación con el Anexo 3 del RD 127/1984.

¹⁵ Vid. STS 19-10-1988 (RJ 1988/8120); ó más recientemente, sobre tal distinción, STSJ Madrid 4-4-2001 (Sala de lo contencioso administrativo) (RJCA 2001/883).

¹⁶ Vid. D.A. 1ª RD 488/1998, de 27 de marzo, por el que se desarrolla el artículo 11 del Estatuto de los Trabajadores en materia de contratos formativos.

¹⁷ Las previsiones contempladas al efecto suponen un desarrollo del principio de igualdad de oportunidades, no discriminación y compensación de desventajas dispuesto con carácter general en los artículos 37 y 37 bis de la Ley 12/1982, de 7 de abril para la integración laboral de los trabajadores con discapacidad, y que además, en relación con el conjunto de la formación sanitaria especializada, viene proclamado a nivel legal por parte del artículo 22.3 LOPS.

¹⁸ Se entiende por persona con discapacidad, a los efectos de la regulación de la relación laboral de residencia, a aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de minusvalía igual o superior al 33 por ciento; y en todo caso, a los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad.

¹⁹ Cfr. el reciente RD 505/2007, de 20 de abril, por el que se aprueban las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad para el acceso y utilización de los espacios públicos urbanizados y edificaciones (B.O.E. 11-5-2007).

la que viene obligada a ofrecer al residente discapacitado otra plaza en una unidad docente que reúna las condiciones de accesibilidad requeridas para su plena integración en condiciones de igualdad. Tales obligaciones que atañen, en un caso, al centro o unidad docente, y en el otro, a la Administración responsable, resultan exigibles por parte del residente como un verdadero derecho subjetivo a la accesibilidad, sin perjuicio del juego de los diversos conceptos jurídicos indeterminados -como los reproducidos anteriormente entre comillas- que aderezan su formulación normativa. El personal residente discapacitado tiene derecho igualmente- como se verá mas adelante- a una organización del tiempo de trabajo particularizada cuando, como consecuencia de su discapacidad, sea incapaz de soportar jornadas de trabajo excesivamente prolongadas.

Las anteriores consideraciones han de completarse con una breve referencia al ámbito subjetivo de la relación jurídica desde la posición del empleador. El régimen jurídico-laboral establecido por el RD 1146/2006, en tanto que marco general homogéneo para todos los residentes, resulta aplicable con independencia de la titularidad pública o privada de los establecimientos sanitarios (artículo 1.3)²⁰. Otra cosa serán, obviamente, las particularidades en las condiciones de trabajo derivadas de las diferentes regulaciones convencionales que resulten aplicables, en lo que se refiere, como se verá más adelante, al sistema retributivo (artículo 7.4 y D.T. 2ª, punto 3), o al régimen disciplinario (artículo 13.2); o al disfrute de días de libre disposición (artículo 6.2, *a sensu contrario*); e incluso, como se verá, a propósito de la responsabilidad profesional.

1.2.- Fuentes de regulación de la relación laboral especial de residencia.

La relación laboral especial de residencia se regula, así pues, por el RD 1146/2006, de 6 de octubre, rigiendo con carácter supletorio, en relación con aquellas cuestiones no expresamente previstas por dicha norma reglamentaria, lo dispuesto en la legislación laboral común, esto es, tanto en el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores como “*en la demás legislación laboral que resulte aplicable*” (artículo 1.4). Esta relación laboral especial se sitúa así en la órbita de las que podríamos calificar como más intensamente *laboralizadas*. Una aplicación supletoria de la normativa laboral común que procederá, en todo caso, -pese a que esta cláusula no se contiene expresamente en el artículo 1.4 RD 1146/2006, a diferencia de otras disposiciones anteriores equivalentes- cuando ello no se oponga a la especial naturaleza formativa de la relación laboral especial de residencia; o a la preservación del funcionamiento ordinario del sistema nacional de salud. Este grado de laboralización “máxima” del contrato de trabajo de los residentes, resulta no obstante compatible con la acogida o remisión expresa, por lo que se refiere estrictamente a condiciones de trabajo y empleo, de ciertas pautas reguladoras propias del personal estatutario de los servicios de salud. Así sucede señaladamente, como se verá, en relación con importantes extremos de la regulación: *v. gr.*, ordenación de la jornada y tiempo de trabajo de los residentes; régimen disciplinario; ordenación salarial; o aplicación al personal residente de los pactos y acuerdos referentes al personal estatutario.

Y es que el sistema de fuentes diseñado para la relación laboral de residencia por parte del artículo 1.4 RD 1146/2006, más allá de la aplicabilidad prevalente de su normativa reglamentaria específica, carece de variaciones sustanciales en relación con lo dispuesto en el artículo 3 ET. Tras las fuentes de derecho estatal, que conforman, ante todo, según subraya el Preámbulo de la norma, un estatuto básico, mínimo y homogéneo, la determinación de los derechos y obligaciones laborales de los residentes vendrán determinados “por los convenios colectivos y por la voluntad de las partes manifestada en los contratos de trabajo, sin que en ningún caso puedan

²⁰ Para adjudicar las plazas de formación que correspondan a centros privados, no obstante, es preciso como requisito previo que los candidatos acompañen su solicitud de plaza previa al contrato con un documento acreditativo de que el centro está conforme en admitirles tras superar la prueba selectiva. Conformidad que sólo puede ser denegada cuando en los aspirantes no concurren las condiciones objetivas establecidas con carácter general, a estos efectos, por el correspondiente centro; las cuales deben además ser homologadas conjuntamente por los Ministerios de Educación y Ciencia y de Sanidad y Consumo previamente a la convocatoria anual (artículo 5.4 RD 127/1984).

establecerse en ellos condiciones menos favorables al trabajador o contrarias a las previstas en las disposiciones legales y convenios colectivos antes referidos”. Sólo la falta de mención a los usos y costumbres locales y profesionales (artículo 3.1 d) ET) diferencia la literalidad de ambos preceptos; si bien la propia aplicabilidad supletoria del ET determinaría, a la postre, la aplicación supletoria en último grado de dichos usos y costumbres, en defecto de ley, convenio y contrato, a no ser que éstos cuenten con una recepción o remisión expresa (artículo 3.4 ET).

Una vez sentadas reglamentariamente las condiciones de trabajo básicas y mínimas comunes del colectivo de los residentes, teniendo en cuenta el ámbito competencial de gestión sanitaria afectado, corresponderá fundamentalmente a la negociación colectiva de ámbito autonómico, y particularmente, a la que se desarrolle en el seno de las Mesas Sectoriales correspondientes –al menos por lo que se refiere al colectivo mayoritario de los residentes adscritos a plazas en centros o unidades docentes de titularidad pública- la determinación de los innumerables aspectos no abordados, así como la mejora de esas condiciones básicas, y la eventual adaptación de las condiciones de trabajo de los residentes a las circunstancias particulares de cada territorio²¹. Todo ello, con independencia de la conservación del ámbito estatal de negociación en el seno de la Comisión de Recursos Humanos del Consejo Interterritorial del SNS²². Téngase en cuenta que más allá de la determinación del sustrato estructural básico de esta relación laboral especial, innumerables aspectos adicionales son susceptibles de pactación colectiva²³.

Junto a lo anterior, no hay que olvidar el papel que igualmente corresponde desempeñar en este terreno a los convenios colectivos que resulten aplicables a los centros y unidades docentes de titularidad privada. El propio reglamento contiene reenvíos concretos a la regulación de estos convenios en materia de especialidades retributivas (artículo 7.4 y D.T. 2ª, párrafo 3) y disciplinarias (artículos 13.2 y 14); así como, en sentido inverso, se pronuncia por la prohibición de tales peculiaridades a efectos de la aplicación progresiva de la jornada máxima (D.T. 1ª)-. Resulta esperable, por consiguiente, que se produzca un mayor protagonismo de la negociación colectiva del ámbito sanitario privado que supere la actual postura de olvido de este colectivo²⁴, cuando no directamente de exclusión expresa del personal residente del ámbito de los convenios, con manifiesto defecto a nuestro juicio, en este último caso, de ilegalidad e inconstitucionalidad por vulneración del principio de igualdad y no discriminación (artículos 14 CE, y 15.6 y 17 ET)²⁵.

Por lo que se refiere, en último lugar, a la autonomía individual como fuente de la relación laboral especial de residencia, el RD 1146/2006 ha optado finalmente -en contra de las preferencias manifestadas en su fase de elaboración por parte de algunas organizaciones sindicales, recelosas de que se repita una situación de contractualización de la relación laboral de los residentes como la anteriormente existente²⁶-, por permitir su libre juego dentro del respeto a las disposiciones legales y reglamentarias, y a los convenios colectivos, en los propios términos del artículo 3.1 c) ET. La solución normativa final

²¹ La jurisprudencia ha venido rechazando la aplicabilidad de la negociación colectiva de los empleados públicos a los residentes: de entre los pronunciamientos más recientes, cfr. STS 22-3-2005 (JUR. 2005/127945).

²² Cuyos primeros frutos han sido justamente los pactos en torno al régimen jurídico de la relación laboral de residencia y el marco retributivo común, y del cual es esperable que a corto plazo siga avanzando en sus contenidos, al menos con la creación de una Comisión de seguimiento y con la fijación de una periodicidad para la revisión de dichos acuerdos. No en vano, el citado órgano constituye un foro con participación ministerial, interautonómica y social que resulta idóneo para el reforzamiento y desarrollo posterior, en su caso, del marco general homogéneo establecido por el RD 1146/2006.

²³ Tales como, por ejemplo, aspectos de concreción en materia de jornada y retribuciones, cláusulas de revisión salarial; o eventuales mejoras

voluntarias en materia de Seguridad Social; o incluso cuestiones profesionales específicas como el aseguramiento de la responsabilidad civil, entre otros temas que se encuentran presentes ya en las tablas reivindicativas de las organizaciones sindicales: vid., por todos, el documento de UGT-FSP: Las condiciones laborales del personal en formación de especialidad por el sistema de residencia, op. cit., pp. 2-3.

²⁴ Dejando a salvo excepciones: vid., por ejemplo, Conv. Col. de Hospitales del XHUP y de los Centros de Atención Primaria concertados de Cataluña para los años 2005-2008 (D.O.G.C. 4-10-2006).

²⁵ Vid. por ejemplo, Conv. Col. interprovincial de la empresa “Fremap, Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades profesionales de la Seguridad Social, nº 61” (B.O.E. 1-6-2005: artículo 1).

²⁶ Cfr. el documento UGT-FSP: Propuestas de UGT sobre el borrador de Real Decreto que regula la relación laboral de carácter especial del Personal en Formación por el Sistema de Residencia, op. cit., p. 7.

debe ser valorada, no obstante, de modo positivo, en cuanto que se opta en definitiva, con carácter general, tanto por posibilitar expresamente la estipulación contractual *ad futurum* de condiciones más beneficiosas, cuanto por garantizar explícitamente el respeto de aquéllas otras, de origen igualmente contractual, que se viniesen disfrutando con anterioridad a la entrada en vigor del RD 1146/2006 (D.T. 4ª) y que reúnan los requisitos de licitud, voluntariedad y mejora exigidos jurisprudencialmente²⁷. Todo ello, sin perjuicio de la posible alteración ordinaria de tales condiciones más beneficiosas, por medio de vicisitudes tales como la estipulación de pactos novatorios, la compensación y absorción (artículo 26.5 ET) o la modificación sustancial de condiciones de trabajo (artículo 41 ET).

El juego de la autonomía individual topa, no obstante, con tres prohibiciones dentro del propio RD 1146/2006: concretamente, la ilicitud de la estipulación de pactos sobre periodo de prueba (artículo 3.5); sobre establecimiento de jornada a tiempo parcial (artículo 5.3); y sobre suspensión del contrato tanto por causas consignadas inicialmente en el contrato como por mutuo acuerdo sobrevenido (artículo 9.1). Si las dos últimas tienen que ver con la incompatibilidad de tales cláusulas con el cumplimiento de los programas formativos, la primera se orienta a preservar la competencia en materia de evaluación del rendimiento y la capacidad profesional del residente exclusivamente en favor de las instancias competentes para ello, y a través de los procedimientos reglados al efecto. Se refuerza con ello, en definitiva, el derecho del residente que ha obtenido una plaza, a través de un proceso selectivo en convocatoria pública, para desarrollar dicho programa de formación especializada sin que pueda ser desposeído de aquella si no concurre alguna de las causas de extinción normativamente taxadas (artículos 4.1 o) y 11 RD 1146/2006).

1.3.- Forma, contenido y eficacia del contrato de trabajo de residencia.

El contrato de trabajo de residencia ha de celebrarse preceptivamente por escrito (artículo 2.1 RD 1146/2006), al igual que todos los contratos temporales que superen las cuatro semanas de duración (artículo 8.2 ET), así como con la regulación del resto de las relaciones laborales especiales; sin que se exija ningún modelo oficial al efecto²⁸. Es sabido que el ordenamiento laboral español en ninguno de tales casos erige el elemento formal en un requisito constitutivo o *ad solemnitatem* del que se derive el reconocimiento objetivo de la existencia del contrato, sino que simplemente se le confiere un valor *ad probationem*, con virtualidad declarativa o probatoria de la propia naturaleza especial o temporal del contrato de trabajo. De esta suerte, la inobservancia del mandato de la forma escrita, por lo que se refiere a los contratos de duración determinada, implicará – aplicando supletoriamente el artículo 8.2 ET– el desencadenamiento de una presunción *iuris tantum* de conversión en indefinido, que, no obstante, permite la prueba de la temporalidad por parte del empleador. En el caso de la relación laboral especial de residencia, la posibilidad de probar la verdadera naturaleza del contrato, y por tanto de abortar su conversión en indefinido, resultará evidentemente sencilla, a partir de la constatación de la adjudicación de la plaza correspondiente al residente, una vez superada por este la prueba selectiva anual. De este modo, la inobservancia de la forma escrita únicamente será susceptible de acarrear, en la práctica, la correspondiente responsabilidad administrativa ex artículo 7.1 TR-LISOS, donde se califica como infracción laboral grave la no formalización por escrito del contrato de trabajo cuando este requisito sea exigible o cuando lo haya solicitado el trabajador.

El contrato de trabajo se formalizará por cuadruplicado²⁹, figurando como sujetos que lo suscri-

²⁷ Vid., por todas, STS 13-6-1994 (RJ 1994/4767).

²⁸ Tampoco se acoge, en este punto, la demanda sindical formulada en tal sentido, encaminada a lograr una homogeneidad máxima de los contratos-tipo de residencia empleados por las distintas entidades públicas y privadas: vid. UGT-FSP: Propuestas de UGT sobre el borrador de Real Decreto, op. cit., p. 7.

²⁹ Se consolida así una práctica previa según la cual son cuatro los receptores del contrato: el residente, el centro hospitalario o entidad

ben, por una parte, el residente, en su condición de trabajador, y por la otra, la “entidad titular de la unidad docente acreditada para impartir la formación”, en su condición de empleador: esto es, el centro, organismo, o entidad de naturaleza pública o privada, dotada en principio del atributo de la personalidad jurídica, de la que dependa dicha unidad docente acreditada³⁰.

Así las cosas, en relación con las especialidades de formación básicamente hospitalaria, la unidad docente se ubicará, en principio en el interior de un centro hospitalario (*v. gr.*, Servicio), caso en el que podrá figurar como titular del contrato de trabajo el propio centro hospitalario o, en su caso, la entidad jurídica pública o privada que lo represente; o bien estar integrada por más de un centro hospitalario, cuando se trate de complejos sanitarios o agrupaciones funcionales de centros hospitalarios creados por las CC.AA. en virtud de las competencias organizativas que les corresponden, supuesto, este segundo, en el que el empleador podría ser tanto la propia agrupación, como, por ejemplo, el Servicio de Salud de la Comunidad Autónoma. En relación con las especialidades de formación intra-extra hospitalaria (*v. gr.*, medicina de familia), la unidad docente, en cambio, está integrada por los dispositivos extra-hospitalarios de naturaleza asistencial, formativa, investigadora o de otro carácter, así como por el/los centro/s de Atención especializada que sean necesarios para garantizar la formación extra e intra-hospitalaria correspondiente, por lo que parece reservarse la posición de empleador para sujetos y entidades con competencias de gestión sanitaria más amplia sobre un ámbito geográfico determinado (Gerencias, Servicios de salud, etc.).

titular de la unidad docente que figure como empleador, el Servicio de Salud de la Comunidad Autónoma y el Ministerio de Sanidad y Consumo. Todo ello, sin perjuicio de la necesidad de entregar la preceptiva copia básica del contrato a los representantes de los trabajadores, a partir de la vigencia supletoria de los artículos 64.1 2º ET y 10.3.1º LOLS.

³⁰ *Téngase en cuenta que la noción de “unidad docente” no equivale a un sujeto de derecho, sino a un conjunto de recursos asistenciales, materiales, personales y de proceso necesarios para impartir este tipo de formación reglada por el sistema de residencia y acreditados a través del procedimiento correspondiente (artículo 26 LOPS).*

En cuanto a los contenidos que preceptivamente ha de albergar el contrato de trabajo de residencia, el artículo 2.2 RD 1146/2006 acoge en esencia, con retoques y adaptaciones, aquellos extremos sobre los cuales, en tanto que elementos esenciales del contrato o principales condiciones de su ejecución, versa la obligación de informar por escrito al trabajador en el régimen laboral común (artículo 8.5 y RD 1659/1998, de 24 de julio, artículo 2.2)³¹. Habrán de figurar así en el contrato: a) la identidad de las partes que suscriben el contrato; b) el domicilio social de la empresa; c) la unidad docente donde se desarrollará el programa de formación y el centro al que pertenece o, en su caso, los dispositivos que la integran; así como las rotaciones “internas” que, en su caso, se prevean en la acreditación de dicha unidad; d) la convocatoria en la que el residente ha obtenido la plaza e) fecha de comienzo de la relación laboral y su duración -incorporándose al contrato las diligencias de las sucesivas renovaciones anuales que correspondan según el programa formativo de la especialidad-; f) el título universitario del residente y el programa de formación que va a cursar; g) la cuantía de las retribuciones; h) la jornada laboral; i) la duración de las vacaciones y modalidad para su atribución y determinación; y j) el convenio colectivo aplicable.

Nótese que las únicas peculiaridades que se extraen del contraste entre ambos preceptos van referidas a la constancia en el contrato de trabajo de residencia, en vez del centro de trabajo, de la unidad docente y la posible existencia de rotaciones “internas” (*ex* artículo 8.4) como circunstancias determinantes del lugar de prestación de los servicios; la convocatoria en la que el residente obtuvo la plaza; el título universitario ostentado por el residente; y el programa de formación que va a cursar –en lugar de la referencia, en este caso, a la categoría o grupo profesional del puesto de trabajo desempeñado por el trabajador común-. Cumplida así la información al trabajador sobre los elementos esenciales del con-

³¹ *Quizá debido a este mimetismo, no se ha incluido como un extremo necesario del contrato la designación del tutor, como sucede, por ejemplo, en el contrato para la formación: artículo 11 RD 488/1998, de 27 de marzo.*

trato a través de su formalización por escrito con la constancia de los elementos señalados, resultará de aplicación supletoria el citado RD 1659/1998, de 24 de julio, en los términos y plazos allí señalados, particularmente en lo que se refiere a la información adicional que ha de suministrarse al trabajador en los supuestos de prestación de servicios del residente en el extranjero³², o en caso de existencia de modificaciones en las condiciones esenciales de la relación laboral que no se deriven de modificaciones en las fuentes legales o convencionales aplicables (v. gr., cambio en el domicilio social de la empresa).

Por lo que se refiere a la eficacia del contrato de residencia, esta queda expresamente condicionada, en virtud de lo dispuesto en el artículo 2.4 RD 1146/2006, a la superación del **examen médico** preceptivo a que el residente ha de someterse obligatoriamente para que se compruebe que no padece ninguna enfermedad o limitación física o psíquica que resulte incompatible con las actividades profesionales que exige el correspondiente programa formativo. Un carácter obligatorio que se justifica, obviamente, -en los términos del artículo 22.1 LPRL-, en la medida en que resulta imprescindible para verificar si su estado de salud puede constituir un peligro para el mismo, para los demás trabajadores o para otras personas relacionadas con la empresa, en este caso, los pacientes de los servicios de salud; sin que pueda por ello mismo considerarse una vulneración del derecho a la intimidad del trabajador³³. Se trata aquí, no obstante, de un examen médico que ha de realizarse, no con carácter periódico, sino en un momento temporal anterior a la formalización del contrato de trabajo de residencia, de suerte que su no superación determinaría la falta de eficacia *ab initio* del propio contrato de trabajo: pese a la deficiente e incoherente redacción del precepto, puesta de manifiesto por el Dictamen del Consejo de Estado³⁴ (“el contrato que-

dará sin efecto...”), si se efectúa una interpretación lógica del mismo debe llegarse a la conclusión interpretativa de que no se trata propiamente de una condición resolutoria del contrato, ni tampoco de un supuesto de nulidad sobrevenida *ex* artículo 9.2 ET, sino más bien de una especie de condición de eficacia inicial del contrato de residencia encaminada a impedir el propio nacimiento del vínculo contractual³⁵.

En fin, téngase en cuenta, en relación con el examen médico inicial, que la D.A. 2ª, en su párrafo 3º, rechaza la posibilidad de que al residente que padezca una discapacidad se le pueda declarar no apto para la formalización del contrato de trabajo, cuando la imposibilidad de realizar las actividades propias del programa formativo se deba a deficiencias de accesibilidad al centro de trabajo no subsanables, y no a limitaciones funcionales del residente: estará en este caso la Administración sanitaria, como se vio más atrás, obligada a ofrecer al residente discapacitado otra plaza en otra unidad docente que reúna las necesarias condiciones de accesibilidad.

1.4.- Régimen de duración del contrato de trabajo de residencia.

La inserción de la realización de un programa formativo de especialización sanitaria en la mecánica de este contrato de trabajo, cuya especialidad reside justamente en su peculiar objeto, acarrea necesariamente repercusiones tanto en relación con la duración del vínculo jurídico-laboral, cuanto en relación con las consecuencias del resultado de las evaluaciones preceptivas que han de realizarse durante el transcurso del programa formativo -tanto con carácter anual, como al final del mismo-, especialmente si dicho resultado es de carácter negativo. La parquedad de la regulación anteriormente contenida en el RD 127/1984, implicaba, de hecho, la existencia de

³² Téngase en cuenta que las denominadas rotaciones, o episodios de “movilidad geográfica” del residente, han de realizarse “en centros nacionales o extranjeros de reconocido prestigio” (artículo 8.1 b) RD 1146/2006).

³³ Cfr. STC 196/2004, de 15 de noviembre, f.j. 6º. Episodios trágicos recientes, como el caso “Ramón y Cajal” justifican suficientemente esta preocupación de la norma reglamentaria.

³⁴ Dictamen 1717/2006 (Trabajo y Asuntos Sociales), de 28-9-2006, p. 8.

³⁵ La propia razón de ser del reconocimiento médico, y su carácter necesariamente previo a la formalización del contrato que el precepto comienza subrayando, impone, a nuestro juicio, la necesidad de interpretar el artículo 2.4 RD 1146/2006 como una verdadera prohibición, dirigida al empleador, de suscribir y formalizar el contrato de residencia -y, con ello, de la consiguiente posibilidad de que se inicien las actividades profesionales vinculadas al programa formativo-, hasta el momento en que se haya comprobado la aptitud física y psíquica de quienes hayan sido adjudicatarios de la plaza de residencia.

un auténtico vacío normativo en relación con estas dos trascendentales cuestiones. Ante ello, el modo de incardinar el desarrollo del programa formativo en el marco del vínculo contractual laboral que *de facto* vino funcionando en la práctica durante todos estos años consistió precisamente en asentar o justificar la temporalidad del contrato en base a los requerimientos en materia de evaluación derivados del cumplimiento del programa formativo: de esta suerte, los contratos de trabajo de residencia se venían suscribiendo con una duración inicial “anual”, desde el momento de la firma hasta el 31 de diciembre del año natural en curso, entendiéndose prorrogados si al finalizar este periodo se hubieran superado las pruebas de evaluación. En tal caso, la prórroga se extendía por un año más, al final del cual procedía la realización de una nueva evaluación, y así sucesivamente hasta completarse el programa formativo de la especialidad, de duración variable, como se sabe, según cada caso (2, 3, 4 ó 5 años). Caso de existir evaluaciones negativas, el contrato-tipo preveía, sin más paliativos, la extinción del contrato, bien al final de su periodo inicial de vigencia o bien de las sucesivas prórrogas.

La finalidad formativa específica de este contrato era considerada, en definitiva, como el elemento que aportaba licitud a este juego de estipulaciones contractuales resolutorias albergadas en los contratos-tipo³⁶; un punto de partida que es el que acaba acogiendo la D.A. 1ª LOPS, cuando ordena que la regulación de la relación laboral especial por vía reglamentaria contemple “los supuestos de resolución de los contratos cuando no se superen las evaluaciones establecidas”, así como “la duración máxima de los contratos en función de la duración de cada uno de los correspondientes programas formativos, y los supuestos excepcionales para su posible prórroga cuando se produzcan casos, no imputables al interesado, de suspensión de la relación laboral”.

Pues bien, en esencia, el sistema de encaje del desarrollo evaluado del programa formativo en el molde del contrato de trabajo ideado por la práctica

de los contratos-tipo anteriores, es el que se acoge en el artículo 3 RD 1146/2006. No obstante, la nueva regulación no está desprovista de algunas novedades o aportaciones que le confieren un cierto “valor añadido”: si, por una parte, al amparo del mandato legal, se contemplan soluciones normativas en forma de prórroga del contrato para ciertos supuestos de interrupción de la prestación laboral –y consiguientemente, del seguimiento del programa formativo–, por otro lado se crea una importante garantía, igualmente en forma de prórroga contractual, para la realización de un “plan de recuperación” en los supuestos en los que el residente obtenga una evaluación anual negativa³⁷.

Así las cosas, en principio, la duración del contrato de residencia (artículo 3.1 RD 1146/2006) “*será de un año, renovable por periodos iguales durante el tiempo que dure su programa de formación, siempre que, al final de cada año, el residente haya sido evaluado positivamente por el Comité de evaluación de la especialidad correspondiente*”. El contrato de trabajo de residencia constituye, pues, un vínculo sometido a término resolutorio. Pero las sucesivas renovaciones anuales del contrato de trabajo, hay que entender, resultan obligatorias para el sujeto empleador, sin que este disponga de margen alguno de discrecionalidad tras la resolución positiva emanada del Comité de evaluación: éste, de hecho, habrá de incorporar de modo expreso al contrato las denominadas “*diligencias de las renovaciones*”, siguiendo lo establecido en el artículo 2.3 RD 1146/2006. En caso contrario; esto es, en ausencia de tramitación de la prórroga del contrato tras una evaluación positiva, habrá que entender que lo que se ha producido es un despido. Despido cuya calificación, en sentido estricto, bien podría ser la de nulidad radical, no sólo en atención a los intereses que se encuentran en juego y a la conexión indudable de este contrato con los derechos fundamentales contenidos

³⁶ En este sentido se pronunciaba J.M. GOERLICH PESET: “Los médicos residentes: un supuesto especial...”, *op. cit.*, p. 64.

³⁷ Se trata así de paliar la drástica consecuencia de que una evaluación negativa suponga definitivamente la pérdida de la plaza conseguida en convocatoria pública por parte del residente: vid. el documento presentado en el Foro Marco de Diálogo Social: Propuesta del SIMAP. Documento sobre la regulación de la relación laboral de residencia, p.15 (www.elmedicointeractivo.com/docs/documentos/ESTATUTO%20DEL%20RESIDENTES.doc).

en los artículos 23 y 27 CE³⁸, sino también por probable vulneración del principio de igualdad y no discriminación (artículo 14 CE)³⁹.

En cambio, cuando el residente obtenga una evaluación anual negativa por no alcanzar los objetivos fijados a juicio del Comité de evaluación, cabe, como se apuntó anteriormente, que éste considere que puede alcanzarlos mediante “*un plan de recuperación específica y programada*”. En este caso, el contrato se prorrogará por el periodo de duración de dicho plan, que deberá realizarse dentro de los tres primeros meses del siguiente año lectivo conjuntamente con las actividades propias de éste, quedando supeditada la prórroga por los restantes nueve meses al resultado de la evaluación de la recuperación” (artículo 3.3 RD 1146/2006). Una prórroga de recuperación que puede igualmente ser autorizada, tras la finalización del último año de residencia, “si el Comité de evaluación considera posible la recuperación mediante dicho plan”. Nótese que, en este punto, es sólo al Comité de Evaluación, como órgano administrativo –y no propiamente a la entidad empleadora, como tal-, al que se le concede el correspondiente margen de discrecionalidad para dictaminar sobre dos extremos: a) si procede o no la realización del plan de recuperación, y b) cuál ha de ser su duración, dentro del periodo máximo de tres meses. Considerada esta prórroga de recuperación como un verdadero derecho subjetivo del residente (artículo 4.1 j) RD 1146/2006), éste se satisface con la correlativa obligación de la entidad titular de la unidad docente de prorrogar el contrato de trabajo por el tiempo que se establezca para la realización, en su caso, del plan de recuperación; así como también ulteriormente, por el tiempo restante de la anualidad si el resultado de la evaluación de la recuperación es positivo. Obligaciones del empleador que, caso de ser incumplidas, implicarían, al igual que en el caso de las evaluacio-

nes positivas otorgadas inicialmente, la existencia de un despido.

En definitiva, sólo en los casos extremos de evaluación negativa sin que sea posible a juicio del Comité de evaluación que el residente pueda alcanzar los objetivos formativos citados mediante la realización de un plan de recuperación, o de evaluación negativa posterior al correspondiente plan, será admisible la ausencia de prórroga del contrato⁴⁰. Resultará aplicable en ambos supuestos, la causa extintiva dispuesta en el artículo 11.1 b) RD 1146/2006, sin que proceda indemnización alguna por la extinción del contrato. Una causa extintiva que, sin perjuicio de la preceptiva publicación del resultado evaluatorio en los tablones del centro, parece necesario que se manifieste expresamente por parte del empleador a través de un acto extintivo expreso en forma de denuncia, en el sentido del artículo 49.1 c) ET, ya que, si no lo hubiese, y especialmente si el trabajador continuase prestando servicios asistenciales ordinarios en el centro hospitalario, el contrato podría considerarse tácitamente convertido en otro por tiempo indefinido.

La operación de acompasamiento entre la duración del vínculo contractual y el transcurso del programa formativo, exige además -como anunciaba la D.A. 1ª LOPS-, que el RD 1146/2006 se pronuncie sobre los supuestos excepcionales para su posible prórroga cuando se produzcan casos, no imputables al interesado, de suspensión de la relación laboral. Siguiendo tal mandato, el artículo 3.4 dispone que “*cuando la evaluación negativa se deba a la imposibilidad de prestación de servicios superior al 25 por ciento de la jornada anual como consecuencia de la suspensión del contrato o de otras causas legales, se autorizará la prórroga del contrato por el tiempo necesario para completar el periodo formativo o su repetición completa, previo informe de la Comisión de Docencia correspondiente*”, habiendo de ser re-suelta la propuesta de repetición por el Ministerio de

³⁸ Tal fue la opinión mostrada en su momento por J.M. GOERLICH PESET: “Los médicos residentes: un supuesto especial...”, *op. cit.*, p. 65.

³⁹ No obstante, como se verá, el RD 1146/2006 garantiza igualmente el que, cuando la calificación judicial del despido sea la de improcedente, el residente tenga derecho a optar entre la readmisión o la indemnización (artículo 11.3): bastará así con una demanda por despido disciplinario solicitando judicialmente dicha calificación para disponer de la citada opción por parte del residente.

⁴⁰ Queda abierta entonces para el residente, la posibilidad de solicitar la revisión de la evaluación final negativa, a través del procedimiento previsto en la D.A. 5ª, párrafo 1º -aunque sólo, textualmente, cuando el Comité de Evaluación considere que no procede recuperación, y no, en cambio, cuando tras el plan de recuperación volviese a repetirse una calificación negativa-.

Sanidad y Consumo. El supuesto de hecho aquí contemplado se construye como una sub-especie con respecto del anterior: se trata aquí de canalizar las consecuencias contractuales derivadas igualmente de una evaluación negativa, pero fundamentada ahora sobre una causa cuantitativa y objetiva: la falta de cumplimiento de una cuarta parte de la jornada anual, como consecuencia de un supuesto de suspensión del contrato no procedente de la autonomía individual⁴¹, o bien de “otras causas legales”, mención reglamentaria que hay que entender referida, en principio, a las excedencias forzosas reguladas en el ET, a las que se remite el artículo 10 RD 1146/2006. En cuanto a las consecuencias jurídicas, la principal diferencia estriba en la duración de la prórroga, que no viene aquí limitada a un periodo máximo de tres meses: se entiende, a partir de una interpretación lógica, que la extensión de la prórroga del contrato habrá de corresponderse con la jornada anual dejada de realizar por el residente (entre el 25% y el 100%: “repetición completa”). Todo ello, sin perjuicio de que, como se verá más adelante, de resultar la suspensión contractual superior a dos años, el residente se haya de reincorporar en la parte del programa de formación que estime la comisión de docencia, aunque ello pueda suponer la repetición de algún periodo ya evaluado positivamente (artículo 9.2 RD 1146/2006). Recuérdese que se trata, también aquí, de un verdadero derecho subjetivo del residente a la prórroga contractual (artículo 4.1 j) RD 1146/2006), del que deriva una correlativa obligación empresarial cuyo incumplimiento desencadena las consecuencias jurídicas ya vistas con anterioridad.

Finalmente, la normativa reglamentaria contemplada, en su artículo 3.2, un régimen propio de prórroga de la residencia en relación con un grupo de supuestos en los que, en principio, y salvo una excepción (víctimas de violencia doméstica), la imposibilidad de completar el programa formativo por parte del residente tiene que ver con factores referentes a la esfera del empresario, y en los que, por consiguiente, no existe evaluación negativa alguna. Esta

recopilación de supuestos, en principio extintivos (aunque alguno, en origen, es suspensivo) se extrae de un complejo juego de remisiones entre el citado precepto y el artículo 11.2 RD 1146/2006, el cual remite a su vez al artículo 49 ET⁴².

Se trata de supuestos que implican la interrupción del programa de residencia por causas no imputables al residente, y cuyo denominador común reside en la necesidad (o conveniencia, en el caso de la fuerza mayor suspensiva de duración superior a seis meses) de que la continuación del programa formativo se produzca en otra unidad docente diferente de aquella a la que inicialmente estaba adscrito el trabajador. No se trata aquí, por tanto, de una simple prórroga del contrato, sino de un “nuevo contrato” –como expresamente reconocen los artículos 3.2 y 11.2 RD 1146/2002- con un sujeto empleador diferente. Y es que producida la extinción del contrato de residencia inicial como consecuencia de las causas citadas, la Administración sanitaria asume la obligación de ofrecer a los residentes afectados la posibilidad de continuar su formación como especialistas en otras unidades docentes⁴³, en las que se reconocerán los periodos de formación ya realizados y evaluados positivamente en la unidad docente de procedencia. De este modo, el nuevo contrato que se suscriba cuenta con reglas excepcionales en lo que se refiere a su duración: esta puede ser inferior a un

⁴² A saber: a) muerte, jubilación o extinción de la personalidad jurídica del empresario contratante (artículo 49.1 g) ET); b) fuerza mayor que imposibilite definitivamente la prestación de trabajo (artículo 49.1 h) ET); c) fuerza mayor suspensiva, o suspensión por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción: prolongándose la suspensión por un tiempo superior a seis meses, ésta se convierte en un supuesto extintivo del contrato de residencia (artículo 11.1 f) RD 1146/2006); d) despido colectivo (artículos 49.1 i) y 51 ET); e) voluntad del trabajador fundamentada en incumplimiento grave del empresario (artículos 49.1 j) y 50 ET); y f) decisión de la trabajadora que se vea obligada a abandonar definitivamente su puesto de trabajo como consecuencia de ser víctima de violencia de género (artículo 11.1 j) RD 1146/2006).

⁴³ El artículo 11.2 RD 1146/2006 configura aquí una verdadera obligación normativa vinculante para la Administración sanitaria que, sin embargo, críticamente, el artículo 4.1 j) se olvida de tipificar como un derecho subjetivo del residente, a diferencia del derecho a las prórrogas del contrato con el empleador inicial de los artículos 3.3 y 3.4. Que la satisfacción de dicho derecho no sea exigible frente a quien a la sazón es la contraparte del contrato, sino frente a la Administración (como sucede con otros de los tipificados en el artículo 4), no supone una justificación aceptable al respecto. Otra cosa será que las vías para hacer efectiva la obligación de la Administración sanitaria de adjudicación de un nuevo destino sean las de los recursos administrativos y posteriormente jurisdiccionales en el orden contencioso-administrativo.

⁴¹ El artículo 9 RD 1146/2006 prohíbe la suspensión del contrato de residencia tanto por mutuo acuerdo de las partes, como por causas consignadas en el contrato.

año, celebrándose únicamente “*por el tiempo necesario para finalizar el curso que fue interrumpido*”. Una vez modificada la adscripción del residente, será pues sobre el nuevo empleador sobre quien recaigan las sucesivas obligaciones de prorrogar ordinariamente el contrato de residencia, en los términos vistos más atrás, para la continuación del programa de formación hasta su finalización.

II.- LA ORDENACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO DEL PERSONAL RESIDENTE EN FORMACIÓN.

El apartado que aquí comienza se enfrenta sin duda a uno de los puntos más delicados y polémicos de todo el régimen jurídico del contrato de trabajo especial de residencia: la temática de la ordenación del tiempo de trabajo de los residentes. Esta ha de disciplinarse efectuando una adecuada ponderación de al menos tres parámetros básicos que, con carácter general, se encuentran afectados: en primer término, el de la protección de la salud de los trabajadores residentes; en segundo lugar, el de la preservación y garantía de la calidad asistencial de los centros y unidades a los que están adscritos; y, en tercer término, la consecución de los objetivos docentes ligados al programa de formación. Junto a ello, la normativa trata de no descuidar otros dos elementos, de carácter no ya general sino particular, como son el imperativo de la conciliación de la residencia con la vida familiar y laboral, así como la adecuación del tiempo de trabajo en relación con el personal residente discapacitado.

Precisamente el objetivo de proteger a estos trabajadores frente a los efectos perjudiciales para su salud y seguridad derivados de una duración del trabajo excesiva, de un descanso insuficiente, o de una organización del trabajo irregular fue, junto a las repercusiones de dichos efectos sobre la prestación y calidad de la asistencia sanitaria (dado, en especial, el elevado número de “guardias” efectuados por los residentes en los servicios de salud de los distintos países europeos), las dos motivaciones centrales que impulsaron la inclusión de este colectivo en el ámbito de aplicación de la actual Directiva

2003/88/CE⁴⁴. Si bien esta contiene, como se verá seguidamente, una labor de adaptación de sus disposiciones relativas a los tiempos de trabajo y descanso a la naturaleza específica de los servicios sanitarios, teniendo en cuenta la necesidad de garantizar la continuidad del servicio: por una parte, permitiendo que las legislaciones estatales puedan efectuar recortes sustanciales en torno a ciertos extremos de la regulación (artículos 3, 4, 5 y 8); y por otra, estableciendo una normativa transitoria excepcional a propósito de la duración del tiempo de trabajo semanal de los “médicos en periodo de formación” (artículo 17.5), mención que, en base a una interpretación lógica, sistemática y teleológica parece conveniente entender referida a todos los profesionales sanitarios en formación.

La transposición al ordenamiento español de las reglas comunitarias sobre tiempo de trabajo y régimen de descansos en relación con el personal sanitario comenzó, de hecho, con la aprobación de la Ley 55/2003, sobre el Estatuto Marco del Personal Sanitario (EM)⁴⁵. De este modo, el RD 1146/2006 vino a completar dicha transposición en relación con el personal sanitario en formación, estableciendo las correspondientes “peculiaridades” o diferencias entre el régimen jurídico de los residentes y el del personal (normalmente estatutario) adscrito a los respectivos servicios de salud en lo referido a tres aspectos, como son la duración de la jornada ordinaria, el descanso interjornadas y la jornada complementaria (artículo 5), y regulando paralelamente el régimen de festivos, permisos y vacaciones (artículo 6). Por su trascendencia, y su directa influencia en la regula-

⁴⁴ Para una evaluación de los efectos, en particular, de las guardias médicas sobre la salud, calidad de vida y calidad asistencial de los médicos residentes en España, cfr. el estudio empírico elaborado por M. MENÉNDEZ GONZÁLEZ – P. RYAN MURÚA – B. GARCÍA SALAVERRI: “Efecto subjetivo de las guardias sobre la salud, calidad de vida y calidad asistencial de los médicos residentes en España”, *Archivos Médicos*, Vol. 1, Nº 1, nº 19, 2005, pp. 1-12.

⁴⁵ Vid. concretamente su Capítulo X (artículos 46-61). Para un comentario integral de esta normativa, cfr. I. GONZÁLEZ DEL REY – P. MENÉNDEZ SEBASTIÁN: “La ordenación del tiempo de trabajo del personal estatutario del Sistema Nacional de Salud”, *R.L.*, nº 20, 2006, pp. 15-49. La D.T 1ª EM, por lo demás, se adelantaba a la normativa específica sobre la relación laboral de residencia, regulando anticipadamente la aplicación paulatina de la jornada de trabajo al personal en formación mediante residencia; términos de regulación que se incorporarán después a la D.T 1ª del RD 1146/2006.

ción que aquí se analiza, se reparará seguidamente sobre el tratamiento por parte del Derecho Comunitario, de la temática del tiempo de trabajo de los “médicos en periodo de formación”.

2.1.- La ordenación comunitaria sobre el tiempo de trabajo y su evolución en relación con los “médicos en periodo de formación”:

En contraste con la postura omisiva del legislador laboral interno, el Derecho Social Comunitario, particularmente en lo que se refiere a la ordenación del tiempo de trabajo, sí que ha venido efectuando una contemplación específica de la actividad si no textualmente de todos los profesionales sanitarios en periodo de formación, sí al menos de los médicos⁴⁶: inicialmente, por cierto, a los efectos de la exclusión de dicho colectivo respecto del ámbito de aplicación de sus disposiciones. Concretamente la Directiva 93/104/CE, del Consejo, de 23 de noviembre, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, se encargaba de señalar, en su artículo 1.3, su inaplicabilidad, entre otros colectivos, a “*las actividades de los médicos en periodo de formación*”. Teniendo como objetivo primordial la protección de los trabajadores contra los efectos perjudiciales para su salud y seguridad derivados de una duración de trabajo excesiva, de un descanso insuficiente, o de una organización del trabajo irregular, el texto aprobado por el Consejo achacaba difusamente al “carácter específico del trabajo” la necesidad de adoptar “medidas separadas” por lo que

⁴⁶ De hecho, esta mención literal a los “médicos en formación” contenida en la Directiva podría plantear la duda de si el legislador español, al efectuar la transposición de la Directiva 2003/88/CE, puede extender este régimen restrictivo de derechos contenido en la Directiva, incluida la regulación transitoria de la duración del tiempo de trabajo semanal, al resto del colectivo de residentes, esto es, a los “no médicos”. A nuestro juicio, dicha posibilidad se derivaría, en primer término, de una interpretación sistemática de los artículos artículo 17.3 c) i) y 17.5. Si bien el segundo se refiere sólo, textualmente, a los “médicos en formación”, el primero hace referencia, de modo más amplio, a los “servicios relativos a la recepción, tratamiento y/o asistencia médica prestados por hospitales o centros similares (incluyendo las actividades de médicos en periodo de formación)”. El sentido de este inciso recuerda simplemente la inclusión en el ámbito de la norma comunitaria de un colectivo anteriormente excluido, pretendiendo en buena lógica y en atención a la finalidad del precepto, abarcar a los profesionales sanitarios en formación que presten su actividad en dichos servicios de asistencia sanitaria prestados por hospitales o centros similares: desde enfermeros hasta bioquímicos, farmacéuticos, biólogos, etc.

se refería a la distribución del tiempo de trabajo en los sectores y actividades excluidos de la Directiva⁴⁷.

La iniciativa a este respecto, partió de la Comisión, la cual ya durante la segunda lectura se comprometió con el Parlamento Europeo a adoptar iniciativas relativas a los sectores y actividades excluidos del ámbito de aplicación de aquella. Concretamente en 1997, el *Libro Blanco sobre los sectores y las actividades excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva relativa a la ordenación del tiempo de trabajo*⁴⁸, se preocupaba de destacar los efectos negativos de una ordenación inadecuada del tiempo de trabajo en tales sectores y actividades excluidos, no solamente desde el prisma de la seguridad y salud de los trabajadores, sino también para preservar el bienestar y la seguridad de las demás personas en general: en particular, por lo que se refiere a los profesionales sanitarios en formación, por las posibles repercusiones sobre la prestación y la calidad de la asistencia sanitaria. Teniendo en cuenta especialmente el elevado número de servicios “de guardia” efectuado por estos profesionales en formación en los servicios de salud de los distintos Estados miembros⁴⁹, llegaba

⁴⁷ Considerando 16° de la Directiva 93/104/CE. Excepto los médicos en formación, el resto de los sectores y actividades excluidos tenían como característica común el tratarse generalmente de trabajadores obligados a ausentarse de su hogar para realizar su trabajo (“trabajadores móviles”: transporte por carretera, aéreo, por ferrocarril, marítimo, navegación interior, pesca marítima y otras actividades marítimas), por lo que la motivación de la exclusión de aquellos quedaba aún más evanescente en la propia motivación de la Directiva.

⁴⁸ COM (97) 334 final.

⁴⁹ Un estudio realizado para la Comisión en 1994 (*Coshape Ltd.: The Working Hours of Doctors in Training in the context of the Directive 93/104/CE*) revelaba que, pese a que el trabajo “de guardia” de los médicos en formación variaba considerablemente en cada Estado miembro, en varios países los médicos en formación trabajaban un gran número de horas semanales y periodos excesivamente largos de servicio continuo, permaneciendo durante la noche o el fin de semana en adición a la jornada de trabajo normal u ordinaria. Y es que “a falta de disposiciones expresamente garantizadoras de descansos suficientes, o a falta de otras restricciones del número de horas de trabajo, muchos horarios de servicio obligan a los médicos en formación a trabajar más de 32 horas (seguidas), e incluso más de 70 horas en los casos más extremos, sin un tiempo de descanso suficiente”. El informe concluía además que, si bien los horarios de trabajo semanales de los médicos en formación eran muy variados, estos superaban por lo general las 55 horas por semana en muchos países. Por lo demás, el informe resaltaba que pese a que en algunos países europeos, su situación es especial, puesto que no son ni trabajadores por cuenta propia, ni trabajadores por cuenta ajena, ni trabajadores en prácticas, por lo general, en la gran mayoría de los países se les considera trabajadores por cuenta ajena a los efectos de la legislación laboral.

este documento a la conclusión no sólo del evidente riesgo para la salud y la seguridad de un número considerable de médicos en formación, sino también para la seguridad del público en general, dada la participación directa de estos profesionales en los procedimientos y decisiones médicas que afectan a los pacientes.

Partiendo de estas consideraciones, el documento venía a proponer en definitiva, por lo que se refiere a los médicos en formación, no ya la adopción de “medidas específicas” –lo cual se reserva para los trabajadores “móviles”-, sino pura y llanamente, la extensión de las disposiciones de la Directiva 93/104/CE a los mismos, aunque introduciéndose en la misma los ajustes necesarios en las redacción de las excepciones existentes en varios de sus preceptos, para que los Estados miembros pudiesen después abordar, a escala nacional, el tratamiento de las polémicas “guardias”, velando así por la continuidad del servicio de asistencia sanitaria. Y es que, no en vano, el Libro Blanco de 1997 era consciente de que la ampliación de la Directiva, con el otorgamiento de los derechos en ella contemplados a los médicos en formación, podría también “tener repercusiones sobre la prestación y la calidad de la asistencia sanitaria”⁵⁰, por lo que se propugnaba no ya la elaboración de una normativa *ad hoc* para la regulación del tiempo de trabajo de los médicos en formación⁵¹, pero sí la búsqueda de un equilibrio a través de la introducción de ciertos ajustes en el texto de la norma para atender a las circunstancias y consideraciones operativas que anteriormente se encontraban en la raíz de la exclusión de los médicos en formación⁵².

Pues bien tales ajustes vinieron de la mano de la aprobación de la **Directiva 2000/34/CE**, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de junio de

2000, por la que se modifica la Directiva 93/104/CE del Consejo, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, para incluir los sectores y actividades excluidos de dicha Directiva⁵³. Ambos textos normativos vendrían con posterioridad a ser refundidos o codificados a cargo de la **Directiva 2003/88/CE**, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo⁵⁴.

La nueva regulación, incluyendo en su ámbito de aplicación “*las actividades de los médicos en periodo de formación*”, declaraba así tomar en consideración su “*naturaleza específica*”, para emprender una labor de “*adaptación*” de las disposiciones vigentes relativas al tiempo de trabajo y de descanso⁵⁵. De este modo, una vez establecido que su nuevo ámbito de aplicación ampliado comprende “a todos los sectores de actividad privados y públicos, en el sentido del artículo 2 de la Directiva 89/391/CEE” (artículo 1.3), la Directiva vigente (2003/88/CE) abre la vía a la existencia de disposiciones comunitarias más específicas para determinadas ocupaciones o actividades profesionales (artículo 14); al tiempo que decreta también la posibilidad de “*excepciones*”⁵⁶ a la vigencia de algunos de sus parámetros reguladores a cargo bien de disposiciones internas de los Estados, o bien de convenios y acuerdos colectivos (artículos 17, 18 y 19). Ello es precisamente lo que se dispone, en el artículo 17.3 c) i), “para las actividades caracterizadas por la *necesidad de garantizar la continuidad del servicio o de la producción*; en particular cuando se trate de “*servicios relativos a la recepción, tratamiento, y/o asistencia médica prestados por hospi-*

⁵⁰ Vid. “Libro Blanco...”, especialmente pp. 15-16 y 18-19.

⁵¹ Vid. , en este sentido, el Dictamen del Consejo Económico y Social sobre el Libro Blanco (D.O.C.E., nº C 157, 25-05-1998, p. 74. (apartado 3.4).

⁵² Para una síntesis del equilibrio propuesto por la Comisión, vid. también la Resolución sobre el Libro Blanco sobre los sectores y actividades excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva relativa a la ordenación del tiempo de trabajo (COM (97) 0334 C4-0434/97).

⁵³ D.O.C.E. nº L 195, 1-08-2000, pp. 41-45.

⁵⁴ D.O.C.E. nº L 299, 18-11-2003, pp. 9-19.

⁵⁵ Vid. Considerandos 3, 7 y 10 de la Directiva 2004/34/CE.

⁵⁶ La Directiva sobre tiempo de trabajo ha sido calificada por la propia Comisión como un acto legislativo “relativamente complejo” del Derecho Comunitario, dada la histórica confluencia de “exclusiones” y de “excepciones”. La idea que informa estas últimas, contempladas en el artículo 17, sería, pues, la de “mantener los principios establecidos en la Directiva, permitiendo al mismo tiempo aplicarlos de manera flexible”. Cfr. Informe de la Comisión sobre el Estado de aplicación de la Directiva 93/104/CE, de 23 de noviembre de 1993 relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo: COM (2000) 787 final.

tales o centros similares (incluyendo las actividades de médicos en periodo de formación)". La presencia de dicho bien jurídico colectivo (necesidad de garantizar la continuidad de un servicio público esencial) es la que justifica, en suma, la posibilidad de establecer recortes sustanciales, por parte de las legislaciones nacionales, en torno a ciertos extremos de la regulación⁵⁷.

Pero sobretodo, destaca en esta regulación el establecimiento desde el derecho comunitario de una detallada normativa excepcional a propósito de la duración del tiempo de trabajo semanal que afecta exclusivamente a los médicos en periodo de formación, y no, en cambio, al resto de profesionales de la asistencia sanitaria (artículo 17.5). Siendo la regla general (artículo 6) la de que la duración media del trabajo no ha de exceder de 48 horas, incluidas las extraordinarias, por cada periodo de siete días, la Directiva venía a establecer un periodo transitorio de cinco años, a partir del 1 de agosto de 2004⁵⁸, en el cual los Estados miembros habrían de velar por que "el número de horas semanales de trabajo no supere en ningún caso una media de 58 horas durante los tres primeros años del periodo transitorio, una media de 56 horas durante los dos años siguientes y una media de 52 horas durante el periodo, en su caso, restante". Periodo transitorio de excepcionalidad o recorte de derechos de los médicos en formación que, además, admite su prolongación incluso hasta tres años más (dos años de "plazo suplementario", más un "año adicional"), para posibilitar el que los Estados miembros puedan atender a su responsabilidad en la organización y prestación de los servicios médicos y de salud⁵⁹, si bien bajo el control de la

Comisión⁶⁰. Todo ello, con independencia de los acuerdos colectivos que pudiesen alcanzarse entre empresarios y representantes de los trabajadores para dulcificar, o bien, en su caso, para acortar el alcance temporal de este régimen transitorio⁶¹.

El mero análisis de la literalidad de este pasaje normativo regulador del periodo transitorio permite extraer sin muchas dudas una importante conclusión, como es la del efecto directo que del mismo cabría seguramente predicar, ante la hipotética falta de normativa interna de transposición en nuestro país de esta normativa dentro de los plazos establecidos al efecto. De hecho, los precedentes jurisprudenciales ya habían apuntado hacia el efecto directo de la Directiva 93/104/CE, y más concretamente, entre otros preceptos, del artículo 6, referido a la duración máxima del tiempo de trabajo semanal⁶².

Y es que, por otra parte, el tratamiento comunitario del tiempo de trabajo de los médicos en formación no queda agotado con la referencia al puro análisis de la evolución normativa. Resulta imprescindible traer a colación dos importantísimas resoluciones dictadas por el TJCE cuyo impacto sobre disposiciones fundamentales de la Directiva ha resultado considerable. Se trata de las sentencias dictadas en los

⁵⁷ 1) el derecho a un periodo mínimo de descanso diario de once horas consecutivas (artículo 3); 2) el derecho a disfrutar de pausas de descanso en jornadas diarias de duración superior a 6 horas (artículo 4); 3) el derecho a disfrutar de un periodo mínimo de descanso semanal (artículo 5); y 4) las limitaciones a la duración del trabajo nocturno, sobretodo cuando éste implique riesgos especiales o tensiones físicas o mentales importantes (artículo 8).

⁵⁸ Plazo específico, diferente del plazo general de transposición de la Directiva 2000/34/CE (1 de agosto de 2003).

⁵⁹ Cfr. ampliamente al respecto T. PICKERSGILL: "The European working time Directive for Doctors in Training", *British Medical Journal*, 23-3-2001, p. 1266 y ss.

⁶⁰ "Los Estados miembros podrán disponer de un plazo suplementario de hasta dos años, en caso necesario, con el fin de atender las dificultades que entrañe el cumplimiento de las disposiciones relativas al tiempo de trabajo por lo que respecta a su responsabilidad en la organización y prestación de servicios médicos y de salud. Al menos seis meses antes del fin del periodo transitorio el Estado miembro de que se trate deberá informar a la Comisión exponiendo sus motivos, de modo que la Comisión pueda emitir un dictamen, tras evacuar las consultas pertinentes, en los tres meses siguientes a la recepción de dicha información. Si el Estado miembro no sigue el dictamen de la Comisión, deberá motivar dicha decisión (...). Los Estados miembros podrán disponer de hasta un año adicional, en caso necesario, con el fin de atender cualquier dificultad especial que entrañe el cumplimiento de las responsabilidades contenidas en el párrafo tercero (anterior)".

⁶¹ Por lo demás, no es casual que, tras establecerse en la Directiva 2000/34/CE este régimen transitorio excepcional, como "remedio" a una situación muy particular, como la de los médicos en formación, haya desaparecido en el texto de la Directiva 2003/88/CE la anterior posibilidad de los Estados miembros de decretar la inaplicación global del artículo 6 (duración máxima del tiempo de trabajo semanal) en cualquier situación en la que el trabajador diese individualmente su beneplácito: antiguo artículo 18.1 b) i) de la Directiva 93/104/CEE.

⁶² Vid., sobre este particular, M. CIENFUEGOS MATEO – F. ARMEN-GOL FERRER: "Principios fundamentales del Derecho Comunitario y ordenación del tiempo de trabajo de los profesionales sanitarios", *R.E.D.T.*, nº 124, 2004, especialmente pp. 731-734.

asuntos **SIMAP** (STJCE 3-10-2000)⁶³ y **Jaeger** (STJCE 9-10-2003)⁶⁴, las cuales vinieron a declarar la calificación como tiempo de trabajo de los periodos de atención continuada de los médicos en régimen de presencia física en el centro de trabajo.

Por lo que se refiere a la primera, las cinco cuestiones prejudiciales globales planteadas por el órgano jurisdiccional español giraban básicamente en torno a un gran interrogante central: dilucidar si el tiempo dedicado a la atención continuada (“guardias”) prestado por los Equipos de Atención Primaria, tanto mediante el régimen de “presencia física” en los centros de trabajo, como mediante el régimen denominado de “localización”, debería ser considerado como tiempo de trabajo, y en su caso, horas extraordinarias, en el sentido de la Directiva comunitaria. El TJCE respondió que “*el tiempo dedicado a atención continuada prestado por los médicos de los Equipos de Atención Primaria en régimen de presencia física en el centro sanitario debe considerarse tiempo de trabajo en su totalidad y, en su caso, horas extraordinarias en el sentido de la Directiva 93/104/CE*”, mientras que “*Por lo que respecta a la prestación de servicios de atención continuada por dichos médicos en régimen de localización, sólo debe considerarse tiempo de trabajo el correspondiente a la prestación efectiva de servicios de atención primaria*”. Se basaba esta interpretación del concepto de tiempo de trabajo, construido técnicamente la Directiva en torno a tres elementos aparentemente cumulativos⁶⁵, en el propio objeto central de este instrumento comunitario; a saber: el garantizar la seguridad y salud de los trabajadores, de suerte que excluir del tiempo de trabajo el periodo de atención continuada en régimen de presencia física, se

entiende por el TJCE, “*equivaldría a poner seriamente en peligro la consecución de dicho objetivo*”.

En la sentencia Jaeger, en un asunto cuyo supuesto de hecho resultaba sustancialmente similar al anterior, el TJCE hubo de pronunciarse sobre si los servicios de atención continuada debían ser considerados como tiempo de trabajo en su totalidad, aun cuando el interesado no desarrollase efectivamente sus actividades profesionales, sino que, por el contrario, se le permitiese descansar, e incluso dormir durante tales servicios; cuestión ésta que, según el órgano jurisdiccional remitente de la cuestión prejudicial, no se había planteado ni resuelto en la sentencia SIMAP. Una cuestión, que, a la postre, es declarada irrelevante, por cuanto que tales periodos de inactividad profesional se consideran como inherentes a los servicios de atención continuada⁶⁶. Por segunda vez el Tribunal, por tanto, descarta la autonomía de los tres criterios de la definición del tiempo de trabajo, delimitando claramente el margen de maniobra de las legislaciones internas en lo referente a las definiciones de “tiempo de trabajo” y de “tiempo de descanso”; las cuales constituyen conceptos de Derecho Comunitario que es preciso definir según características objetivas, garantizando una aplicación uniforme en relación con el sistema y la finalidad de la Directiva.

Resulta evidente el impacto de esta jurisprudencia en aquellas legislaciones internas de los Estados miembros que no consideraban el periodo de atención continuada con presencia física en el lugar de trabajo como un concepto que se hallara íntegramente dentro de la noción técnica de tiempo de trabajo. Pero, por lo que aquí interesa, es especialmente relevante resaltar la trascendencia que revestía la proyección de este criterio interpretativo sobre la situación de los médicos en periodo de formación a

⁶³ Asunto C-303/98, Cuestión prejudicial planteada por el TSJ de la Comunidad Valenciana, a propósito de conflicto colectivo planteado por el Sindicato de Médicos de Asistencia Pública (SIMAP) contra Conselleria de Sanidad y Consumo de la Generalidad Valenciana.. Recopilación de Jurisprudencia 2000, p. I-07963. (TJCE 2000/234).

⁶⁴ Asunto C-151/02, petición dirigida al Tribunal por el Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein (Alemania) en el marco del litigio pendiente ante este órgano jurisdiccional entre el Landeshauptstadt Kiel y Norbert Jaeger. (TJCE 2003/250).

⁶⁵ Téngase en cuenta que la Directiva define el tiempo de trabajo como todo periodo durante el cual el trabajador a) permanezca en el trabajo, b) a disposición del empresario y c) en ejercicio de su actividad o de sus funciones de conformidad con las legislaciones o prácticas nacionales.

⁶⁶ El TJCE, en suma, confirmó que “la Directiva (...) ha de interpretarse en el sentido de que debe considerarse que un servicio de atención continuada (...) que un médico efectúa en régimen de presencia física en el hospital constituye en su totalidad tiempo de trabajo con arreglo a dicha Directiva, aun cuando al interesado se le permita descansar en su lugar de trabajo durante los periodos en que no se requieran sus servicios, de modo que ésta se oponga a la normativa de un Estado miembro que califica de tiempo de descanso los periodos de inactividad del trabajador en el marco de un servicio de atención continuada de esta índole” (punto 61).

partir del 1 de agosto de 2004, y especialmente, al final del periodo de transición que en tal fecha comenzaba. Y ello teniendo en cuenta que en muchos de los países de la Unión Europea, éstos son los que realizan la mayoría de las guardias con presencia física en los centros sanitarios. De ello es bien consciente la Comisión, como también de la difícil situación que puede llegar a plantearse para los sistemas de atención sanitaria como consecuencia del cumplimiento de la duración máxima del trabajo semanal de 48 horas para los médicos en formación, incluyendo en dicha cifra todo el tiempo de atención continuada⁶⁷. Una situación que, se estima, ha de llevar consigo, en la mayoría de los Estados miembros, la contratación de un número adicional de médicos para prestar el mismo nivel de calidad en los servicios asistenciales; lo cual, al margen de las dificultades presupuestarias, podría resultar imposible en la práctica por la falta actual de personal con la formación necesaria para ocupar tales puestos de trabajo.

Como colofón a estas consideraciones, simplemente señalar que la magnitud del problema que la jurisprudencia SIMAP plantea, ha provocado ya el surgimiento de iniciativas legislativas, coprotagonizadas ahora por el Parlamento Europeo y el Consejo, encaminadas a introducir modificaciones en el propio texto de la Directiva para aminorar el impacto de aquel criterio interpretativo. Concretamente la Propuesta en marcha para modificar la actual Directiva 2003/88/CE⁶⁸ se plantea la introducción, en el texto

⁶⁷ Vid. Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, y al Consejo Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, y a los interlocutores sociales a nivel comunitario en relación con la revisión de la Directiva 93/104/CE relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo: COM (2003) 843 final, especialmente, pp. 22-23. Conclusiones provisionales que se formulan, estando pendiente la realización de un estudio completo y detallado, tanto a escala nacional como comunitaria, sobre el impacto de las sentencias SIMAP y Jaeger. A título de ejemplo, en Alemania, de momento, se estima que, tras la citada jurisprudencia, las necesidades de personal habrían aumentado en un 24% (entre 15.000 y 27.000 médicos suplementarios); en el Reino Unido, entre 6.250 y 12.550; y en Holanda, unos 10.000, con un coste adicional de unos 400 millones de euros.

⁶⁸ Vid. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se modifica la Directiva 2003/88/CE relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo: 2004/0209 (COD). La cual, no obstante, cuenta con el visto bueno de la Comisión, que admite ahora expresamente, en relación con este punto, que “los periodos inactivos de atención continuada no requieren el mismo nivel de protección que los periodos activos”: vid. apartado III de la Exposición de Motivos (Justificación de la propuesta), p. 4, punto 15.

de la misma (artículo 2, 1 bis y 1 ter), de dos nuevos conceptos: el de “*tiempo de atención continuada*”, entendiéndose por tal “todo periodo durante el cual el trabajador debe estar disponible en su lugar de trabajo a fin de intervenir, a petición del empresario, para ejercer su actividad o sus funciones”; y junto al mismo, el de “*periodo inactivo del tiempo de atención continuada*”, que sería “todo periodo durante el cual el trabajador está disponible (...) pero no es requerido por el empresario para ejercer su actividad o sus funciones”. Así las cosas, este segundo concepto⁶⁹ “no se considerará tiempo de trabajo, a menos que la legislación nacional o, de conformidad con la legislación o prácticas nacionales, un convenio colectivo o un acuerdo entre interlocutores sociales dispongan de otro modo”. En cambio, el periodo durante el cual el trabajador ejerce efectivamente su actividad o sus funciones durante el tiempo de atención continuada “se considerará siempre tiempo de trabajo”.

En fin, baste señalar, en último término, que los cambios acaecidos en el tratamiento comunitario de la ordenación del tiempo de trabajo de los residentes tuvo ya repercusiones en el plano interno antes de la aprobación del RD 1146/2006; y ello hasta el punto de provocar una cierta rectificación de la anterior postura de inflexibilidad jurisprudencial ante la tesis de que la naturaleza formativa del contrato pudiese condicionar la aplicabilidad de la normativa laboral general contenida en el Estatuto de los Trabajadores⁷⁰.

⁶⁹ La Propuesta declara, no obstante, que “estas dos nuevas definiciones tienen por objeto introducir en la Directiva un concepto que no es en realidad una tercera categoría, que se añade a las otras dos, sino una categoría que integra en distintos grados, los dos conceptos de “*tiempo de trabajo*” y “*periodo de descanso*”, teniendo en cuenta que el concepto de “*tiempo de atención continuada*” propuesto abarca situaciones en las que el trabajador tiene la obligación de permanecer en el puesto de trabajo, punto 18, p. 5.

⁷⁰ Cfr. STS de 18 de febrero de 2003 (RJ 2003/3805); y, con remisión a la anterior, STS 9 de diciembre de 2004 (RJ 2005/874); donde lo que el TS vino a reconocer, de algún modo, fue una suerte de efecto directo ante tempus de la normativa comunitaria sobre ordenación del tiempo de trabajo de los residentes, pese que el plazo de transposición al respecto no había aún vencido (1 de agosto de 2004), declarándose aplicables a los residentes los límites máximos de tiempo de trabajo semanal previstos en la Directiva comunitaria 2000/34/CE para el periodo transitorio.

2.2.- La jornada laboral ordinaria y complementaria del personal residente en formación:

Como premisa de partida de la regulación interna contenida en el RD 1146/2006, la jornada laboral del residente en formación, que lo es siempre a tiempo completo⁷¹, es el resultado de la adición de dos componentes (artículo 5.1): la jornada ordinaria de trabajo y la jornada complementaria. Si la primera se corresponde con la labor asistencial ordinaria y regular desempeñada como consecuencia de la plena integración del residente en una unidad o servicio, la segunda hace referencia a la prestación de servicios de atención continuada (“guardias”). A diferencia del personal estatutario, no se prevé formalmente –salvo lo que luego se dirá–, la posibilidad de que los residentes en formación realicen la denominada “jornada especial de trabajo” (artículo 49 EM), prevista para afrontar aquellas situaciones en las que, por medio de las prestaciones de jornada complementaria, no pueda garantizarse la adecuada atención sanitaria continuada y permanente.

A) La **jornada ordinaria** habrá de ser determinada mediante convenio colectivo, sin que, a diferencia del régimen laboral común (artículo 37.1 ET) se haga referencia al contrato de trabajo: la autonomía individual carece, a nuestro entender, de todo margen de actuación en este terreno⁷². De este modo, en defecto de convenio, dicha jornada ordinaria “será la establecida a través de normas, pactos o acuerdos para el personal estatutario de la especialidad que el residente esté cursando en cada servicio de salud”. Ahora bien, tanto lo determinado específicamente

para el colectivo de residentes en la negociación colectiva, como la aplicación subsidiaria, en su caso, del conjunto normativo correspondiente al personal estatutario de la misma especialidad, han de respetar el límite inderogable de *37,5 horas semanales de promedio en cómputo semestral*. Dicho cómputo, no obstante, sí que puede ser alterado por medio del correspondiente acuerdo, pacto o convenio que resulte aplicable.

B) Por lo que se refiere a la **jornada complementaria**, el residente está obligado a realizar exclusivamente “las horas de jornada complementaria que el programa formativo establezca para el curso correspondiente”, sin que en todo caso puedan realizarse más de *siete guardias al mes*. Son dos, por tanto, los elementos limitadores del número de guardias: el programa formativo, como elemento que destinado a prestar atención a incompatibilidad de un exceso de guardias con las exigencias formativas, y que ha de prestar atención, en su determinación, al propio estadio formativo del residente. Y, por otra parte, el límite reglamentario que atiende a exigencias de índole propiamente laboral: se trata, con el tope máximo de las siete guardias mensuales, de impedir que se concentren en los residentes la realización de los periodos de atención continuada en épocas determinadas del año, tales como periodos vacacionales, etc.⁷³. No parece que la negociación colectiva pueda, en este terreno intervenir, ni aumentando ni disminuyendo el número de guardias médicas que debe realizar el residente: ello compete exclusivamente al programa formativo (relación de exclusión), siempre dentro del respeto al límite legal⁷⁴.

Como se dijo anteriormente, la jurisprudencia comunitaria ha declarado la calificación como tiem-

⁷¹ No cabe, como es sabido, la celebración del contrato de trabajo de residencia a tiempo parcial (artículo 5.3 RD 1146/2006), siendo un deber laboral específico del residente la dedicación a tiempo completo a su formación en régimen de residencia, sin que ello sea compatible con ninguna otra actividad profesional, ni tampoco formativa, “siempre que esta se desarrolle dentro de la jornada laboral de la relación laboral especial de residencia” (artículo 20.3 a) LOPS, modificado por la D.F. 3ª Ley Orgánica 4/2007, de modificación de la Ley Orgánica de Universidades. Anteriormente dicha disposición aludía únicamente a los “estudios de doctorado”, como actividad formativa compatible con la residencia.

⁷² A lo cual no obsta lo dispuesto en el artículo 2.2 h), sobre la constancia, en el contenido del contrato, de la “jornada laboral”, que será la que se derive de la aplicación del conjunto normativo que resulte de aplicación.

⁷³ Si bien no se ha acogido, como garantía adicional propuesta desde algún sindicato, la de que los residentes no puedan realizar más de dos guardias por semana, previsión de distribución semanal que podrá obviamente realizarse en sede de la negociación colectiva. Vid. Propuesta de CC.OO. para el desarrollo de un Real Decreto del Personal en Formación en Residencia, op. cit., p. 3.

⁷⁴ En relación con la realización de la jornada complementaria, los convenios sólo podrían, hipotéticamente, establecer criterios de distribución del número de guardias marcado por los programas formativos en módulos temporales inferiores al mes, de modo que se cumpliera, en todo caso con el mandato reglamentario de la no realización de más de siete guardias al mes (v. gr.: previsión convencional de no exceder de dos guardias por semana).

po de trabajo en su totalidad de estos periodos de atención continuada de los profesionales sanitarios prestados en régimen de presencia física en el centro de trabajo (STJCE 3-10-2000; Asunto Simap; y STJCE 9-10-2003; Asunto Jaeguer)⁷⁵; aunque no así, en cambio, la prestación de servicios de atención continuada en régimen de localización, en cuyo caso sólo debe considerarse tiempo de trabajo el correspondiente a la prestación efectiva de servicios. Dicha jornada complementaria, en todo caso, carece de la consideración de horas extraordinarias en el sentido laboral del término, y en consecuencia, no resulta de aplicación, en particular, el régimen de limitaciones contenido en el artículo 35 ET, sin perjuicio de que su retribución específica quede determinada de un modo independiente en las normas, pactos o acuerdos que resulten en cada caso de aplicación.

Y es que, de hecho, sobre el resultado de esta adición de jornada ordinaria más jornada complementaria han de aplicarse los parámetros limitadores de la jornada máxima semanal establecidos, para su aplicación progresiva, en la D.T. 1ª: *58 horas* semanales de promedio *en cómputo anual* hasta el 31 de julio de 2007; *56 horas* semanales de promedio *en cómputo semestral* entre el 1 de agosto de 2007 y el 31 de julio de 2008; y finalmente *48 horas* semanales de promedio *en cómputo también semestral* a partir del 1 de agosto de 2008 en adelante. Sólo llegada dicha fecha se producirá la equiparación normativa en este punto entre el personal residente y los profesionales sanitarios sometidos al EM⁷⁶.

Es obviamente a la negociación colectiva, y subordinados a ella, a los instrumentos de programación funcional de cada centro o servicio, como emanación del poder de dirección, a los que corresponderá realizar la distribución regular o irregular de la jornada dentro de dichos módulos temporales -sólo inicialmente en el anual, para pasar definitivamente al semestral-, respetándose los periodos mínimos de descanso diario y semanal previstos normativamente.

⁷⁵ Para el personal estatutario, acoge dicho criterio interpretativo, procedente de la jurisprudencia comunitaria, el artículo 48.2 EM.

⁷⁶ Vid. artículo 48.2 EM, si bien éste permite que mediante acuerdo, pacto o convenio colectivo se establezca otro cómputo distinto del semestral.

Una distribución a través de la cual se debe asegurar no sólo la labor asistencial sino también el cumplimiento de los programas formativos por parte de los residentes, procurando, en particular, que la ordenación de la jornada de trabajo de los residentes “no perjudique su formación” (artículo 5.2).

2.3.- Los descansos del personal residente en formación: en particular sobre los recortes al descanso mínimo interjornadas y al descanso semanal:

En el plano del **descanso diario o interjornadas** reside uno de los aspectos más polémicos de toda la ordenación del tiempo de trabajo del personal residente. Sobre este punto, el artículo 5.1 b) establece dos previsiones:

- 1). en primer lugar, que, al igual que en el régimen laboral común (artículo 34.3 ET), “entre el final de una jornada y el comienzo de la siguiente deberá mediar, como mínimo, un periodo de descanso continuo de 12 horas”; y junto a lo anterior,
- 2). que “en todo caso, después de 24 horas de trabajo ininterrumpido, bien sea de jornada ordinaria que se hubiera establecido excepcionalmente, bien sea de jornada complementaria, bien sea de tiempos conjuntos de ambas, el residente tendrá un descanso continuo de 12 horas, *salvo en casos de especial interés formativo según criterio de su tutor o en casos de problemas organizativos insuperables*”. En tales supuestos, resultará de aplicación el régimen de descansos alternativos previstos en el artículo 54 EM⁷⁷.

Para comprender el sentido de estas previsiones, que no obstante, podrían ser objeto de modificación

⁷⁷ *Descansos alternativos cuyo régimen jurídico se resume en los siguientes tres puntos básicos: 1) su duración total no puede ser inferior a la reducción del descanso experimentada; 2) la compensación por descansos alternativos se entiende producida cuando se haya disfrutado, en cómputo trimestral, de un promedio de 96 horas de descanso, incluyendo los descansos semanales disfrutados, y computando para ello todos los periodos de descanso de duración igual o superior a 12 horas consecutivas; y 3) la imposibilidad de sustitución de estos descansos por compensación económica, salvo en los casos de finalización de la relación de servicios o de las circunstancias que pudiesen derivar del hecho insular.*

a corto o medio plazo⁷⁸, es preciso pasar revista a algunas de las pautas básicas que rigen la ordenación del tiempo de trabajo prevista para el personal estatutario. Sucede que en los centros sanitarios públicos pueden establecerse, mediante los instrumentos que disciplinen su programación funcional, jornadas de hasta 24 horas para determinados servicios o unidades sanitarias con carácter excepcional, cuando así lo aconsejen razones organizativas o asistenciales (artículo 51.1 EM): en tales casos, al igual que ocurre con el personal estatutario, el descanso mínimo de los residentes entre el fin de una jornada y el inicio de la siguiente se posterga al momento de la finalización de dicha jornada prolongada “excepcional”. E igualmente sucederá cuando la realización de 24 horas de trabajo ininterrumpido lo sea por la realización de jornadas complementarias de tal duración, o bien por acumulación sucesiva de jornada ordinaria más jornada complementaria. La diferencia entre ambas regulaciones reside en que el RD 1146/2006, en su actual redacción, deja abierta la posibilidad de que existan jornadas de trabajo ininterrumpidas superiores a 24 horas, en dos concretos supuestos, como son los casos de *especial interés formativo* según criterio del tutor, y la existencia de *problemas organizativos insuperables*⁷⁹.

Ambas previsiones normativas llevan a cabo una amputación del derecho al descanso diario reconocido en el artículo 3 de la Directiva 2003/88/CE, sobre la base de la excepción contenida en el artículo 17.3 c) i) del propio texto comunitario, fundada en la necesidad de garantizar la continuidad de los servicios de asistencia sanitaria; excepción que incluye expresamente a los “médicos en periodo de formación”).

⁷⁸ De hecho, el Ministerio de Sanidad y las asociaciones de médicos internos residentes (MIR) han acordado en abril de 2007 (vid. El País 11-04-2007), en sede del Foro de Recursos Humanos, que su jornada laboral quede en 24 horas seguidas como máximo, guardias incluidas, “salvo en caso de emergencias asistenciales imprevisibles”, pacto que acaso acabe incorporándose al contenido de la norma en el futuro próximo.

⁷⁹ El EM, en cambio, no contempla en ningún caso dicha posibilidad de jornadas superiores a 24 horas, sino sólo la de que el descanso entre jornadas de 12 horas pueda reducirse (lo cual no equivale a eliminarse), en los términos que exija la causa que lo justifique, tanto en los casos de trabajo a turnos, como cuando se sucedan en un intervalo inferior a doce horas, tiempos de trabajo correspondientes a jornada ordinaria, jornada complementaria o en su caso, jornada especial, aplicándose, en tales casos, el régimen de descansos alternativos del artículo 54 EM.

Pero dicha amputación se produce de un modo y con un alcance diferente, sin que tal decisión se derive directamente -ni quizá pueda derivarse- del texto comunitario, que sólo establece particularidades para los segundos en relación con el régimen transitorio de su jornada máxima semanal. En relación con el descanso mínimo interjornadas, por consiguiente, el derecho interno establece una desigualdad de trato normativo que podría carecer de una justificación objetiva, razonable y proporcionada, y por ende, ser contraria al artículo 14 CE y a la propia Directiva 1999/70/CE, que recoge el Acuerdo Marco Europeo sobre el trabajo de duración temporal. Siendo la relación jurídica de residencia un contrato de carácter formativo, la primera de las justificaciones podría teóricamente resultar admisible: pueden ciertamente existir actuaciones médicas revestidas de un especial interés formativo para el residente, que justifiquen quizá la prolongación “superexcepcional” de su jornada según criterio del tutor, como responsable último de garantizar la calidad de la formación especializada de cada residente. Más difícil de compatibilizar con las exigencias constitucionales resulta, a nuestro juicio, la segunda causa de prolongación de la jornada, referida a la existencia de “problemas organizativos insuperables”, que, sin embargo, es la que parece destinada a mantenerse ante una hipotética reforma del precepto⁸⁰.

A primera vista no parece sostenible, en nuestra opinión, pensar que la naturaleza formativa del contrato pueda ofrecer una justificación suficiente para sustentar la desigualdad de trato normativo recién señalada, de la que se derivan garantías desproporcionadamente desiguales para uno y otro colectivo en las situaciones descritas por ambas normas, en términos aparentemente equiparables, que remiten, en definitiva, a situaciones de sobresaturación de los

⁸⁰ Y es que, en relación con este tipo de contingencias, la disparidad de trato normativo entre ambos tipos de personal quizá resulte más difícil de justificar: al personal estatutario, en tales casos, le resulta aplicable el régimen de las denominadas “jornadas especiales”, a través de las cuales puede superarse la duración máxima conjunta de la jornada ordinaria y la jornada complementaria pero sólo cuando dicho personal manifieste por escrito, individualizada y libremente su consentimiento (artículo 49 EM). Al personal residente, en cambio, se le puede imponer materialmente la realización de dichas jornadas especiales, a través de la segunda excepción del 5.1 b) RD 1146/2006, sin que opere, además, todo el resto de garantías previsto en la norma estatutaria.

servicios sanitarios: mientras que a los primeros se les protege mediante la necesidad de que presten su consentimiento expreso y formalizado por escrito, mediante el régimen de las jornadas especiales de trabajo, los segundos quedan desamparados ante la posible existencia de órdenes obligatorias por parte de los órganos de dirección de los centros y servicios sanitarios de prolongación de su jornada laboral más allá de las 24 horas de duración, o lo que es lo mismo, de realización materialmente (aunque no formalmente) de jornadas especiales de trabajo⁸¹.

A falta de un pronunciamiento expreso de la jurisdicción contencioso-administrativa sobre la adecuación al ordenamiento jurídico legal y constitucional del RD 1146/2006, entendemos, no obstante, que, de compartir el razonamiento sustantivo anteriormente expuesto (vulneración del principio de igualdad ante la ley *ex* artículo 14 CE), los tribunales del orden social, ante una orden del centro o servicio sanitario, podrían considerar inaplicable en este punto concreto el artículo 5.1 b) RD 1146/2006 -esto es, su alusión a la existencia de “*problemas organizativos insuperables*” como justificación para extender la jornada de los residentes más allá de las 24 horas de trabajo ininterrumpidas-, fundamentando dicha inaplicación de un precepto reglamentario sobre la base del principio de jerarquía normativa (artículos 9.3 CE, 6 LOPJ y 3.2 ET)⁸². En todo caso, y hasta tanto este precepto reglamentario no sea expresamente modificado –opción, a nuestro entender, más conveniente-, queda abierta la posibilidad de que la negociación colectiva logre establecer previsiones encaminadas a impedir el recurso a esta prolongación involuntaria de la jornada laboral de los residentes más allá de las 24 horas ininterrumpidas.

⁸¹ De hecho, durante el periodo de elaboración del RD 1146/2006, los representantes de los residentes habían manifestado su oposición a la posibilidad de que éstos realizasen dichas “jornadas especiales”, dada la especialísima situación de subordinación en la que se encuentran los residentes, para evitar que dicho consentimiento favorable pudiese resultar en la práctica forzado, teniendo en cuenta además el hecho de que su realización podría perjudicar seriamente el cumplimiento de los programas formativos.

⁸² Téngase presente que la cuestión de constitucionalidad del artículo 163 CE sólo puede ser planteada en relación con normas con rango de ley.

Pero es que además de albergar los recortes anteriormente vistos sobre el derecho al descanso mínimo interjornadas, la ordenación del tiempo de trabajo de los residentes omite implícita pero conscientemente toda referencia a **la obligatoriedad del respeto al descanso mínimo semanal** previsto, para el régimen laboral común, en el artículo 37.1 ET. Dicha omisión se formula justamente a través de una formulación normativa elíptica, al afirmarse explícitamente la vigencia del resto de las reglas contenidas en el artículo 37 ET, relativas a fiestas, permisos laborales y reducciones de jornada, y no en cambio, la regla contenida en el primer apartado que queda así excluido, empleándose, por cierto, una técnica legislativa de remisión que, como luego se verá, resulta criticable.

También en este punto se contiene una amputación o recorte de derechos autorizada por el ordenamiento comunitario: la aplicación del artículo 5 de la Directiva 2003/88/CE puede, como se vio, igualmente ser exceptuada por las legislaciones internas en aras de garantizar la continuidad de los servicios de asistencia médica prestados por hospitales y centros similares (artículo 17.3 c) i)). Pero de nuevo aquí el derecho español acaba estableciendo un trato normativo desigual entre personal residente y personal estatutario del SNS: a este último, su normativa aplicable sí que le concede el derecho a un periodo mínimo de descanso ininterrumpido con una duración media de 24 horas semanales, que se incrementa con el mínimo de descanso diario (artículo 52 EM), en términos prácticamente equiparables con el artículo 5 de la Directiva, si bien el periodo de referencia para el cálculo de dicho periodo de descanso es de dos meses -no ya de 14 días como en el ET-, y además, cabe su no disfrute en tales términos, si se produce su compensación a través del régimen de descansos alternativos del artículo 54 EM. De nuevo cabe plantear, en este punto, la cuestión de si resulta conforme con el artículo 14 CE esta desigualdad de trato normativo, y más en concreto, si el recorte “adicional” efectuado por el artículo 6.1 RD 1146/2006 resulta justificado en base a la causa y el objeto formativo del contrato laboral de residencia.

Nuestra opinión en este punto es, de nuevo, negativa⁸³.

En tercer lugar, en materia de descansos, el RD 1146/2006 guarda silencio a propósito del derecho de los residentes al disfrute de un **descanso o pausa de quince minutos en jornadas de trabajo que superen las seis horas de duración**. Al no existir en relación con este aspecto ningún tipo de regulación reglamentaria específica, se ha de entender que procede en este punto, por mandato del artículo 1.4 RD 1146/2006, la aplicación supletoria de lo dispuesto en el artículo 34.4 ET: por consiguiente, siempre que la duración de la jornada diaria continuada exceda de seis horas, deberá establecerse un periodo de descanso durante la misma de duración no inferior a quince minutos; un periodo de descanso que se considerará tiempo de trabajo efectivo cuando así esté establecido o se establezca por convenio colectivo o contrato de trabajo. No existe en este punto, por consiguiente, amputación ni recorte alguno del derecho regulado en el artículo 4 de la Directiva 2003/88/CE, como tampoco se efectuó en la Ley 55/2003 en relación con el personal estatutario. Otra cuestión es que, como parece lógico, el momento de disfrute de este periodo de descanso haya de supeditarse al mantenimiento de la atención de los servicios sanitarios - como se encarga de recordar, para dicho personal, el artículo 50 EM-: queda plenamente abierta a la negociación colectiva la determinación de las modalidades y las condiciones de concesión y de disfrute de esta pausa.

2.4.- El régimen de fiestas, permisos y vacaciones del personal residente en formación:

Contrariamente a lo que sucede con el régimen de los descansos, son escasas las peculiaridades normativas que afectan al personal residente en relación con el resto de derechos laborales vinculados a la ordenación del tiempo de trabajo, tales como el régimen de festivos, de permisos retribuidos y reducciones de jornada y de vacaciones. En virtud de la remisión efectuada al régimen laboral común (artículo 6.1 RD 1146/2006)⁸⁴, el personal residente tiene derecho al disfrute de las catorce fiestas laborales anuales retribuidas y no recuperables (artículo 37.2 ET) en su proyección sobre la jornada ordinaria de trabajo; esto es, sin perjuicio de la realización de jornadas complementarias o “guardias” en tales fechas, cuando su realización se derive de la programación funcional correspondiente, al igual que sucede con el resto del personal sanitario.

E igualmente, el personal residente podrá disfrutar de los permisos retribuidos regulados en el artículo 37.3 ET; esto es: a) quince días naturales en caso de matrimonio; b) dos días por el nacimiento de hijo, o por fallecimiento, accidente o enfermedad graves u hospitalización de parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad (que aumentan hasta cuatro días en caso de ser necesario un desplazamiento); c) un día por traslado del domicilio habitual; d) el tiempo indispensable para la realización de un deber inexcusable de carácter público y personal, como el sufragio activo; e) el crédito de horas mensuales retribuidas para la realización de

⁸³ En efecto, no parece, en principio, que exista una fundamentación objetiva, razonable ni proporcionada que sirva para sostener la existencia de un trato normativo desigual, como el que se deriva de la no aplicación al personal residente en formación del régimen de descanso semanal previsto en el artículo 52 EM. Una omisión normativa que no se produce en relación con otros derechos (v. gr., días de libre disposición: artículo 6.2 RD 1146/2006), y que tiene como velada finalidad la de la utilización de este personal en formación como pieza de ajuste para resolver los problemas de programación funcional en los centros y servicios sanitarios en periodos concretos como los fines de semana, en los que la prestación de servicios por parte de este personal sanitario suele resultar, por cierto, menos costosa a las administraciones y centros sanitarios.

⁸⁴ No obstante, hay que decir que la técnica legislativa empleada por el artículo 6.1 RD 1146/2006 resulta criticable porque, pretendiendo enmascarar -o al menos disimular- la privación para los residentes del derecho mínimo indisponible contenido en el artículo 37.1 ET, efectúa remisiones expresas e individualizadas al resto de los distintos párrafos del artículo 37 ET existentes en el momento de la entrada en vigor de aquella norma reglamentaria (apartados 2, 3, 4, 4 bis, 5, 6 y 7). Como quiera que algunos de los diversos apartados de dicha norma se han ido añadiendo de modo aluvional, al irse aprobando sucesivas leyes laborales modificativas del ET (Ley 39/1999, de conciliación de la vida familiar y laboral; Ley 12/2001, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo; y finalmente, LO 1/2004, de protección integral de las víctimas de violencia de género), podría suceder que, de aprobarse, por parte de leyes posteriores al propio reglamento otros párrafos que vengan a añadirse a los actualmente enumerados en dicho precepto, surgiesen dificultades para sostener su aplicabilidad a la relación laboral de residencia.

funciones sindicales o de representación del personal, según lo establecido legal y/o convencionalmente; y f) el tiempo indispensable para la realización de exámenes prenatales y de técnicas de preparación para el parto que deban realizarse dentro de la jornada de trabajo.

Por lo que se refiere a la conciliación de la vida familiar y laboral, resultarán aplicables todas las previsiones provenientes de las Leyes 39/1999 y 12/2001, contenidas en los artículos 37.4, 37.4 bis, 37.5 y 37.6 ET, referidas respectivamente, a las situaciones de lactancia de hijos menores de nueve meses; de hospitalización de hijos tras el parto; de guarda legal y cuidado directo de menores de seis años, minusválidos físicos, psíquicos o sensoriales; y de cuidado directo de familiares por razones de edad, accidente o enfermedad⁸⁵. Si bien en estas dos últimas situaciones -guarda legal por cuidado directo de menores y discapacitados, y cuidado directo de familiares-, la norma reglamentaria ofrece, como se verá, la opción alternativa de la organización particularizada del tiempo de trabajo en jornadas diarias no superiores a doce horas. Y en fin, las trabajadoras residentes víctimas de violencia de género cuentan igualmente con los derechos contemplados en el ET -tras su modificación a cargo de la LO 1/2004-, a la reducción de la jornada de trabajo, o alternatively a la reordenación del tiempo de trabajo, en aras de posibilitar su protección o su derecho a la asistencia social integral.

Junto a estos derechos, que se conceden en igualdad de condiciones con los trabajadores por cuenta ajena del régimen común, se reconoce también a los residentes en formación el derecho a disfrutar de los mismos días de libre disposición que el personal estatutario de cada servicio de salud, siem-

pre y cuando se trate de residentes que presten servicios en las entidades titulares docentes dependientes del SNS (artículo 6.2 RD 1146/2006). Siendo ésta una cuestión que la legislación estatutaria no regula directamente, sino que se remite a lo que se establezca en el ámbito de cada Comunidad Autónoma (artículo 61 EM), el disfrute de este derecho y los términos de su ejercicio habrán de producirse siguiendo lo establecido en sede de la normativa administrativa aplicable y, en su caso, en la negociación colectiva. Se trata, pues, de un derecho del que, en principio, se encuentran privados los residentes adscritos a otros centros sanitarios (particularmente, los del sector sanitario privado), a los cuales resultará de aplicación en este punto su propio régimen convencional.

Por lo que se refiere a las vacaciones anuales retribuidas, el artículo 6.3 RD 1146/2006 establece que su disfrute (al igual que el de las fiestas) “se fijarán atendiendo al cumplimiento de los programas de docencia y a las necesidades asistenciales, de acuerdo con la programación funcional del centro”. Esta escueta referencia presupone e implica la vigencia supletoria, en este punto, del artículo 38 ET y del Convenio 132 OIT: en lo que se refiere a duración, obligatoriedad y retribución de las vacaciones no ha de existir, por consiguiente, peculiaridad alguna en relación con lo dispuesto en el régimen laboral común.

2.5.- Condiciones especiales de la jornada laboral del residente por motivos de conciliación con la vida personal y familiar:

El carácter extraordinariamente prolongado de la jornada laboral de los residentes en formación, que deriva esencialmente de la acumulación, sin solución de continuidad, de jornadas ordinarias y complementarias de trabajo, motiva la existencia de ciertas previsiones específicas en la normativa reglamentaria, contempladas en la D.A. 3ª RD 1146/2006, encaminadas a posibilitar la -por lo demás, nada sencilla- conciliación entre la formación en residencia y la atención a responsabilidades y situaciones personales y familiares. El difícil equilibrio de intereses que en este punto se plantea se trata de resolver ofreciendo una pauta básica de actuación que, al mismo tiempo,

⁸⁵ *No parece factible, sin embargo, que como consecuencia del ejercicio por parte del residente de los derechos a la reducción de jornada contemplados en los artículos 37.4 bis (hospitalización de hijos tras el parto) y 37.5 ET (guarda legal y cuidado directo de familiares), la entidad titular de la unidad docente acuda a la contratación de trabajadores interinos para complementar dicha jornada reducida, siguiendo lo dispuesto al efecto en el artículo 5.2 b) RD 2720/1998. Por otra parte, si dos o más residentes generasen el derecho a la reducción de jornada en virtud del mismo sujeto causante, el empresario sí que podría limitar su ejercicio simultáneo por razones de funcionamiento del centro sanitario, en virtud de lo dispuesto en el artículo 37.5 ET in fine.*

queda formulado como un derecho subjetivo del residente: la conciliación ha de venir dada por medio de una *organización del tiempo de trabajo* que, sin suponer una disminución del número de horas anuales establecido, le permita no realizar, en ningún caso, jornadas superiores a doce horas. El cumplimiento del programa de formación, por tanto, en lo que se refiere a tanto a la realización de las actividades formativas como asistenciales correspondientes a cada una de sus anualidades ha de quedar intacto⁸⁶, debiendo ello hacerse compatible con que la dedicación laboral no absorba en ningún caso más de la mitad del tiempo vital diario del residente. Este mandato normativo, expresado en términos de resultado a conseguir, habrá de ser puesto en práctica con motivo del ejercicio ordinario de los poderes empresariales en relación con la determinación del tiempo de trabajo del residente, dentro del respeto, en su caso, a lo dispuesto por parte de la negociación colectiva, cuya concurrencia en este punto parece más que conveniente⁸⁷.

Son cuatro las situaciones en las que el o la residente⁸⁸ tienen derecho a una organización de su tiempo de trabajo en los términos anteriormente señalados, siempre bajo el propósito, declarado por el Preámbulo de la norma, de permitir al personal residente la conciliación de la vida familiar y laboral sin hacer uso de la reducción de jornada o de la suspensión del contrato, ya que ello imposibilitaría la realización de un curso formativo completo en un año:

- En primer lugar, durante el *embarazo*. La trabajadora residente, durante todo el estado de gestación, y una vez comunicado su estado a las ins-

⁸⁶ Sin que proceda, por tanto, la prórroga del contrato de trabajo, que se reserva para las situaciones de suspensión del contrato y otras causas legales (artículo 3.4 RD 1146/2006).

⁸⁷ A los convenios colectivos podría corresponder, en particular, el diseño de pautas de ordenación del tiempo de trabajo encaminadas a que la combinación de jornadas ordinarias y complementarias no tenga como resultado el rebasar el límite de las doce horas diarias: v. gr., guardias de duración reducida; alternativas al encadenamiento de ambas, etc.

⁸⁸ Los datos estadísticos ofrecen un panorama caracterizado por una muy acentuada feminización del colectivo de residentes en nuestro país, hasta el punto de que en algunas de las últimas convocatorias anuales, en un porcentaje cercano al 75% de la adjudicación de plazas de residencia han correspondido a mujeres (concretamente el 74,76% en el año 2004).

tancias gestoras del centro sanitario, tiene derecho a no realizar jornadas de trabajo superiores a doce horas diarias. En tales términos prevé la norma reglamentaria la adaptación del tiempo de trabajo de la trabajadora residente embarazada, sin necesidad de que ello se derive de la evaluación de riesgos prevista en el artículo 26 LPRL, que regirá supletoriamente en el resto de sus previsiones⁸⁹. Así las cosas, hay que tener en cuenta que, junto con tal adaptación, la residente tendrá igualmente el derecho concedido por el artículo 26.1 LPRL a la no realización de trabajo nocturno o de trabajo a turnos, cuando ello resulte necesario para preservar su salud o la del feto; un mandato éste que condicionará también, particularmente, la realización de “guardias”, sobre todo en ciertas fases del periodo de gestación, y, en todo caso, siempre que exista un informe médico que estime inconveniente la realización de dicho trabajo nocturno o a turnos.

De no resultar posible la adaptación del tiempo de trabajo, la residente tendría teóricamente, como se sabe, el derecho a desempeñar un puesto de trabajo o función diferente, compatible con su estado de gestación: el problema que se plantea es que habría que analizar, en concreto, si dicho puesto de trabajo o función diferente dentro del centro o del servicio permite en la práctica cumplir con las exigencias de dedicación marcadas por la realización del programa formativo, y en particular, con la realización de un número determinado de guardias. De no ser ello así, la residente no tendrá otra salida que acogerse a la suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo, que acarreará, en su caso -superación del 25% de la jornada anual-, la prórroga del contrato prevista en el artículo 3.4, para el caso en que se produzca una evaluación negativa debido a dicha contingencia. En fin, téngase también presente que la residente

⁸⁹ Dicho precepto constituye la transposición al ordenamiento español de las previsiones contenidas al efecto en la Directiva 1992/85/CE, de 19 de octubre, sobre aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia: vid. especialmente, en relación con la ordenación del tiempo de trabajo los artículos 5, 7 y 9.

- embarazada dispone del permiso retribuido para realizar exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto que deban realizarse dentro de la jornada de trabajo -previo aviso al empresario, y siempre que se justifique su realización dentro de dicha jornada- previsto en los artículos 37.3 f) ET y 26.5 LPRL.
- En segundo lugar, también tiene derecho a no realizar jornadas de trabajo diarias superiores a doce horas el o la residente que, por *razones de guarda legal*, tengan a su cuidado directo a menores de seis años o a personas aquejadas de discapacidad física, psíquica o sensorial que no desempeñen una actividad retribuida. Aquí sí que el supuesto de hecho de la norma coincide con el que posibilita, *ex artículo 37.5 ET*, el derecho a una reducción de jornada –entre un tercio y la mitad de la jornada ordinaria- con la correlativa disminución proporcional de salario. La norma ofrece al residente, así pues, una doble alternativa: o bien acogerse a la ordenación particularizada del tiempo de trabajo; o bien acogerse a la reducción de jornada (dado el reenvío que el 6.1 RD 1146/2006 efectúa al propio 37.5 ET), en cuyo caso procederá la prórroga del contrato como consecuencia de una indefectible evaluación negativa debida a la imposibilidad de prestación de servicios por un tiempo superior al 25% de la jornada anual. Puede así suceder, por tanto, que en alguna de las anualidades de que se compone el periodo de residencia, el residente afectado por estas circunstancias se decante por la opción estatutaria de la reducción de jornada, pero lo que es claro es que, de hacerlo en todas y cada una de las anualidades, el periodo de residencia se acabaría alargando de manera excesiva, quedando afectadas, a la postre las expectativas profesionales del futuro especialista. Este es pues, el sentido de la alternativa ofrecida por la D.A. 3ª RD 1146/2006.
 - En tercer lugar, el derecho a la limitación de la jornada diaria también procede cuando al residente le sea necesario encargarse del *cuidado directo de un familiar*, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad, no pueda valerse por sí mismo, y que no desempeñe actividad retribuida. La coincidencia de este supuesto de hecho, igualmente, con el de la correlativa reducción de jornada del artículo 37.5 ET, segundo inciso, hace que sean reproducibles las mismas consideraciones efectuadas con anterioridad en cuanto al carácter alternativo de ambos derechos y el sentido último de la previsión reglamentaria.
 - Y, en fin, en cuarto lugar, cuando el o la residente tengan la *guardia y custodia no compartida de un hijo menor de edad*. Llama la atención el establecimiento de un requisito *sine qua non*, como es el del carácter “no compartido” de la guardia y custodia por parte del residente para poder beneficiarse de la ordenación particularizada de la jornada, que otorga a este mecanismo una dimensión verdaderamente excepcional. Huye la norma pues, deliberadamente, de la concesión “estructural” de esta ventaja por razones genéricas de cuidado de hijos: siendo ello más respetuoso con los intereses de las personas implicadas, parece pensarse que ello podría sin duda complicar la organización del trabajo del colectivo de los residentes, repercutiendo las dificultades de ordenación sobre los residentes, masculinos o femeninos, que carezcan de tales obligaciones⁹⁰. Este mecanismo puede obviamente también resultar una alternativa, en los tres primeros años de vida de un hijo, al recurso a la excedencia por cuidado de hijos –recurso que podría resultar casi ineludible en quien no comparta la guardia y custodia de tales hijos-, que acarreará en todo caso un retraso en la culminación del periodo de formación en régimen de residencia, e incluso, de ser superior a dos

⁹⁰ Por otra parte, dado, en particular, el elevado grado de feminización del colectivo de residentes –como se ha dicho, cercano al 75% en algunas convocatorias anuales-, y la propia franja de edad mayoritaria en el mismo –entre los 25 y los 30 años- la previsión bien puede interpretarse también como una norma formulada en clave de implicación de los progenitores de sexo masculino en el cuidado de los hijos, en la línea de la de la remoción de obstáculos en forma de estereotipos sociales que impiden alcanzar la igualdad efectiva entre hombres y mujeres, como principio transversal informador de todo el ordenamiento jurídico a partir de la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres (vid., en particular, apartado II de su Exposición de Motivos y artículo 4).

años, la posible incorporación posterior del residente a partes del programa ya superadas, como se verá más adelante.

2.6.- Condiciones especiales de la jornada laboral del residente por motivos de discapacidad:

En relación con el personal residente afectado por alguna discapacidad, el RD 1146/2006, en su D.A. 2ª, párrafo 4, contiene también ciertas previsiones enfocadas a propiciar una organización particularizada del tiempo de trabajo. En este sentido, se dispone que “si la discapacidad impide al residente realizar jornadas de trabajo prolongadas, no se disminuirá el número de horas que determina el programa formativo, pero sí se organizarán de forma que tenga los descansos necesarios y adecuados a sus capacidades funcionales”.

Se trata, pues, de una previsión formulada en términos subjetivos, y no objetivos, como la dedicada a la conciliación de la vida personal y familiar. En primer término, por venir sometido su supuesto de hecho a una condición relativa a las condiciones personales del residente: además de haberse reconocido al residente un grado de minusvalía del 33%⁹¹, la norma parece requerir adicionalmente que la discapacidad le impida la realización de jornadas prolongadas; siendo éste, a su vez, un concepto jurídico indeterminado cuyo sentido dependerá del propio alcance de la discapacidad. En segundo lugar, por lo que se refiere a la consecuencia jurídica, la organización del tiempo de trabajo a que se tiene derecho no queda determinada tampoco sobre la base de una limitación objetiva e irrebalsable en cuanto a la duración máxima de la jornada: el objetivo que debe lograrse aquí es el de que el residente discapacitado pueda disfrutar de un régimen de descansos igual-

mente apropiado a sus concretas capacidades funcionales. Tratándose, por consiguiente, de una norma de textura abierta en todos sus términos, su proyección a cada supuesto concreto será una labor que corresponda efectuar a las instancias directivas de los centros y servicios sanitarios, guiándose por criterios comprensivos y flexibles a la hora de encajar la prestación laboral del residente discapacitado en la programación funcional del centro, y siempre en atención al objetivo de la superación de los obstáculos que, desde el punto de vista de la ordenación del trabajo, dificulten la realización plena del programa formativo por su parte, sin menoscabo, por tanto, de la dedicación horaria correspondiente a éste.

III.- EL RÉGIMEN RETRIBUTIVO DEL PERSONAL RESIDENTE EN FORMACIÓN

Indudablemente uno de los propósitos que intenta perseguir la regulación de la relación laboral especial de residencia es el de la dignificación salarial del colectivo de residentes, enmarcado dentro del objetivo global de instaurar una cierta homogeneización en torno una serie de mínimos en la ordenación de sus condiciones de trabajo en todo el territorio nacional⁹². Dicha dignificación pasaba al menos, según una reivindicación sindical históricamente arraigada y unánimemente compartida⁹³, por la exigencia de una equiparación del salario base de los residentes, tanto del sector público como del privado, al “sueldo” correspondiente al personal estatutario en función del título exigido para el desempeño de la plaza que se ocupe⁹⁴. Ahora bien, el principal obstá-

⁹¹ El párrafo 5 de la D.A. 2ª establece que “A los efectos de la relación laboral especial regulada en este real decreto, se entiende por personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de minusvalía igual o superior al 33 por ciento. En todo caso, se considerarán afectados por una minusvalía igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad”.

⁹² Muestra la precariedad económica a que ha venido estando sometido este colectivo el hecho de que el salario total anual de un residente licenciado venía oscilando para el año 2005, de promedio interautonómico, entre los 12.656 euros mensuales para los R-1, y los 17.412 euros para los R-5. En el caso de los diplomados, las cifras oscilaban entre los 10.779 euros y los 11.658 euros anuales (Fuente: Comisión de Recursos Humanos del SNS).

⁹³ Vid., por todos, Propuesta de CC.OO. para el desarrollo de un Real Decreto del Personal en formación en residencia, aprobado en el Consejo Federal de 24 de febrero de 2005, p. 4.

⁹⁴ La estructura retributiva del personal estatutario, regulada por los artículos 42 y 43 EM, se compone de retribuciones básicas (sueldo, trienios y pagas extraordinarias), que responden a un modelo común para todo el SNS; y, en su caso, de retribuciones complementarias (complemento de destino, complemento específico, complemento de productividad, complemento de atención continuada y complemento de carrera), que son determinadas –unas de carácter fijo, y otras variable-

culo para ello era lograr el consentimiento de todas las Comunidades Autónomas, competentes en materia de gestión de sus respectivos servicios sanitarios públicos, para hacer frente al coste financiero de la correspondiente mejora retributiva. Dicho acuerdo unánime se lograría finalmente en el Pleno de la Comisión de Recursos Humanos del SNS, celebrado el 21 de noviembre de 2005, aprobándose así, al igual que sucede con el personal estatutario, un marco retributivo común para todos los residentes del territorio estatal, hecho que se encarga de destacar el Preámbulo del RD 1146/2006. Y es que la consecución de dicho acuerdo unánime suponía una condición necesaria para la inclusión, en el seno de la normativa reglamentaria finalmente aprobada, de una regulación retributiva basada en una serie de principios y criterios mínimamente homogéneos⁹⁵; una regulación que, a la postre, no sólo ha afectado al salario base, sino que también aborda la determinación de complementos salariales.

Dicho esto, conviene efectuar dos consideraciones adicionales. La primera, que se trata de un marco retributivo común pero sólo relativamente homogéneo puesto que permite que en los respectivos Servicios de Salud y demás entidades titulares -dentro de sus competencias, y de acuerdo con las fuentes reguladoras de la propia relación laboral especial de residencia- puedan establecerse diferencias retributivas específicas acordes con la política sanitaria que se lleve a cabo. La segunda, que al acarrear esta nueva regulación un importante incremento de la masa salarial global correspondiente al colectivo de residentes (calculada estimativamente en torno al 18%), su aplicación se efectuaría de forma progresiva a lo largo de tres años y a partir del 1 de enero de 2006. Ambas cuestiones han resultado, por cierto, aspectos desencadenantes de un cierto grado de conflictividad

en el ámbito de cada Servicio de Salud de las respectivas CC.AA. Cfr. ampliamente P. GONZÁLEZ SALINAS – E. LIZÁRRAGA BONELLI (Coord.): *Comentarios a la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud*, 2ª Ed., Thomson - Civitas, Madrid, 2005, pp. 607 y ss.; así como T. SALA FRANCO: *El Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 71-75.

⁹⁵ Tal y como refleja el Acta nº 5 de las sesiones de dicha Comisión de Recursos Humanos, correspondiente a la celebrada el día 21 de noviembre de 2005 (Punto 3 del Orden del Día).

entre la Administración sanitaria estatal y algunos de los colectivos de residentes más reacios a la aceptación de la normativa reglamentaria, tanto antes como después de su entrada en vigor.

Entrando ya en el análisis de la regulación correspondiente, el primer rasgo a destacar es el hecho de que el artículo 7 RD 1146/2006 establece una bifurcación de la ordenación salarial aplicable al contrato de trabajo de residencia, según que el empleador sea una entidad docente dependiente del SNS (Párrafos 1, 2 y 3), o bien se trate de entidades privadas titulares de unidades docentes acreditadas.

3.1.- El salario de los residentes en centros y unidades de titularidad pública:

En el caso de los contratos de residencia que se ejecutan en el marco del SNS, la retribución de los residentes queda vinculada, al igual que sucede con el personal estatutario, a lo establecido anualmente en las respectivas leyes de presupuestos -en primer lugar, a la Ley de Presupuestos Generales del Estado, y dentro del respeto a ésta, por lo dispuesto en las Leyes de Presupuestos de las distintas CC.AA.-. Dicha retribución habrá de estar compuesta en todo caso⁹⁶ por los siguientes cuatro conceptos salariales:

1) *Sueldo*: concepto que cabe equiparar al salario base *ex* artículo 26 ET, cuya cuantía se hace equivalente a la asignada, en concepto de sueldo base en las citadas leyes presupuestarias⁹⁷, para el personal estatutario de los servicios de salud en función del título universitario exigido para el desempeño de su profesión, atendiendo, en el caso de los residentes, al asignado para el ingreso en el correspondiente programa de formación. Así las cosas, el salario base o sueldo de los residentes que accedan al

⁹⁶ Tal y como se desprende indubitadamente del término “comprenderá” empleado, para recalcar su imperatividad, por el artículo 7.1 RD 1146/2006.

⁹⁷ En relación con la Comunidad Foral de Navarra, la D.A. 1ª del RD 1146/2006 elimina la aplicabilidad para el colectivo de residentes de las peculiaridades que sí existen para el personal estatutario, previstas en la D.A. 1ª EM: se establece así una absoluta equiparación de esta regulación de mínimos para todos los residentes de las diversas CC.AA. En este sentido, la citada disposición ordena el que se tome como referencia del sueldo base igualmente el concepto establecido para el personal estatutario en el artículo 42.1 a) EM, pero sin considerar a estos efectos lo previsto en la D.A. 1ª de dicha norma.

programa de formación en virtud de una licenciatura queda así normativamente equiparado -y ligado en su evolución- al de los “licenciados sanitarios” del artículo 6.1 a), 2º EM); mientras que aquellos otros que lo hayan hecho en virtud de una diplomatura universitaria lo estarán a los “diplomados sanitarios” (artículo 6.2 a), 4º EM). El salario base o “sueldo” constituye, así pues el único concepto o componente de lo que podríamos denominar como la retribución básica mensual de los residentes, sin que estos, a diferencia del personal estatutario, tengan reconocido el derecho a la percepción de trienios, aunque sí, como se verá seguidamente, a retribuciones extraordinarias. Las retribuciones básicas de todos los residentes del Estado quedan así equiparadas, sin perjuicio de las oscilaciones en las cuantías establecidas para el “sueldo” del personal estatutario en las respectivas Leyes de Presupuestos de las CC.AA., que, en todo caso, habrán de respetar lo dispuesto en la L.P.G.E. correspondiente a cada anualidad.

Ahora bien, como se apuntó con anterioridad, la regulación salarial finalmente acogida en el RD 1146/2006 no sólo abarca el terreno de las retribuciones básicas, sino que se adentra en el establecimiento de algunas pautas comunes en relación con la estructura de las retribuciones complementarias. Se contemplan así los siguientes complementos salariales:

2) *Complemento de grado de formación*: su percepción se devenga a partir del segundo año de formación, dado que está destinado a retribuir el nivel de conocimientos así como la progresiva asunción de responsabilidades en el ejercicio de las tareas asistenciales, en coherencia con el principio de progresividad que informa el régimen de residencia. Se trata de una retribución complementaria de cuantía fija para cada anualidad del periodo de residencia, si bien ésta se determina mediante la aplicación de un porcentaje diferente y creciente, según el año de formación, sobre el sueldo o salario base: 8% para los residentes de segundo año (R-2); 18% para los residentes de tercer año (R-3); 28% para los residentes de cuarto año (R-4) y 38% para los residentes de quinto año (R-5). De la percepción de esta retribución complementaria sólo están excluidos, por consiguiente, los residentes en su primer año de formación (R-1),

sin que ello pueda considerarse como una vulneración del principio de igualdad⁹⁸, dado el propio diseño normativo que se efectúa de este complemento salarial.

La peculiarísima razón de ser de esta retribución complementaria la distingue de otros conceptos retributivos relativamente afines percibidos por el personal sanitario estatutario (complemento de destino, complemento específico o complemento de productividad), y le otorga una naturaleza especial, si bien lo cierto es que éste viene a asumir o incorporar una mezcla de rasgos propios de todos ellos: su importe anual se percibe en catorce pagas –al igual que el complemento de destino del personal estatutario-; viene a retribuir condiciones particulares del desempeño del trabajo relacionadas con la dificultad técnica, dedicación (en todo caso, como se sabe, a tiempo completo) y en especial, asunción de responsabilidades –en lo que se asemeja al complemento específico-; e incluso también puede entenderse que –como una suerte de complemento de productividad- retribuye un especial rendimiento, interés o iniciativa del residente, así como, en su caso, su participación en programas o actuaciones concretas o su contribución al logro de objetivos programados, previa evaluación de los resultados obtenidos. De hecho, la propia superación de las sucesivas evaluaciones anuales del residente son la circunstancia que, amén de la renovación del contrato, determina la percepción o el incremento de la cuantía de este complemento. Con todo, por lo que se refiere a su naturaleza *ex* artículo 26.3 ET, no es tanto un complemento relativo al trabajo realizado, sino que se trata más bien de un complemento salarial que retribuye una circunstancia relativa a la persona del trabajador, como es la sucesiva superación de etapas dentro del programa formativo por parte del residente; carácter personal del complemento del que se deriva no sólo su carácter consolidable sino su propio incremento cuantitativo en cada anualidad.

3) *Complemento de atención continuada*: se destina este complemento salarial del personal sani-

⁹⁸ Tal y como se sostenía, por ejemplo, por parte de la organización sindical CC.OO.

tario a remunerar la atención a los usuarios de los servicios sanitarios de manera permanente y continuada. Se trata, pues, de un complemento establecido en función del trabajo realizado, cuya cuantía mensual dependerá, en principio, de la combinación los diversos parámetros cuantitativos y cualitativos que puedan resultar de aplicación en cada caso⁹⁹. Los residentes serán retribuidos, así las cosas, en virtud del número concreto de horas efectivamente trabajadas por este concepto en cómputo mensual -y en su caso, según la modalidad correspondiente-, dentro del límite imperativo de la realización, como máximo, de siete guardias al mes (artículo 5.1 c) RD 1146/2006).

La determinación cuantitativa de este complemento salarial se remitirá, de ordinario, a los acuerdos y convenios procedentes de las respectivas Mesas Sectoriales de los Servicios autonómicos de Salud; un terreno en el cual las diferencias retributivas entre los servicios de salud de las diversas CC.AA. han venido siendo ciertamente notables¹⁰⁰. Por otra parte, dentro de cada acuerdo autonómico, nada impide el establecimiento de valores-hora diferenciados según el año de residencia, proyectándose así igualmente sobre este concepto salarial el elemento del incremento progresivo del valor del trabajo asistencial, en función del año de residencia dentro del programa formativo -en sintonía con los criterios informadores del complemento de grado de formación- así como de la propia titulación ostentada para el

acceso al programa formativo -siguiendo la lógica propia del “sueldo” o salario base-¹⁰¹.

Salvo que ello se prevea expresamente en la negociación colectiva, nada se dispone en el RD 1146/2006 sobre la percepción del complemento de atención continuada en las vacaciones o en las pagas extraordinarias. Dada la importancia que tiene este complemento de atención continuada sobre la retribución global de los residentes, serán igualmente la negociación colectiva la que podrá determinar, en particular, las repercusiones que, sobre la percepción del mismo acarrear los diversos supuestos de suspensión del contrato de trabajo de residencia (v. gr., a través de la percepción de un promedio trimestral o semestral, etc.)¹⁰², puesto que la normativa reglamentaria no dispone de criterio alguno al respecto. Si lo hace, en cambio, en relación con las rotaciones externas, situaciones en las cuales, no existiendo suspensión del contrato, y realizándose efectivamente dichas jornadas complementarias aunque en beneficio de un centro sanitario diferente del pagador, el residente tiene derecho a que la gerencia del centro de origen se comprometa expresamente a continuar abonando al residente la totalidad de sus retribuciones, “incluidas las derivadas de la atención continuada que realice durante la rotación externa” (artículo 8.1 d) RD 1146/2006).

Recuérdese, en fin, que según el criterio firmemente establecido por la jurisprudencia comunitaria (Sentencias SIMAP y Jaeguer), el tiempo dedicado a atención continuada prestado en régimen de presen-

⁹⁹ Dentro de dicha causa genérica, la regulación administrativa en la materia, ya antes del EM (RD-Ley 3/1987), ha venido distinguiendo ciertas modalidades específicas que, de ordinario, proyectan su inercia sobre la mecánica retributiva en los distintos servicios de salud: a) nocturnidad; b) domingos y festivos; c) turnos rotatorios; d) jornada de mañana y tarde; e) turnos de atención continuada a urgencias en los centros de salud; f) servicios localizados; g) guardias médicas de presencia y servicios localizados. Vid. P. GONZÁLEZ SALINAS – E. LIZÁRRAGA BONELLI (Coord.): *Comentarios a la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud*, op. cit., pp. 678-679.

¹⁰⁰ En este sentido, los colectivos representativos de los residentes han venido denunciando la existencia de una elevada disparidad en relación con el valor-hora del complemento por atención continuada en los distintos territorios autonómicos, y reclamando mayores cotas de igualdad en este terreno. Los procesos de negociación entablados en sede de las distintas CC.AA. -previa la celebración de huelgas de residentes en algunos territorios autonómicos en los meses de enero y febrero de 2007- han ido de hecho encaminados, entre otros aspectos, a lograr un cierto acercamiento en este terreno.

¹⁰¹ Vid. en este sentido, por ejemplo, el Acuerdo de la Mesa Sectorial de negociación de Sanidad, de determinación de los importes en concepto de atención continuada del personal sanitario de los equipos de atención primaria, del personal facultativo de servicios jerarquizados y del personal residente en formación, así como del sistema de atención continuada y de urgencias de la atención primaria del Instituto Catalán de la Salud (Código Conv. n° 7902012) (B.O.C.G. 27-12-2006), el cual determina valores-hora diversos según tres variables: personal residente licenciado o diplomado; día laborable o sábado, domingo o festivo; y año de residencia (entre los 7,81 euros/hora para el personal diplomado residente en formación en día laborable y los 19,50 euros/hora para el personal residente de 4° y 5° año).

¹⁰² Así lo hace, por ejemplo, el Acuerdo de la Mesa Sectorial de Negociación de Sanidad de Cataluña, para el periodo 2007-2010 (D.O.G.C. 28-12-2006), el cual establece, para los supuestos de incapacidad temporal por accidente de trabajo o enfermedad profesional y disfrute de permiso por adopción, la percepción del promedio de atención continuada que haya percibido en el último trimestre; y para las bajas por maternidad, el promedio del último semestre.

cia física en los centros sanitarios debe considerarse tiempo de trabajo efectivo en su totalidad. Un recordatorio que se alberga igualmente en el artículo 7.3 RD 1146/2006, el cual dispone, con carácter general, que el conjunto de los conceptos retributivos establecidos reglamentariamente corresponden al tiempo de trabajo efectivo de los residentes, sin que quepa computar como tal los periodos de descanso entre jornadas.

4) *Plus de residencia*: concepto salarial que, no obstante, sólo se percibirá en aquellos territorios en los que esté expresamente establecido; particularmente en Ceuta, Melilla, Baleares y Canarias: en este último caso, con la posibilidad de tomar en consideración la diferencia existente entre las grandes islas de Gran Canaria y Tenerife y el resto del archipiélago¹⁰³.

Al margen de estos cuatro componentes del salario de los residentes del SNS, cuya existencia, como se destacó con anterioridad, es de carácter necesario, será a la negociación colectiva –y eventualmente a la propia autonomía individual– a quien corresponda, en su caso, crear otro tipo de complementos salariales, inspirándose en el régimen salarial de otros facultativos sanitarios del sistema público: *v. gr.*, pluses de disponibilidad, para los supuestos en los que la cobertura de las guardias obligue a los residentes a mantener una expectativa de alerta ante eventuales fallos en la cobertura de las mismas; o pluses por desplazamiento, en los casos de actividades formativas del residente que impliquen desplazamientos del residente fuera de la localidad en la que se encuentre su centro de formación, etc.¹⁰⁴.

Junto a las retribuciones ordinarias de devengo mensual, al igual que los trabajadores por cuenta ajena del régimen común, los residentes tienen dere-

cho a percibir dos pagas o gratificaciones extraordinarias, según lo dispuesto en el artículo 7.2 RD 1146/2006. Estas se abonarán en los meses de junio y diciembre, conjuntamente con los salarios correspondientes a tales meses, siendo el importe de cada una de ellas, como mínimo, de una mensualidad del sueldo y del complemento de formación, en el caso de los residentes de 2º año y sucesivos, a salvo, lógicamente, de las posibles mejoras que pueda introducir la negociación colectiva. Lo que no puede establecerse por vía convencional es el prorrateo de las gratificaciones extraordinarias en las doce mensualidades del año, puesto que, a diferencia del artículo 31 ET, la normativa especial se decanta, de modo imperativo, por el devengo semestral de las gratificaciones extraordinarias.

3.2.- El salario de los residentes en centros y unidades de titularidad privada:

En el caso de los contratos de residencia suscritos entre residentes y unidades docentes acreditadas de titularidad privada, la retribución será la establecida en el convenio colectivo que resulte de aplicación (artículo 7.4 RD 1146/2006), el cual, en principio, será otro diferente del negociado por las Mesas Sectoriales de las administraciones autonómicas. Ahora bien, la normativa reglamentaria se preocupa de garantizar un mínimo retributivo inderogable por parte de los convenios: dicha retribución ha de estar compuesta al menos por el sueldo y el complemento del grado de formación que corresponda según el año de residencia, así como por las dos retribuciones extraordinarias –que albergarán a su vez, como se sabe, ambos componentes–. De este modo, en atención al principio de igualdad y no discriminación, se viene a establecer un cierto grado de equiparación, aunque sólo relativa, entre ambos tipos de residentes: por una parte, se viene a vincular también la evolución del salario de los residentes que prestan sus servicios en entidades privadas a los aumentos salariales establecidos presupuestariamente para el personal sanitario estatutario. Pero, por otra parte, la equiparación sólo alcanza a la retribución de la jornada ordinaria de trabajo, y no a la de la jornada complementaria o de atención continuada, que constituye, como se viene señalando, una parte propor-

¹⁰³ De igual modo, el régimen de descansos compensatorios o alternativos del artículo 54 EM contempla como excepción, la posibilidad de sustituir dichos descansos por compensación económica tanto en caso de finalización de la relación de servicios como “de las circunstancias que pudieran derivar del hecho insular”.

¹⁰⁴ Algunos de estos conceptos, que han quedado fuera de la regulación reglamentaria, han sido de hecho reclamados en el proceso de elaboración de la misma: *cfr.*, por ejemplo, el Documento-Borrador: “Aspectos que debe contemplar un futuro estatuto especial del residente desde el punto de vista de la red de comisiones de docencia de Madrid”, Madrid, febrero de 2005 (original multicopiado), p. 5.

cionalmente importante del salario global de los residentes -ni tampoco al eventual plus de residencia, en su caso-. De este modo, queda obviamente un portillo abierto para la existencia de una disparidad salarial importante entre ambos tipos de residentes¹⁰⁵.

Como se apuntó con anterioridad, el consenso interautonómico en materia retributiva quedó condicionado, durante la génesis del RD 1146/2006, a la aplicación gradual del modelo retributivo pactado. De este modo, la D.T. 2ª regula dicha aplicación gradual, permitiendo la reducción progresiva, en tres anualidades sucesivas, del diferencial existente entre las cuantías que venían percibiendo los residentes y las establecidas en el artículo 7 del RD 1146/2006. Así las cosas, un 25% de la citada diferencia habría de reducirse a partir de la entrada en vigor del RD 1146/2006, con efectos retroactivos desde el 1 de enero de 2006; otro 25% habría de reducirse a partir del 1 de enero de 2007; y el 50% restante a partir del 1 de enero de 2008.

Se trata de criterios de aplicación progresiva del nuevo sistema retributivo que se articulan a través del establecimiento de sucesivos incrementos anuales proporcionales, como se ha visto, al diferencial existente entre las viejas retribuciones y el resultado de la aplicación de los nuevos criterios. Todo ello, sin que dicha aplicación progresiva en base a los citados porcentajes pueda implicar, en ningún caso, la percepción de una retribución inferior a la que el residente viniese percibiendo en cada caso con anterioridad a la entrada en vigor del RD 1146/2006 (D.T. 2ª, párrafo 2º), en coherencia con el principio de condición más beneficiosa formulado con carácter general en la D.T. 4ª. Obviamente esta regulación transitoria contiene una regulación de porcentajes mínimos que podrán resultar mejorados en sede de las diferentes CC.AA.

¹⁰⁵ Lo cual no significa, ni mucho menos, que el artículo 7.4 RD 1146/2006 permita a los convenios colectivos aplicables a los centros sanitarios privados la no contemplación del complemento de atención continuada para retribuir la horas de jornada complementaria que lleve a cabo, en su caso, el personal residente en formación. Antes al contrario, el citado precepto establece palmariamente que, al igual que en los centros públicos, la retribución mensual mínima compuesta por el sueldo y el grado de formación solamente retribuyen el trabajo prestado durante la jornada ordinaria, y no las horas de atención continuada o jornada complementaria que en su caso sean desempeñadas.

La aplicación gradual del sistema retributivo se proyecta igualmente por la normativa transitoria sobre los residentes contratados por entidades privadas. De este modo, si las cuantías efectivamente percibidas fuesen inferiores a las que se derivan de la aplicación del artículo 7.4 RD 1146/2006 (sueldo + complemento de grado de formación + pagas extraordinarias), podrán aplicarse gradualmente las nuevas cuantías en la forma indicada con anterioridad, esto es, estableciéndose incrementos sucesivos delimitados porcentualmente en relación con el diferencial existente entre el viejo y el nuevo sistema retributivo. Todo ello, sin perjuicio de que el convenio colectivo aplicable pueda obviamente contemplar incrementos salariales cuantitativamente superiores a los que se derivarían de la aplicación de dichos porcentajes (D.T. 2ª, párrafo 3).

IV.- LAS ROTACIONES DEL PERSONAL RESIDENTE EN FORMACIÓN.

En el capítulo de las vicisitudes específicas del contrato de trabajo del personal residente en formación, la normativa recoge una única institución peculiar, como es el régimen de las denominadas rotaciones (artículo 8 RD 1146/2006), que albergan un supuesto particular de movilidad geográfica. Más concretamente, lo que la norma regula en dicho precepto son las rotaciones *externas*, esto es, una suerte de desplazamientos temporales del residente para llevar a cabo periodos formativos en centros no previstos en el programa de formación ni en la acreditación otorgada al centro o unidad docente. Se trata, pues, de una regulación especializada que sustituye, por inadecuado en relación con dichas situaciones, el régimen jurídico de los desplazamientos temporales de los trabajadores previsto en el artículo 40.4 ET: no en vano, no se trata aquí de regular los términos del ejercicio de un poder unilateral del empleador para preservar la adecuada organización de sus recursos, sino de articular un régimen jurídico para llevar a cabo estancias en otros centros sanitarios que redunden en beneficio de la adecuada formación especializada del residente.

Por el contrario, aquellos otros desplazamientos que sí que estén previstas en el programa de forma-

ción o en la acreditación del centro serán considerados como rotaciones puramente *internas*, no resultando de aplicación las previsiones específicas del artículo 8. Se analizará a continuación por separado el régimen de ambas figuras.

4.1.- Las rotaciones externas:

La disciplina reguladora de las rotaciones externas se compone de un conjunto de hasta siete previsiones: procedimiento, objetivos de la rotación, cualificación del centro de destino, duración temporal de la rotación, garantías retributivas, compensación de gastos, y finalmente, formalización de la rotación a efectos evaluatorios. Los cinco primeros extremos de este régimen jurídico son expresamente calificados por la norma como “requisitos” (artículo 8.1), lo cual revela la voluntad explícita de la misma de condicionar la realización regular de las rotaciones al cumplimiento previo de las correspondientes garantías:

1) Por lo que se refiere a los *requisitos de procedimiento*, las rotaciones externas han de ser “propuestas” y “autorizadas” por los órganos competentes (artículo 8.1 a) RD 1146/2006). No se preocupa la normativa laboral de concretar quienes son tales órganos competentes, albergando en este punto, por consiguiente, un reenvío implícito a la normativa de carácter formativo¹⁰⁶.

2) En cuanto a los objetivos de las rotaciones externas, estos habrán de ser especificados en la propuesta de rotación suscrita por el tutor, debiendo referirse a la ampliación de conocimientos o al aprendizaje de técnicas no practicadas en el centro y que, según el programa de formación, sean necesarias o complementarias a éste (artículo 8.1 a) RD 1146/2006).

3) Las rotaciones externas han de realizarse, además, preferentemente en centros acreditados para la docencia; o, en todo caso, en centros nacionales o extranjeros de reconocido prestigio (artículo 8.1 b) RD 1146/2006). Al no quedar precisado este concepto jurídico indeterminado, parece conveniente que, si el destino de la rotación es un centro nacional o extranjero no acreditado, la propuesta de rotación trate de justificar el prestigio del centro o unidad de destino en relación con el objeto del aprendizaje. A partir de aquí, corresponderá *de facto* al órgano autorizante la apreciación de tal requisito, si bien una hipotética resolución en sentido negativo, en tanto que acto administrativo, debería estar suficientemente motivada para resultar ajustado a derecho; una motivación que debería estar fundamentada a partir de argumentos y criterios técnico-científicos encaminados a desvirtuar las razones de conveniencia de la rotación esgrimidas por parte de la propuesta de rotación.

4) La duración temporal de la rotación no puede superar los cuatro meses continuados dentro de cada periodo de evaluación anual. Una interpretación cabal de esta regla contenida en el artículo 8.1 c) RD 1146/2006 implicaría, en realidad, una doble exigencia: por una parte, que la rotación no se fragmente en periodos discontinuos dentro de la anualidad, sino que se lleve a cabo en un periodo ininterrumpido; y por otro lado, que dicho periodo no se prolongue más allá de cuatro meses dentro de cada periodo de evaluación anual, esto es, que la rotación no pueda “invadir” más de una cuarta parte del tiempo disponible para la consecución de los objetivos de la anualidad dentro del programa formativo. La norma no parece oponerse, no obstante, a la posibilidad de que dentro de dicho periodo de cuatro meses dentro de una misma anualidad, pueda llevarse a cabo más de una rotación externa, si es que se cumplen los demás requisitos: antes bien, la propia redacción en plural del precepto (“que no *superen* los cuatro meses”) podría de hecho estar habilitando tal posibilidad.

5) La gerencia del centro ha de comprometerse expresamente, con carácter previo al inicio de la rotación, a continuar abonando al residente la totalidad de sus retribuciones, incluyendo las derivadas de

¹⁰⁶ Así las cosas, corresponderá en principio proponer la realización de rotaciones externas –siguiendo lo dispuesto en el Borrador de la futura normativa sobre los aspectos formativos de la residencia– al tutor, siendo el destinatario de dicha propuesta, en primer término, el jefe de estudios o coordinador de la unidad docente acreditada. No obstante, su autorización trasciende del ámbito de la unidad docente acreditada, situándose en el nivel estatal de gestión de la formación en régimen de residencia: ésta corresponderá al órgano competente del Ministerio de Sanidad y Consumo, previo informe favorable, eso sí, de las Comisiones de Docencia de ambos centros o unidades afectados por la rotación.

la atención continuada que realice durante la rotación externa (artículo 8.1 d) RD 1146/2006). Dicho compromiso resulta, de hecho, un requisito imprescindible para que los órganos ministeriales competentes autoricen la realización de la rotación. La insistencia en que se formalice este compromiso con carácter previo a la consecución de la propia rotación tiene que ver con la peculiar circunstancia que aquí se produce, la cual resulta, a la postre, bien cercana a las “puestas a disposición”: la entidad docente titular del contrato se ve obligada a retribuir al residente durante un periodo de tiempo en que ésta no se beneficia de su actividad asistencial. Durante la rotación, el residente queda integrado en la actividad asistencial ordinaria y de urgencias de otro centro, y por tanto la realización de jornadas complementarias también se produce en beneficio de dicha entidad a cuya organización funcional el residente se encuentra plenamente sometido durante la rotación¹⁰⁷.

Dicho compromiso tendrá pues, a la postre, un valor jurídico similar al de un reconocimiento de deuda: el sujeto obligado a satisfacer las retribuciones íntegras del trabajador sigue siendo la entidad empleadora, incluyendo el complemento de atención continuada, cuya cuantificación dependerá, como se sabe, de parámetros variables según las circunstancias concretas que rodeen la realización de la jornada complementaria (número de horas de guardia desempeñadas, jornada laboral o festivos, año de residencia, etc.)¹⁰⁸, sin que proceda –puesto que la norma no lo contempla ni explícita ni implícitamente– ningún tipo de repetición o ejercicio de acción de regre-

so frente al centro beneficiario de los servicios. En este sentido, se plantearía un interrogante adicional: el de determinar cuál debería ser el marco convencional aplicable para determinar la retribución del residente durante la rotación, y en particular, por lo que se refiere a la jornada complementaria, ya que, como se sabe, las diferencias pueden ser especialmente acusadas entre diferentes CC.AA. A nuestro juicio, tanto a la vista de lo anterior, como de la propia literalidad del precepto –compromiso de “continuar abonando”–, como de lo que seguidamente se dispone en relación con los gastos de viaje, parece que deberían seguir siendo de aplicación los convenios, pactos o acuerdos del centro sanitario de origen, y no los del centro donde se lleve a cabo la prestación de los servicios¹⁰⁹.

6) Las rotaciones externas otorgan derecho a percibir gastos de viaje, de acuerdo con lo dispuesto en las normas y acuerdos que resulten de aplicación a las entidades titulares de la correspondiente unidad docente (artículo 8.2 RD 1146/2006)¹¹⁰. Por otra parte, la remisión a dichas normas y acuerdos también lo es en lo referido al plano modal o temporal de la exigibilidad del derecho. En este sentido, parece que del precepto reglamentario no cabe derivar –como hace alguna jurisprudencia en relación con el artículo 40 ET¹¹¹– un derecho a la percepción antici-

¹⁰⁷ La analogía de esta situación con las “puestas a disposición” lícitas –que en nuestro país, salvo lo dispuesto en el régimen jurídico de algunas otras relaciones laborales especiales: v. gr., deportistas profesionales, estibadores portuarios– se circunscribe a la actividad de las ETT, podría llevar a la utilidad de algunas previsiones de la Ley 14/1994 para recomponer el régimen jurídico de estas rotaciones en aspectos no previstos: utilización del transporte o instalaciones colectivas, posibilidad de elevar quejas ante los órganos de representación colectiva, reparto de obligaciones y responsabilidades entre los dos empleadores o incluso, imputabilidad del recargo de prestaciones en caso de siniestralidad laboral por incumplimientos de medidas de seguridad.

¹⁰⁸ Es esta una previsión normativa que obliga a que, con motivo de la realización de rotaciones, las gerencias de los centros sanitarios afectados deban mantener vínculos de comunicación en relación con todos los datos relevantes a los efectos de confeccionar la nómina mensual del residente: de lo contrario, la percepción exacta y puntual de los ingresos que correspondan al residente durante la rotación no se verá en la práctica plenamente garantizada.

¹⁰⁹ Una interpretación que, por otra parte, evita que la propia diferencia retributiva existente en relación con el complemento de atención continuada entre diferentes territorios autonómicos pueda llegar a funcionar, de facto, como un incentivo –positivo o negativo, según los casos– para la propuesta de realización de rotaciones. De este modo, el criterio normativo resulta plenamente “neutral” a estos efectos.

¹¹⁰ Es esta una previsión análoga a las que formula el régimen laboral común para los supuestos de movilidad geográfica (artículos 40.1 párrafo 4º y 40.4 ET), si bien con alguna diferencia, como es la remisión exclusivamente a las normas y acuerdos aplicables en relación con la determinación de la cuantía indemnizatoria por los gastos de viaje, y no al acuerdo individual de las partes del contrato. No parece razonable pensar que ello suponga una prohibición de la pactación individual o particularizada de las cantidades indemnizatorias, lo cual resultaría en su caso, perfectamente lícito a la luz del propio sistema de fuentes de la relación laboral de residencia (artículo 1.4 RD 1146/2006), siempre respetándose los mínimos indemnizatorios previstos en las normas y acuerdos correspondientes. Más bien, la verdadera virtualidad del precepto quizá sea sólo realmente la de funcionar como recordatorio de la necesidad de que la cuantificación de tales gastos se refleje en dichos instrumentos.

¹¹¹ Cfr., por ejemplo, STSJ Extremadura 13-6-1998 (A.S. 1998/439); STSJ Andalucía/Granada 25-9-1995 (A.S. 1995/1893); Castilla y León/Valladolid 27-4-1993 (A.S. 1993/2110); ó Galicia 9-5-1995 (A.S. 1995/1893).

pada de los gastos de viaje: antes bien, tal derecho parece que sólo existirá si así se prevé en la normativa y en los acuerdos colectivos que resulten aplicables.

7) Cada rotación externa que cumpla con los requisitos normativamente previstos habrá de figurar debidamente visada en el libro del especialista en formación; y además, el centro o unidad donde se haya realizado habrá de emitir el correspondiente “informe de evaluación”¹¹². Ambas previsiones constituyen, pues, el soporte formal a los efectos de que las rotaciones sean tenidas en cuenta en la evaluación continuada y anual.

4.2.- Las rotaciones internas:

Como se apuntó con anterioridad, en ocasiones las rotaciones del personal residente constituyen una exigencia derivada del programa de formación, o bien de las condiciones en que se ha concedido la acreditación a la unidad docente titular del contrato. En tales casos, interpretando *a sensu contrario* lo dispuesto en el primer párrafo, el propio artículo 8.4 RD 1146/2006 las cataloga como rotaciones *internas*. Obviamente estas rotaciones no se encuentran sujetas a los requisitos y previsiones analizados con anterioridad, que se reservan expresamente en la norma para las rotaciones externas. No obstante, de modo redundante, el precepto recién citado se preocupa por remarcar el hecho de que las rotaciones internas “no conllevarán derecho económico alguno”. Una previsión que debe interpretarse como referida estrictamente al derecho a la inexistencia del compensación de los gastos de viaje previsto en el artículo 8.2; y no desde luego, a la retribuciones derivadas de la atención continuada que se realicen durante la rotación interna, a las que el residente tendrá un indiscutible derecho en todo caso. Otra cosa es que la norma no considere necesario, como requisito previo para su realización, la formalización de compromisos de retribución de las mismas; lo cual no equivale, ni mucho menos, a negar el dere-

cho a la percepción de dicho concepto retributivo, en su caso.

Ahora bien, al margen de su formulación hasta cierto punto defectuosa, se trata de una previsión reglamentaria criticable también en su contenido, en la medida en que viene a legitimar un trato desfavorable de las rotaciones internas en comparación, no ya con las externas, sino con el régimen de los desplazamientos del régimen laboral común, a los que ciertamente se asimila. De hecho, la propia literalidad del artículo 8.4 RD 1146/2006 (“no conllevarán derecho económico alguno”) viene a excluir la aplicabilidad supletoria del artículo 40.4 ET, al menos en lo que se refiere a la percepción de los gastos de viaje y dietas allí regulados, e incluso a la posibilidad de disfrute de permisos para estancia en el domicilio habitual -en caso de que la estancia sobrepasase los tres meses de duración-, cuyos gastos de viaje igualmente costea el empresario. Así las cosas, de todo el régimen jurídico estatutario previsto para los desplazamientos temporales, sólo resultaría aplicable supletoriamente a las rotaciones internas, si acaso, la obligación del centro sanitario de informar al residente con una antelación suficiente a la fecha de su efectividad, no pudiendo dicho plazo ser inferior a cinco días en el caso de desplazamientos de duración superior a tres meses.

Como último apunte, simplemente señalar que en relación con las rotaciones internas, la normativa reglamentaria contempla la necesidad, a los efectos de su conocimiento por parte del residente, de que las mismas de queden reflejadas en el contrato de trabajo de residencia formalizado por escrito, concretamente cuando en la acreditación del centro se prevea dicha circunstancia (artículo 2.2 c) RD 1146/2006). En el caso de que las rotaciones sean en centros previstos en el programa de formación no resulta, en cambio, necesario su reflejo en el contrato, puesto que el propio contrato de residencia formalizado por escrito albergará una necesaria remisión al programa formativo (artículo 2.2 f) RD 1146/2006).

¹¹² Dicho informe o ficha de evaluación ha de seguir los mismos parámetros que las rotaciones internas previstas en el programa formativo o en la acreditación otorgada a la unidad docente.

V.- SUSPENSIÓN DEL CONTRATO Y EXCEDENCIAS DEL PERSONAL RESIDENTE EN FORMACIÓN.

La interrupción de la ejecución del contrato de trabajo de residencia, articulada a través de figuras laborales como las suspensiones y excedencias, es una circunstancia que ocasiona repercusiones sobre la realización plena del programa de formación, acarreando pérdidas de aprovechamiento formativo. De ello era bien consciente la normativa anteriormente vigente (OM de 24 de junio de 1984), la cual venía directamente a prohibir la propia interrupción de los programas formativos –al igual que las permutas de personal, o los traslados de centro-, dejando solamente a salvo los supuestos excepcionales de revocación de la acreditación docente al centro sanitario (artículo 14.5). No obstante, tal rigidez normativa venía siendo en la práctica flexibilizada a través de ciertas cláusulas-tipo estipuladas en los contratos individuales de residencia: dada la aplicabilidad de la normativa laboral general (artículos 45-48 ET), el ejercicio por parte de los residentes de los derechos contenidos en dichos preceptos podía propiciar, de hecho, situaciones de pérdida de dedicación en las cuales se preveía la intervención de la Comisión de Docencia. Esta se erigía en la instancia competente para valorar, supuesto por supuesto, si procedía o no completar la formación del residente, y en su caso, a través de qué fórmula; e incluso eventualmente para determinar la resolución del contrato de residencia por frustración de la finalidad formativa¹¹³.

La doctrina laboral se había mostrado reacia a admitir, más que si acaso excepcionalmente, la extinción del contrato de residencia en tales casos. Además de vulnerar derechos fundamentales de los trabajadores –sobre todo en ciertos supuestos-, ha de tenerse en cuenta que el contrato de trabajo de residencia funciona como un soporte para la adquisición

de un determinado título académico –el de especialista- a cuyas enseñanzas se accede a través de un concurso. Teniendo en cuenta todo ello, se propugnaba la consideración prevalente del juego de las causas suspensivas de la relación laboral, con posterior recuperación de los tiempos de formación perdidos, bien a través de una prórroga, o bien de la repetición de módulos concretos de la formación, correspondientes a la respectiva anualidad del programa formativo¹¹⁴.

Tomando como punto de partida estos precedentes, la nueva regulación del contrato de trabajo de residencia integra el conflicto que se plantea entre los derechos del trabajador residente y los imperativos formativos, por medio de la adopción de cuatro grandes reglas o premisas básicas: 1) La prohibición de los pactos suspensivos y de las excedencias voluntarias (artículos 9.1 y 10.1 RD 1146/2006); 2) La previsión de prórrogas del contrato de residencia como consecuencia de suspensiones del contrato que impliquen la imposibilidad de prestación de servicios superior al 25% de la jornada anual (artículo 3.4 RD 1146/2006); 3) La posibilidad de recuperar o repetir fragmentos del programa formativo en supuestos de suspensión del contrato o excedencias de duración superior a dos años (artículos 9.2 y 10.2 RD 1146/2006); y 4) El derecho a continuar la formación en otra unidad docente acreditada –mediante otro contrato de trabajo- cuando la suspensión del contrato de residencia motivada por fuerza mayor temporal o razones económicas, técnicas, organizativas o de producción exceda de seis meses (artículos 11.1 f) y 11.2 RD 1146/2006).

Se analizarán seguidamente las peculiaridades que atañen a la suspensión del contrato de trabajo de residencia, tanto en lo que se refiere a los supuestos de hecho que la propician como a las consecuencias jurídicas o efectos particulares que, con carácter general, se desencadenan, en particular por lo que se refiere a las repercusiones sobre la realización del programa formativo.

¹¹³ La cláusula-tipo tenía el siguiente tenor: “En supuestos justificados de falta de asistencia que incidan negativamente en la superación del porcentaje mínimo anual de acción lectiva, se realizará una prueba eventual periódica, previa e independiente de la ficha de evaluación anual, estudiándose por la Comisión de Docencia si procede o no completar la formación del médico residente, por una sola vez, buscando la fórmula por la que pueda llevarse a cabo. En caso negativo, la decisión será motivada y provocará la resolución del contrato”.

¹¹⁴ Vid. J.M. GOERLICH PESET: “Los médicos residentes: un supuesto especial...”, *op. cit.*, p. 79.

5.1.- Supuestos permitidos y prohibidos de suspensión y excedencia en el contrato de residencia y peculiaridades de su ejercicio:

El contrato de trabajo de residencia puede suspenderse por las causas establecidas en el artículo 45.1 ET, con excepción de los motivos enumerados en los dos primeros apartados del citado precepto; esto es: a) por mutuo acuerdo de las partes y b) por las causas consignadas en el contrato. La premisa de partida de toda esta ordenación es, pues, la de la remisión con carácter general al elenco de supuestos suspensivos reconocido en cada momento por el régimen laboral común -enumeración causal en creciente expansión como consecuencia de medidas normativas de alcance y contenido no exclusivamente laboral¹¹⁵ - pero con la exclusión de los pactos suspensivos estipulados entre empresario y trabajador, bien de manera sobrevenida o “en caliente” durante el transcurso de la relación laboral, bien “en frío” o al inicio de la misma. E igualmente, en relación con las excedencias, la normativa laboral especial amputa el derecho a solicitar las de carácter voluntario. El legislador reglamentario ha querido llevar a cabo así pues, a través de estas dos previsiones, una cierta objetivación de los motivos de interrupción de la relación laboral de residencia¹¹⁶: a diferencia del régimen común, la mera voluntad del trabajador residente -aun con la aquiescencia del empleador-, carece de toda eficacia suspensiva.

Así las cosas, el contrato de trabajo de residencia podrá suspenderse con derecho de reserva del puesto de trabajo exclusivamente en virtud de las causas consignadas en los artículos 45 letras c) a n); así como en el caso de las excedencias forzosas reguladas en los párrafos 3 y 4 del artículo 46 ET; y también desde luego -pese al deficiente tenor literal del artículo 9 RD 1146/2006, que sólo remite literalmente al 45.1 ET- en el supuesto de paternidad

novedosamente regulado en el artículo 48 bis ET, a partir de la LO 3/2007, de 22 de marzo¹¹⁷. Esto es, por incapacidad temporal; maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo de la mujer residente, riesgo durante la lactancia natural, adopción o acogimiento; privación temporal de libertad; suspensión de empleo y sueldo por razones disciplinarias; fuerza mayor temporal, razones económicas, técnicas organizativas o de producción; ejercicio del derecho de huelga, cierre patronal; decisión de la trabajadora que se vea obligada a abandonar temporalmente su puesto de trabajo como consecuencia de ser víctima de violencia doméstica. Y por lo que se refiere a las excedencias forzosas, el personal residente en formación podrá disfrutar de las dedicadas al cuidado de hijos hasta el tercer año, al cuidado de familiares¹¹⁸, al ejercicio de cargos públicos representativos y al ejercicio de funciones sindicales de ámbito provincial o superior. Por otra parte, conviene señalar que, a diferencia del régimen laboral común, no parece tampoco posible que la autonomía colectiva pueda regular otros supuestos suspensivos diferentes de los enumerados en dichos preceptos, dada la referencia, eso sí, exclusivamente a la ley laboral contenida en los artículos 9 y 10 RD 1146/2006.

Señalado lo anterior, existen ciertos supuestos suspensivos que ofrecen peculiaridades desde el punto de vista de su funcionamiento en el marco de la relación laboral de residencia:

- En primer término, así sucede, como se ha adelantado, con la suspensión del contrato por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, o como consecuencia de fuerza ma-

¹¹⁵ En particular, Ley 39/1999, de conciliación de la vida familiar y laboral; LO 1/2004, de protección integral de las víctimas de violencia de género, LO 3/2002, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

¹¹⁶ Vid., en este sentido, A. DE LA PUEBLA PINILLA: “La relación laboral especial de residencia para la formación de especialistas en ciencias de la salud...”, op. cit., p. 106.

¹¹⁷ Ya se ha comentado con anterioridad la deficiente técnica legislativa empleada por el RD 1146/2006, al efectuar referencias a apartados concretos del ET. Una interpretación lógica y teleológica (el precepto reglamentario sólo quiere excluir las causas suspensivas que dependen de la pura voluntad de las partes y no de hechos objetivos) permite en cambio, a nuestro juicio, corregir en este sentido la pura literalidad del artículo 9.1 RD 1146/2006.

¹¹⁸ La normativa reglamentaria, consciente, a la postre, de que la suspensión del contrato de residencia y las excedencias por razones de conciliación de la vida familiar y laboral acarrearán un retraso en la realización del programa formativo, ofrece, como se sabe, una alternativa al ejercicio de estos derechos, que pasa por la ordenación particularizada del tiempo de trabajo que, sin suponer una disminución del número anual de horas establecido, permita al residente no realizar en ningún caso jornadas de trabajo superiores a doce horas diarias (D.A. 3ª RD 1146/2006).

yor, aun siendo ésta de carácter temporal (artículo 45.1 i) ET), y no definitiva (artículo 49.1 h) ET). Cuando el periodo suspensivo fundamentado en tales circunstancias sobrepase los seis meses de duración, el contrato de trabajo que vincula al residente con la unidad docente acreditada quedará extinguido (artículo 11.1 f) RD 1146/2006). Surge entonces la obligación de la Administración sanitaria de ofrecer a los residentes afectados la posibilidad de continuar su formación como especialistas en otras unidades docentes: éstos habrán de suscribir un nuevo contrato que les vincule a la nueva entidad docente que se les asigne, dándose por válidos los periodos de formación ya realizados y evaluados positivamente en la unidad docente de la que procedan (artículo 11.2 RD 1146/2006). Es claro como la norma trata de preservar el derecho a la continuidad e integridad del proceso formativo de quien, en definitiva, ha obtenido una plaza en un concurso público a tal efecto, dependiendo de dicha continuidad el ejercicio de la actividad profesional como especialista.

- En segundo lugar, también adquiere cierta singularidad en su alcance y contenido el derecho a la suspensión del contrato de trabajo fundamentada en razones de violencia de género. En efecto, por una parte, está plenamente vigente la causa genérica establecida en el artículo 45.1 n) ET: esto es, la trabajadora residente que se vea obligada a abandonar temporalmente su puesto de trabajo por ser víctima de violencia de género, en aras de la efectividad de su protección integral, tiene derecho a la suspensión del contrato con derecho de reserva del puesto de trabajo, en los mismos términos que los trabajadores del régimen laboral común, siguiendo lo dispuesto en el artículo 48.6 ET.

Ahora bien, junto a lo anterior, si en aras de la propia efectividad del derecho a la protección y a la asistencia integral la trabajadora lo que precisa es de un cambio del lugar de residencia, la D.A. 4ª RD 1146/2006 lo que le concede, es un derecho preferente a que se le asigne otra plaza de residente en formación de la misma titulación y especialidad que esté vacante en otra unidad docente de otra localidad

—e incluso de otras Comunidad Autónoma: dicho cambio de adscripción tendrá la virtualidad, además, de posibilitar la continuidad e integridad del proceso formativo. Pero a diferencia del supuesto regulado en el artículo 40.3 bis ET en el que se inspira, ello implica un cambio de empleador o novación subjetiva del contrato (“cambio de unidad docente”). Por ello es por lo que la normativa reglamentaria garantiza, durante los seis primeros meses, la obligación del centro de origen de “reservar la plaza que anteriormente ocupaba la residente trasladada”, lo cual constituye, a la postre, un genuino supuesto adicional de suspensión del contrato de trabajo de residencia. Terminado dicho periodo, la residente podrá optar entre el regreso al centro de origen o la continuidad del contrato de trabajo con la nueva unidad docente, decayendo, en este segundo caso, la obligación de reserva. La finalización de la situación suspensiva dará lugar, como en el caso anterior, a una novación subjetiva definitiva.

No contéplale RD 1146/2006, en cambio, peculiaridad alguna en relación con la suspensión del contrato motivada por maternidad biológica -y paternidad- así como por adopción o acogimiento. De lo cual cabe extraer, a nuestro juicio, una consecuencia interpretativa no precisamente irrelevante: la de la posibilidad del disfrute tanto en régimen de jornada completa como a tiempo parcial de tales periodos, previo acuerdo entre el centro sanitario y los trabajadores afectados. Es pertinente sostener, pues, en este punto, una solución interpretativa no restrictiva de derechos constitucionales, argumentando, en suma, a favor de la aplicabilidad supletoria del artículo 48.4 ET (actual párrafo 10º)¹¹⁹ y su desarrollo reglamentario a cargo del RD 1251/2001¹²⁰. Es esta una opción normativa que no vulnera lo dispuesto en la normati-

¹¹⁹

No supone un obstáculo para mantener dicha interpretación lo dispuesto en el artículo 5.3 RD 1146/2006, puesto que dicha norma especial ha de interpretarse de manera restrictiva, no sólo en virtud de las anteriores consideraciones, sino a partir de su propio tenor literal: lo que prohíbe dicho precepto es exclusivamente la suscripción de contratos de trabajo del personal residente con jornada a tiempo parcial -ya sea inicial o sobrevenida-, sometidos al artículo 12 ET, pero no el ejercicio del derecho al disfrute a la suspensión parcial del contrato de trabajo.

¹²⁰

A falta de lo que se ulteriormente se disponga reglamentariamente para la suspensión del contrato por paternidad regulada en el artículo 48 bis ET, véase la D.A. 1ª RD 1251/2001, de 16 de noviembre.

va comunitaria, por cuanto que esta permite que los Estados miembros puedan autorizar una formación especializada a tiempo parcial cuando, como consecuencia de circunstancias individuales justificadas, no sea factible una formación a tiempo completo; todo ello, siempre y cuando la duración total de la formación no se reduzca por motivo de su realización a tiempo parcial¹²¹. Otra cuestión es que ello implique la necesidad de un acuerdo previo entre el centro sanitario y el trabajador, amén del respeto al resto de las previsiones reguladoras de dicha suspensión parcial del contrato¹²².

5.2.- Efectos particulares de la suspensión del contrato de trabajo de residencia:

La suspensión del contrato de trabajo de residencia, según cual sea su grado de duración, y con independencia del motivo que la propicie, puede acarrear repercusiones tanto sobre la duración del contrato como sobre la propia superación de las distintas etapas que componen el proceso formativo. Son dos las reglas básicas a este respecto:

1) En primer lugar, según lo dispuesto en el artículo 3.4 RD 1146/2006, la imposibilidad de prestar servicios que supere el 25% de la jornada anual, como consecuencia, entre otras circunstancias, de la suspensión del contrato, acarreará automáticamente la evaluación negativa del periodo anual correspondiente. Pero al tiempo, la norma contempla la prórroga del contrato por el tiempo necesario, bien para completar el periodo formativo, o bien para su repetición completa, previo informe de la Comisión de Docencia (en el caso de repetición de curso, la reso-

¹²¹ Vid. artículos 25.1 y 25.2 de la Directiva 93/16/CE, reguladora de la libre circulación de médicos y el reconocimiento mutuo de sus diplomas, certificados y otros títulos, hoy día incorporada a la más genérica Directiva 36/2005/CEE, sobre reconocimiento de cualificaciones profesionales.

¹²² Dicho acuerdo podrá celebrarse tanto al inicio del descanso como en un momento posterior, pudiendo extenderse a todo el periodo de descanso o sólo a parte del mismo. Podrá igualmente ser disfrutado tanto por la madre como por el padre, en cualquiera de los supuestos de disfrute simultáneo o sucesivo, de tal modo que el periodo durante el que se disfrute –de modo siempre ininterrumpido– el permiso se ampliará proporcionalmente en función de la jornada de trabajo que se realice. Este permiso de maternidad a tiempo parcial, no obstante, resulta incompatible con el disfrute simultáneo de los derechos previstos en los apartados 4 y 4 bis del artículo 37 ET y con la reducción de jornada del artículo 37.5 ET.

lución corresponde al Ministerio de Sanidad y Consumo).

2) En segundo término, en aquellos supuestos de prolongación de la suspensión más allá de los dos años de duración, en el momento del reingreso el residente se incorporará en la parte del programa de formación que acuerde la comisión de docencia de la especialidad, incluso aunque ello pudiese suponer la repetición de algún periodo ya evaluado positivamente. Se preserva así el objeto formativo perseguido por el sistema de residencia, cuya consecución viene condicionada por el rápido avance de las Ciencias de la Salud, como explícitamente declaran los artículos 9.2 y 10.2 RD 1146/2006.

En fin, señalar que las soluciones normativas contenidas en estas dos reglas -que recogen criterios previamente madurados en sede de la doctrina jurídico-laboral¹²³-, resultan francamente equilibradas, por lo que deben valorarse positivamente. En efecto, no parece contemplarse en la normativa comunitaria y nacional aplicable ningún impedimento para que la formación en régimen de residencia deba ser impartida de manera continuada, o al menos no pueda ser interrumpida por causas objetivas y justificadas más allá de lo razonable; y por otra parte, tampoco parece que se deriven costes presupuestarios excesivos como consecuencia tanto de las prórrogas como de las repeticiones, en la medida en que durante la suspensión del contrato quedan interrumpidas las obligaciones retributivas y de Seguridad Social.

VI.- LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO DEL PERSONAL RESIDENTE EN FORMACIÓN.

6.1.- Causas de extinción del contrato de trabajo de residencia:

El artículo 11.1 RD 1146/2006 enumera, en sus diez apartados, el elenco de las causas extintivas del contrato de trabajo de residencia. Se contiene en este precepto una simple adaptación, con ciertas peculiaridades y adaptaciones, de algunas de las causas

¹²³ Vid. J.M. GOERLICH PESET: "Los médicos residentes: un supuesto especial...", *op. cit.*, p. 79.

extintivas de la relación laboral común; y al tiempo, una simple remisión -o alusión directa, según los casos- a las propias causas extintivas del artículo 49 ET. Las peculiaridades que tienen que ver, lógicamente, con la propia función de soporte que el contrato de trabajo -como se sabe, de duración temporal-, desempeña en relación con la realización del programa formativo. Así las cosas, se propone una sistematización de dichas causas extintivas en dos grandes bloques: por un lado, a) las que se encuentran directamente relacionadas con la realización, o la falta de realización en términos satisfactorios del programa de residencia o de sus distintas etapas anuales: en este segundo caso, bien por causas imputables al residente o al centro sanitario. Y, por otro lado, b) las demás causas de extinción del contrato de residencia, que están vigentes en los mismos términos que en el ET.

A) *Causas de extinción específicamente relacionadas con la realización, o falta de realización en términos satisfactorios, del programa de formación y de sus etapas anuales:*

1) En primer lugar, el contrato de trabajo de residencia se extinguirá definitivamente como consecuencia de la culminación con éxito del programa formativo; esto es, concretamente, una vez que se haya obtenido una *evaluación anual positiva en el último año de formación*, finalizándose así la realización de la especialidad correspondiente (artículo 11.1 a) RD 1146/2006). Es esta, por tanto, lo que podríamos denominar como la causa ordinaria de terminación definitiva de la relación laboral de residencia -una vez que ya no procede obviamente la realización de sucesivas prórrogas-. Puesto que se trata de un contrato temporal, esta causa extintiva no sería otra cosa, en definitiva, que la proyección al caso concreto de la prevista con carácter general en el artículo 49.1 c) ET, esto es, la expiración del tiempo convenido en los contratos de duración determinada. En el contrato especial de residencia, al igual que sucede con los contratos formativos del ET, la norma reglamentaria deja claro que no procede la percepción de indemnización alguna por fin de

contrato¹²⁴. Por otra parte, dada la conexión directa con el precepto estatutario, cabe plantearse, especialmente en estos casos de extinción ordinaria del contrato de residencia, dos cuestiones vinculadas entre sí: si es necesario que el centro sanitario efectúe denuncia con quince días de antelación; y si de no realizarla, y continuar el residente prestando servicios asistenciales en el centro sanitario o unidad docente, la relación puede entenderse transformada tácitamente en un contrato indefinido. En nuestra opinión, ambas deben responderse de manera afirmativa: de continuar el residente prestando servicios asistenciales para el centro sanitario una vez obtenido el título de especialista, ha de presumirse la voluntad tácita de ambas partes reconducir la relación laboral hacia un contrato indefinido -salvo que el centro sanitario pudiese probar la existencia de una causa de temporalidad-. Pareciendo poco discutible la vigencia supletoria de esta regla estatutaria, es conveniente pensar también que el centro sanitario debería formular la denuncia del contrato con una antelación de quince días, o al menos, en el momento en que le conste la obtención de la evaluación anual positiva en el último año de formación por parte del residente.

2) En segundo lugar el contrato de residencia se extinguirá en los casos en que el residente haya obtenido una *evaluación anual negativa*, sin que éste llegue, por tanto, a completar todo el programa formativo (artículo 11.1 b) RD 1146/2006). Tampoco en esta causa extintiva, equivalente al término -o a la condición resolutoria- del régimen laboral común, existe obviamente derecho a indemnización. El rigor de esta regla extintiva viene suavizada por dos previsiones ya conocidas: la de las prórrogas de recuperación permitidas por el Comité de evaluación (artículo 3.3 RD 1146/2006), o bien para completar o repetir el periodo formativo cuando la evaluación negativa derive de la imposibilidad de la prestación de servicios superior al 25% de la jornada anual (artículo 3.4 RD 1146/2006).

¹²⁴ Sobre la sintonía de esta previsión con la regulación del contrato formativo en prácticas, se pronuncia A. DE LA PUEBLA PINILLA: "La relación laboral especial de residencia...", *op. cit.*, p. 109.

3) En tercer lugar, el contrato de residencia se extingue igualmente si la *evaluación final es de carácter negativo* en el último año de formación (artículo 11.1 c) RD 1146/2006). Esta causa extintiva resulta operativa con independencia de que el residente solicite la revisión de dicha calificación por los cauces establecidos (D.A. 5ª, apartado 2)¹²⁵, y obviamente, como las anteriores, tampoco otorga derecho a indemnización alguna. También a este supuesto pueden resultar aplicables, no obstante, las dos prórrogas comentadas con anterioridad.

4) En cuarto lugar, por *renuncia voluntaria del residente*, que puede producirse tanto de forma explícita como tácita. Esta causa extintiva, que equivale, en definitiva a la dimisión *ad nutum* del artículo 49.1 d) ET, se entiende efectuada tácitamente, en particular, cuando tras una evaluación negativa se haya autorizado la repetición completa del periodo formativo y el residente no se incorporara a su inicio, o cuando no se incorpore al plan específico de recuperación acordado por el Comité de evaluación, sin causa justificada en ambos casos (artículo 11.1 d) RD 1146/2006).

5) En quinto lugar, el contrato de residencia puede extinguirse en virtud de ciertos supuestos en los que la falta de realización del programa formativo –o más bien, la imposibilidad de hacerlo– es imputable a la unidad docente acreditada y no al residente: en concreto, cuando se produzca un periodo de *suspensión del contrato de trabajo motivada por fuerza mayor temporal, o causas económicas, técnicas, organizativas o de producción*; y dicho periodo llegue a exceder el límite de *seis meses de duración* (artículo 11.1 f) RD 1146/2006). Realmente, de todo el elenco de causas extintivas del contrato de residencia, ésta es la única verdaderamente original, que es fruto de una proyección ni de una remisión al régimen general. Su razón de ser, en definitiva, es la de posibilitar que en tales casos de suspensiones del contrato no imputables al residente, en las que éste está capacitado para continuar trabajando, pueda de

hecho hacerlo, retomando el proceso formativo en otra unidad docente acreditada. Para lo cual es preciso la extinción del contrato, y la suscripción de otro sucesivo con la entidad titular de la unidad docente acreditada que sea ofrecida por la Administración sanitaria. No se contempla en relación con esta peculiar causa extintiva, la percepción de una indemnización por parte del residente, lo cual quizá hubiese sido oportuno, teniendo en cuenta tanto su analogía con otras causas extintivas del régimen común¹²⁶, como el hecho de que la interrupción prolongada del programa formativo puede ciertamente causar perjuicios al residente.

6) En sexto lugar, el contrato de trabajo de residencia se extinguirá *cuando la autoridad competente retire a la unidad docente acreditada la acreditación para la formación de especialistas* (artículo 11.1 e) *in fine* RD 1146/2006). La protección del residente en este caso pasa igualmente por la oferta de otra plaza por parte de la Administración sanitaria en otra unidad docente acreditada, con cuya entidad titular el residente suscribirá un nuevo contrato, sin que se prevea tampoco en la norma reglamentaria derecho indemnizatorio alguno.

B) *Causas de extinción del contrato de residencia coincidentes en sus propios términos con el régimen laboral común:*

Junto a los supuestos extintivos enumerados con anterioridad, el artículo 11 RD 1146/2006, en el resto de sus apartados viene a declarar aplicables, bien por remisión directa, o bien por recepción expresa, las siguientes causas extintivas del régimen laboral común: 1) muerte, jubilación o incapacidad del empresario, o extinción de la personalidad jurídica de la entidad contratante; 2) fuerza mayor que imposibilite definitivamente la prestación de trabajo; 3) despido colectivo; 4) voluntad del trabajador, fundamentada en un incumplimiento contractual del empresario; 5) despido disciplinario; 6) jubilación del trabajador; 7) muerte, gran invalidez o invalidez permanente total o absoluta del residente; 8) decisión de la trabajadora residente que se vea obligada a

¹²⁵ Téngase en cuenta que en tales casos el proceso de revisión puede prolongarse hasta más allá de un año, como consecuencia de la posibilidad de una prueba extraordinaria que permita al residente, en su caso, obtener el título de especialista.

¹²⁶ En este sentido, A. DE LA PUEBLA PINILLA: "La relación laboral especial de residencia...", *op. cit.*, p. 109.

abandonar definitivamente su puesto de trabajo como consecuencia de ser víctima de violencia de género.

En relación con todas estas causas extintivas, su régimen jurídico queda igualmente remitido, con carácter general, a los preceptos estatutarios. Sólo en relación con el despido disciplinario, la normativa recuerda la aplicabilidad (supletoria) del régimen disciplinario contemplado en el propio reglamento, y en particular, la reserva de esta figura extintiva para las faltas muy graves (artículo 14.3 RD 1146/2006) tipificadas en el convenio colectivo o, en su defecto, en el Estatuto Marco.

Cabe únicamente llamar la atención sobre la ausencia de recogida de las causas extintivas derivadas de la estipulación de pactos o cláusulas extintivas entre el residente y la entidad titular del centro sanitario. De hecho, las únicas causas de extinción del contrato común de trabajo que no están vigentes en la relación laboral especial de residencia serían las contempladas en los dos primeros párrafos del artículo 49.1 ET, esto es, el mutuo acuerdo de las partes y las causas consignadas en el contrato. Siendo lícita la renuncia del residente, no lo son en cambio los pactos indemnizatorios sobrevenidos, ni tampoco la estipulación de términos o condiciones resolutorias de ningún tenor, más allá de los que la propia normativa contempla en relación con la superación o falta de superación de los periodos formativos.

6.2.- Efectos de la extinción del contrato de trabajo de residencia. Repercusiones sobre la continuidad o no de la formación especializada:

Dejando al margen, como se ha apuntado, la aplicabilidad, con carácter general, del régimen jurídico propio de cada una de las causas extintivas, el artículo 11 RD 1146/2006 contempla tres previsiones o efectos genéricos, comunes a varias de ellas, destinados a completar, matizar –o en algún caso, corregir– dicho régimen general. Estas tres previsiones viene guiadas por un propósito común a todas ellas: se trata de impedir que la extinción del contrato de residencia por razones no imputables al residente lleve consigo la terminación definitiva del

proceso formativo conducente a la obtención de la especialidad, privando al mismo irrazonablemente de una expectativa ganada con la previa superación de una prueba de acceso a la formación especializada. Estas tres previsiones, reguladas en los artículos 11.2, 11.3 y 11.4 RD 1146/2006 son las siguientes:

1) La posibilidad de continuación de la formación en otras unidades acreditadas, en ciertos supuestos extintivos no imputables al residente: cuando la extinción del contrato de residencia tiene lugar por causas no imputables al residente, la Administración sanitaria ha de ofrecer necesariamente a los residentes afectados la posibilidad de continuar su formación como especialistas en otras unidades docentes, suscribiendo nuevos contratos con las entidades titulares de las mismas que darán por válidos los periodos de formación ya realizados y evaluados positivamente en la unidad docente de procedencia (artículo 11.2 RD 1146/2006). Tales supuestos extintivos no imputables al residente vienen, en este caso, expresamente fijados por la propia norma: muerte, jubilación o incapacidad del empresario, o extinción de la personalidad jurídica de la entidad contratante; fuerza mayor que imposibilite definitivamente la prestación de trabajo; despido colectivo; voluntad del trabajador, fundamentada en un incumplimiento contractual del empresario; retirada a la unidad docente de la acreditación para la formación de especialistas; suspensión por causas imputables al empresario que exceda de seis meses; ó decisión de la trabajadora residente que se vea obligada a abandonar definitivamente su puesto de trabajo como consecuencia de ser víctima de violencia de género.

Se configura aquí un verdadero derecho subjetivo del trabajador residente, dirigido a preservar la posibilidad efectiva de que el residente pueda culminar el programa de formación, y por tanto obtener el título de especialista. No precisa la norma cuál es la Administración sanitaria encargada de satisfacer el derecho: esta podría ser, pues, la estatal, que es, en definitiva, ante quien el residente superó un concurso público para obtener una plaza de formación, o bien, en su caso, la autonómica a través de los mecanismos de coordinación al efecto.

En relación con las residentes víctimas de violencia de género, se aprecia una cierta falta de sintonía -acaso sólo aparente- entre el artículo 11 (apartados 1 j) y 2), y la D.A. 4ª RD 1146/2006. Y es que esta última disposición, prevista para cuando la trabajadora necesite abandonar la localidad en la que preste sus servicios, solamente concede un “derecho preferente a que se le asigne otra plaza de residente en formación en la misma titulación y especialidad *que esté vacante*” en otra unidad docente. Con todo, de la lectura conjunta de ambos preceptos quizá pueda extraerse una suerte de protección escalonada: de no existir, en primer término, una plaza vacante para ofrecer a la residente (que podría ser ocupada transitoriamente, con suspensión del contrato inicial; o bien definitivamente, tras el transcurso de seis meses, con extinción del inicial), quedará siempre a su disposición la opción directamente extintiva del 11.1 j) RD 1146/2006, a resultas de la cual será ya obligada la oferta por parte de la Administración sanitaria correspondiente de una nueva plaza de especialista en formación.

2) *El derecho de opción del residente por la readmisión en el supuesto de despido disciplinario calificado como improcedente*: calificado un despido como improcedente a través de una sentencia que sea firme, será el residente, y no la entidad titular de la unidad docente acreditada, quien tendrá derecho a optar entre la readmisión y la indemnización. Resulta perfectamente comprensible, pues, desde el punto de vista de su razón de ser -no menoscabar injustamente las expectativas profesionales del residente derivadas de su derecho a poder culminar el proceso formativo, una vez obtenida una plaza en un concurso público-, y valorable positivamente, esta corrección del régimen laboral común. Ahora bien, quizá mereciese la pena que la tutela del residente en estos supuestos se hubiese completado con un derecho alternativo, también potestativo, a reanudar la formación en otra unidad docente: esto es, a la extensión de la regla anteriormente comentada contenida en el artículo 11.2 RD 1146/2006 también a los casos de despido declarado improcedente por sentencia firme. Y es que, ciertamente, la situación en que puede quedar el residente en el centro sanitario, tras la iniciativa extintiva frustrada de extinción a cargo del

mismo, puede que no sea la más idónea para ser evaluado en condiciones de neutralidad y objetividad.

Aunque la norma reglamentaria nada dice expresamente, y hubiese sido quizá conveniente la incorporación de un simple reenvío o recordatorio expreso, resultan a nuestro juicio plenamente aplicables las disposiciones contenidas en los artículos 280 a 282 LPL, en relación con las sentencias firmes de despido que, por implicar la readmisión del trabajador, han de ejecutarse en sus propios términos.

En todo caso, si el residente optase por la readmisión, y -como consecuencia de la interposición de recursos- hubiese transcurrido un tiempo superior a dos años desde el despido hasta el momento de la ejecución de la sentencia, al igual que en los supuestos de suspensiones y excedencias que superen dicha duración, el residente se incorporará en la parte del programa formativo que decida la comisión de docencia de la especialidad, aunque ello suponga la repetición de periodos evaluados positivamente. La norma reglamentaria reenvía, en este punto, al existir una completa analogía, a lo previsto en el artículo 9.2 RD 1146/2006 al respecto, en atención a los imperativos derivados del rápido avance de las ciencias de la salud.

3) La conservación (excepcional) de los derechos derivados de la superación de la prueba anual selectiva en supuestos de extinción no imputables al residente: aunque formulada en negativo, y como criterio de excepción, este parece ser el sentido de la regla que se formula en el artículo 11.4 RD 1146/2006, ya que, con carácter general, la extinción del contrato de trabajo de residencia llevará consigo también la de los derechos derivados de la superación de la correspondiente prueba nacional selectiva. Por tanto, una vez extinguido el contrato, para acceder a un programa de formación de la misma especialidad o de otra diferente se exigirá en principio la superación de una nueva prueba, “salvo cuando la causa de la extinción no sea imputable al residente”. El sentido de este inciso excepcional, y su efecto tutelar real para el residente son una verdadera incógnita, si es que el intérprete pretende extraer de la

misma algún tipo de valor añadido en relación con lo anteriormente dispuesto en el artículo 11.2.

VII.- LA RESPONSABILIDAD DEL PERSONAL RESIDENTE EN FORMACIÓN.

7.1.- La responsabilidad disciplinaria del personal residente en formación:

El Capítulo III del RD 1146/2006 (artículos 12-16) regula el régimen disciplinario del personal residente en formación por el sistema de residencia. Dicho personal, al igual que los demás trabajadores por cuenta ajena, está sometido al ejercicio del poder disciplinario, y por consiguiente, “incurrirá en responsabilidad disciplinaria por las faltas que cometa”. Esta es la premisa de partida establecida en el propio artículo 12 RD 1146/2006 con carácter previo a la regulación de las peculiaridades que revisten el ejercicio de tal facultad empresarial. Son básicamente cuatro las particularidades que caracterizan el ejercicio de este poder en la relación laboral especial de residencia, las cuales serán comentadas seguidamente.

1) *La vigencia supletoria de la tipificación de las faltas disciplinarias establecida en el EM:* Llama la atención, en primer término, la decisión del legislador reglamentario de remitirse, en atención supuestamente a “las características especiales de esta relación laboral” a la tipificación de las faltas “establecida para el personal estatutario (...), salvo que los convenios colectivos determinen otra cosa”, en cuyo caso, al igual que sucede en dicho texto legal, las faltas disciplinarias pueden ser leves, graves o muy graves (artículos 13.2 y 13.1 RD 1146/2006). No debe pasar desapercibida la existencia de una cierta contradicción en la justificación ofrecida por este precepto: en efecto, si la peculiaridad más señalada de esta relación jurídica es precisamente su carácter formativo -a diferencia de la relación jurídica regulada en el EM, cuyo carácter funcional se refleja claramente en la propia configuración de las faltas¹²⁷ -

¹²⁷ Vid., en este sentido, P. GONZÁLEZ SALINAS – E. LIZÁRRAGA BONELLI (Coord.): *Comentarios a la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud*, op. cit., p. 802.

, parecería más lógico, tal y como señalaba en su informe el Consejo de Estado, que la tipificación de las faltas aplicables a los residentes en formación apareciese más vinculada a los rasgos específicos de su relación laboral, y muy en particular a los deberes específicos que se les imponen en el artículo 4.2 RD 1146/2006¹²⁸.

La intención del legislador reglamentario, tal y como revelaba la propia memoria justificativa del Proyecto de Real Decreto, era la de otorgar seguridad jurídica en el ámbito del régimen disciplinario del personal residente, en tanto la negociación colectiva se encargase de regular el régimen disciplinario de este colectivo, mediante dicha remisión al artículo 72 EM. Dicho precepto, de inspiración, como se ha dicho, netamente funcional, regula un elenco numeroso y detallado de faltas muy graves, graves y leves, que además, las CC.AA. pueden completar estableciendo, mediante normas con rango de ley otras faltas además de las anteriores (artículo 72.5 EM), que serán aplicables en su caso, con carácter supletorio, al personal residente. La doctrina administrativista se ha ocupado de anotar el significado y alcance de cada una de las infracciones tipificadas en el marco legal estatal, a partir de su propia experiencia aplicativa¹²⁹.

La aplicación supletoria de la tipificación de las faltas del personal estatutario se proyecta, por otra parte, tanto sobre los residentes que presten sus servicios en centros o unidades docentes pertenecientes al SNS, como también sobre los de centros privados “en defecto de regulación en el convenio colectivo aplicable” (artículo 13.2, 2º párrafo RD 1146/2006)¹³⁰.

¹²⁸ Vid. Dictamen del Consejo de Estado sobre el Proyecto de Real Decreto por el que se regula la relación laboral especial de residencia para la formación de especialistas en Ciencias de la Salud, de 28/9/2006 (Referencia: 1717/2006, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales), p. 12.

¹²⁹ Cfr., para un completísimo estudio, P. GONZÁLEZ SALINAS – E. LIZÁRRAGA BONELLI (Coord.): *Comentarios a la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud*, op. cit., pp. 803-857.

¹³⁰ No existe, pese a que el precepto acaba utilizando una expresión diversa, ninguna diferencia de trato entre ambos colectivos en cuanto al carácter supletorio de la tipificación de faltas disciplinarias contenidas en el artículo 72 EM, una vez que la norma reglamentaria ha recogido

Será, por consiguiente, a los convenios colectivos aplicables en cada ámbito a los que corresponda –lo cual resulta, a nuestro juicio, más que conveniente– llevar a cabo una tipificación de las faltas laborales de los residentes que se ajuste en mayor medida a los incumplimientos de los deberes y obligaciones básicos propios de esta relación laboral especial, coherente con el marco básico de deberes y obligaciones contenido en el artículo 4.2 RD 1146/2006. Sería deseable, en este sentido, que los convenios colectivos hiciesen además un cierto esfuerzo por tipificar de un modo más simple, breve, y sistemáticamente más correcto las infracciones, evitando las reiteraciones y superposiciones de que adolece el régimen supletorio de origen funcional¹³¹.

2) *Las sanciones aplicables al personal residente*: Igualmente con carácter supletorio, a la espera de la regulación que disponga la negociación colectiva sobre el particular, el artículo 14 RD 1146/2006 dispone que “salvo que los convenios colectivos dispongan otra cosa, las sanciones correspondientes a las faltas disciplinarias cometidas serán las siguientes: 1) por faltas leves, apercibimiento; por faltas graves: suspensión de empleo y sueldo hasta un máximo de dos meses; y 3) por faltas muy graves: despido”.

La opción reglamentaria por limitar las sanciones a estos tres tipos tiene mucho que ver, desde luego, con las peculiaridades de la relación laboral de residencia: quedan excluidas así ciertas sanciones que contempla el EM, tales como por ejemplo los traslados -con o sin cambio de localidad-¹³², y se limita la suspensión de empleo y sueldo a una duración temporal máxima que no conlleva automáticamente la evaluación negativa de la anualidad corres-

pondiente; de suerte que, por consiguiente, sólo las infracciones laborales muy graves impiden la continuidad en condiciones normales del desarrollo del programa formativo. No obstante, la propia rigidez normativa podría, en ciertos casos, acabar teniendo efectos no deseados: en supuestos de comisión de una infracción muy grave por parte del residente, por ejemplo, las instancias competentes podrían decidir no ejercer el poder disciplinario en ningún grado, dado que ello conllevaría necesariamente la extinción del contrato de trabajo, y ello además, como se sabe, acompañado de la pérdida de los derechos derivados de la obtención de la plaza.

Ciertamente, el carácter supletorio de la norma reglamentaria está destinado a funcionar a modo de válvula de escape compensadora de dicha rigidez: será la negociación colectiva la que pueda, como parece deseable, dotar de cierta flexibilidad a este marco normativo, corrigiendo la correspondencia estricta entre infracciones y sanciones determinada por el artículo 14; así como introduciendo, en su caso, otras posibles sanciones siempre y cuando las mismas respeten lo dispuesto en el artículo 58.3 ET: ilicitud de la reducción de las vacaciones, minoración de los derechos al descanso y de las multas de haber (*v. gr.*, suspensiones de empleo y sueldo de más de dos meses de duración para los supuestos de infracciones muy graves, que, pudiendo conllevar un retraso en la culminación del programa formativo, no impliquen necesariamente ni la extinción del contrato ni la pérdida de la plaza, etc.).

3) *El procedimiento disciplinario aplicable al personal residente en formación*: No resulta disponible para la negociación colectiva, en cambio, el procedimiento disciplinario, materia en que rige plenamente lo dispuesto en el artículo 15 RD 1146/2006, un marco reglamentario susceptible, como mucho, de aceptar una relación de detalle por parte del convenio colectivo que resulte aplicable¹³³. Se trata de un procedimiento disciplinario articulado en cuatro fases: se da cabida a la intervención arti-

las observaciones formuladas por el Consejo de Estado también a este respecto.

¹³¹ En todo caso, por lo que se refiere a las faltas de asistencia al trabajo, no cabe computar (artículo 13.3 RD 1146/2006), las aludidas en el artículo 52 d) ET: huelga legal, actividades de representación, accidente de trabajo, maternidad (y paternidad), riesgo durante el embarazo, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia (y riesgo durante la lactancia natural), licencias, vacaciones, enfermedad o accidente no laboral o derivadas de violencia de género.

¹³² Artículo 73.1 b) y d) EM.

¹³³ Lo cual puede ser especialmente oportuno en los convenios colectivos aplicables a centros y unidades titularidad privada, de cara a esclarecer y determinar con precisión los niveles que participan en el propio procedimiento sancionador.

culada de tres instancias de responsabilidad diversas en relación con la formación del residente (instancias de gestión de personal del centro sanitario; órgano competente para la imposición de sanciones disciplinarias en la institución sanitaria de la que dependa la unidad docente; y comisión de docencia); y finalmente se contempla la información, en su caso, a las instancias representativas del colectivo laboral.

Así las cosas, la iniciativa en materia disciplinaria queda residenciada en el centro o unidad docente acreditada en el que se encuentre adscrito el residente: será el responsable de la gestión de personal de dicho centro o unidad el que, de hecho, ha de comunicar al residente por escrito la fecha y los hechos que se consideren incluidos en alguno de los supuestos de incumplimiento previstos en la normativa aplicable, y su posible calificación, en los mismos términos que dispone el artículo 58.2 ET para los trabajadores del régimen común. La recepción de dicha comunicación formal de apertura de expediente disciplinario abrirá un plazo de diez días para que el residente pueda formular las alegaciones que estime oportuno para apoyar su defensa. E igualmente, cuando se trate de faltas graves o muy graves, el centro o unidad dará traslado de dicho escrito a la comisión de docencia para que, en el mismo plazo de diez días, pueda manifestar su criterio¹³⁴.

La competencia para la imposición de sanciones corresponderá, en cambio, al órgano competente en materia disciplinaria de la institución sanitaria de la que dependa la unidad de docencia (en el caso del SNS, en el supuesto más frecuente, las instancias competentes dentro del respectivo servicio autonómico de salud).

Y finalmente, al igual que en el régimen laboral común, corresponderá al comité de empresa la recepción de información cuando se sancione a los residentes como consecuencia de la comisión de faltas muy graves: el artículo 15.4 RD 1146/2006 no contiene en este punto más que un simple pero

oportuno recordatorio de la plena vigencia en este punto del artículo 64.1 7º ET.

Huelga señalar que, frente a la imposición de sanciones disciplinarias, el residente podrá siempre instar la revisión de la valoración de las faltas y de las correspondientes sanciones ante la jurisdicción competente (artículo 58.2 ET), a través del proceso especial de despidos y sanciones regulado en los artículos 103 y ss. LPL.

4) *Prescripción de las faltas disciplinarias cometidas por los residentes*: Al igual que sucede en el régimen laboral común (artículo 60.2 ET), las faltas leves cometidas por los residentes prescribirán a los diez días; las graves a los veinte días; y las muy graves a los sesenta días a partir de la fecha en que el centro, como instancia competente para tomar la iniciativa en materia sancionadora, tuvo conocimiento de su comisión; y en todo caso, según la regla tradicional que rige la prescripción “larga”, a los seis meses de haberse cometido (artículo 16.1 RD 1146/2006).

La única peculiaridad en este terreno viene dada por la previsión expresa de criterios de interrupción de la prescripción: ésta se interrumpirá con las notificaciones por escrito tanto al residente como a la comisión de docencia previstas en el artículo 15.2 RD 1146/2006, reanudándose el cómputo una vez pasado el periodo de diez días establecido para hacer alegaciones –o habría que añadir, “consideraciones”, en el caso de la comisión de docencia-. En principio, lo lógico es que la notificación formal a ambos se produzca simultáneamente; pero, de no ser así, por haber sido notificada con retraso la comisión de docencia, habrá que entender, a nuestro juicio, que la interrupción de la prescripción durará hasta que finalice el plazo para que la comisión de docencia pueda manifestar su criterio.

7.2.- La responsabilidad profesional del personal residente en formación: algunas consideraciones básicas en materia penal, administrativa y civil.

Si la imputación de responsabilidad a los profesionales sanitarios en general constituye una temática especialmente compleja, en la que se entrecruzan

¹³⁴ Siendo éste el órgano encargado de la organización y gestión de la formación especializada en el centro sanitario, es lógica su intervención en este procedimiento, pudiendo hacer valer las consideraciones que estime oportunas de cara a ser tenidas en cuenta por el órgano competente para sancionar.

además ámbitos de regulación jurídica informados por principios y pautas de ordenación diversas (básicamente, de orden penal, administrativo y civil), las dificultades se multiplican en los supuestos en los que media la actuación de especialistas en formación. Sin ánimo de emprender aquí un estudio en profundidad de esta problemática –que requeriría, desde luego, de un trabajo monográfico sobre el particular–, sí que resulta conveniente exponer algunas de las pautas de ordenación básicas que se encuentran vigentes en este terreno. Y es que, por otra parte, el examen de lo que podríamos denominar como el “estado de la cuestión” en este terreno, permite apreciar el sentido de algunas de las previsiones reglamentarias contenidas en el RD 1146/2006, las cuales cobran un significado propio justamente a partir de su engarce con el propio sistema de responsabilidades que se encuentra vigente.

Como punto de partida conviene tener bien presente que durante la realización de un programa formativo en régimen de residencia, la capacidad de actuación profesional del residente va incrementándose desde la esfera de actuación propia del titulado universitario (médico, en el supuesto más habitual) hasta la del especialista, pasando por diversas etapas formativas que determinan la adquisición progresiva de habilidades profesionales según lo dispuesto en el propio programa de formación. De este modo, la actuación profesional del residente, en tanto que integrada “en la actividad asistencial, ordinaria y de urgencias del centro sanitario” (artículo 4.1 c) RD 1146/2006) abarcará tres tipos de actuaciones: a) en primer lugar, las amparadas por su título formativo universitario; b) en segundo término, las actuaciones planificadas dentro del plan formativo-asistencial, el cual proporciona un fundamento a la progresiva encomienda de funciones más sofisticadas y complejas al residente, así como de colaboraciones progresivamente más intensas en las tareas asistenciales (*v. gr.*, de la mera supervisión de un tratamiento previamente establecido por un especialista, hasta la toma de decisiones autónomas que resulten accesibles para su grado de formación, sin presencia directa o en

ausencia de aquél, etc.)¹³⁵; y c) en tercer término, las situaciones de urgencia, en las que la intervención facultativa, médica en particular, en ausencia de la posibilidad inmediata de contactar con un especialista, sería no ya sólo permitida, sino obligada por imperativos de naturaleza no sólo deontológica sino penal, vinculados a la denegación del deber de socorro (artículo 196 C.P.). Incluso en este tercer caso, obviamente, podrá incurrir el residente en las responsabilidades que procedan, si, por ejemplo, la urgencia no fue tal, o bien si a pesar de la urgencia, el comportamiento del residente fuese negligente.

Sentado lo anterior, la temática de la responsabilidad profesional de los residentes, como se apuntaba anteriormente, se ubica en una encrucijada donde converge la aplicación de disposiciones pertenecientes a tres ámbitos del ordenamiento jurídico: el penal, el civil y el administrativo: este último, en los supuestos –por otra parte, mayoritarios– en los que los residentes desempeñan sus funciones en centros o unidades acreditadas de titularidad pública.

Centrándonos, pues, prioritariamente en el supuesto de residentes que prestan sus servicios en centros públicos, conviene tener en cuenta, como premisa de partida, que la exigencia de responsabilidad patrimonial deberá ir dirigida directamente a la Administración pública. Tal criterio es el que, en aras de la efectividad del propio resarcimiento de daños, viene impuesto por los artículos 145 y 146 L.R.J.A.E.-P.A.C. Pero es que dicha regulación, por otra parte, excluye actualmente la existencia de responsabilidad civil de quienes prestan sus servicios en instituciones públicas desconectada de la penal¹³⁶: por consiguiente, los residentes vinculados contractualmente con centros públicos, sólo responderán civilmente cuando se trate del resarcimiento de daños derivados de la comisión de delitos o faltas. La

¹³⁵ En este sentido, el RD 1146/2006 se encarga de establecer que es un derecho del residente el de conocer tanto el programa de formación de la especialidad, como en su caso, “las adaptaciones individuales”: es el tutor quien, conociendo el grado de madurez del residente, y en función tanto de ello como del año de formación del residente, deberá ejercer una supervisión mayor o menor.

¹³⁶ La redacción actual de ambos procede de su reforma por parte de la Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la propia Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

Administración correspondiente, una vez que hubiese indemnizado, en su caso, a los lesionados, exigirá de oficio al personal a su servicio a través del ejercicio imperativo de una acción patrimonial en vía de regreso –no cabe ya discrecionalidad a este respecto, a partir de 1999–, la responsabilidad en que hubiesen incurrido por dolo, culpa o negligencia *graves*, ponderando, entre otros, criterios como el resultado dañoso producido, la existencia o no de intencionalidad, la responsabilidad profesional de dicho personal y su relación con la producción del hecho dañoso.

Sentada dicha premisa de partida, hay que decir que la responsabilidad penal de los profesionales sanitarios se circunscribirá de ordinario a supuestos de comisión por omisión imprudente, más que dolosa, de ciertos tipos penales contra la vida y la integridad física como son básicamente los de homicidio y lesiones¹³⁷. Comisión por omisión imprudente que remite, en su actual concepción dogmática, no ya a consideraciones de índole psicológico, sino normativo: esto es, la imprudencia médica se remitirá básicamente a la infracción de una “norma de cuidado” (la ley, los reglamentos de policía o empresa, y fundamentalmente, a la *lex artis*, y en menor medida, a la propia experiencia vivida por el profesional). A su vez, el “deber de cuidado” cuya infracción constituye la esencia misma de la negligencia sanitaria, tendría tanto una vertiente interna como otra externa: la primera, como proceso intelectual dirigido a advertir la existencia de peligros; la segunda, como deber de realizar un comportamiento externo correcto, según lo adecuado para cada situación, en virtud de lo dispuesto en las propias normas de cuidado.

En este sentido, resulta ampliamente compartido que, en relación con la comisión de un delito de imprudencia, la posición de garante y el deber de actuar de un residente en formación no podrían, en principio, considerarse como equivalentes a los de un especialista ya titulado, dado que las relaciones entre

ambos, especialistas y residentes, quedaría regida por un principio de “división vertical” –y no horizontal– del trabajo sanitario¹³⁸, en tanto en cuanto la actividad asistencia de los residentes ha de ser tutelada, controlada y supervisada por sus superiores jerárquicos (adjuntos, jefes de sección, jefes de servicio, y particularmente, el tutor del residente). Indudablemente, **el RD 1146/2006 viene a fortalecer este principio del “trabajo vertical” de manera explícita**, a través de ciertas previsiones contenidas, en forma de derechos laborales del residente en el artículo 4.1, particularmente en los apartados b), c) y f): derecho a la designación de un tutor “que le asistirá” durante el desarrollo de las actividades previstas en el programa de formación; derecho a recibir una práctica profesional progresiva en cuanto a la asunción de responsabilidades; y especialmente, derecho a conocer qué profesionales de la plantilla están presentes en la unidad en la que el residente está prestando servicios, y a “consultarles y pedirles su apoyo cuando lo considere necesario”, sin que ello pueda suponer la denegación de asistencia o el abandono de su puesto. En el nuevo marco normativo de la relación laboral especial de residencia, en definitiva, queda meridianamente claro que la actividad profesional asistencial desempeñada por un residente ha de estar sometida a supervisión.

Así las cosas, los profesionales sanitarios que ostentan una superioridad jerárquica, en el caso de incumplimiento de sus deberes de instrucción, control y, en definitiva supervisión, pueden resultar penalmente responsables de las imprudencias que pueda cometer un residente. Lo cual no significa que éste quede necesariamente eximido de responsabilidad, si, debiendo ser revisado, no se somete a revisión, o si se excede en el ámbito de su actuación profesional más allá de sus propias capacidades. En realidad, el RD 1146/2006 viene, a nuestro juicio, a reforzar, aportando un sustento jurídico formal, la pauta de conducta asumida ordinariamente por la

¹³⁷ Para un estudio integral y sistemático de la responsabilidad penal por actuaciones del personal sanitario (delitos contra la vida e integridad física, delitos contra la libertad, y objeción de conciencia como posible límite a la responsabilidad penal), cfr. M.C. GÓMEZ RIVERO: *La responsabilidad penal del médico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, especialmente pp. 325 y ss.; así como P. GÓMEZ PAVÓN: *Tratamientos médicos: su responsabilidad civil y penal*, Bosch, Barcelona, 1997.

¹³⁸ Cfr. entre otros, siguiendo el análisis jurisprudencial, A. JORGE BARREIRO: “La imprudencia profesional del médico en el nuevo Código Penal español de 1995”, en *La responsabilidad civil y penal del médico*, Colegio Oficial de Médicos de Madrid, Madrid, 1999, p. 140; así como L.F. BARRIOS FLORES: “La responsabilidad profesional del médico interno residente”, *Derecho y Salud*, n° 11, 2003, p. 16.

propia práctica profesional: a saber, la de la apreciación subjetiva por parte del residente de la necesidad o no de revisión de sus actuaciones en el terreno asistencial¹³⁹. Corresponderá al propio residente, en definitiva, determinar la necesidad o conveniencia de someter a supervisión sus decisiones en cada caso, en atención a su grado de formación, experiencia previa y madurez profesional. El RD 1146/2006 parece ser consciente, de algún modo, de que en la práctica, y debido a la fuerte presión asistencial que es habitual en los centros sanitarios, la supervisión de los residentes no tiene lugar en los términos que cualitativa y cuantitativamente serían convenientes, por lo que ha decidido reforzar la posición de aquellos concediendo ciertos derechos de supervisión y apoyo, que al tiempo pueden servir para fundamentar y clarificar las responsabilidades de otros profesionales implicados.

En este sentido, el acto de supervisión de las actuaciones del residente es el que desplaza la responsabilidad cuando el especialista asume el caso: será, en principio éste quien responda, con independencia de que el residente haya podido concurrir con carácter previo, simultáneo o posterior en una actuación imprudente. Desde el momento en que se produce una derivación del paciente al especialista, el residente quedaría, en principio, y salvo tales casos, exento de responsabilidad, la cual se desplazaría a aquél¹⁴⁰. Ahora bien, el residente puede responder penalmente si, por ejemplo, afronta por sí mismo una determinada decisión facultativa sin avisar a un especialista o superior, en los casos en que se produzca la asunción descuidada de un cometido para el que no se esté preparado ni autorizado (“imprudencia por asunción”)¹⁴¹.

Problemática específica es la que presentan, por otra parte, los errores de diagnóstico: según el crite-

rio jurisprudencial constante sobre este particular, éstos errores científicos no comportan, en principio, responsabilidad penal, salvo que revistan tal magnitud que sean la expresión del apartamiento de lo que hubiera detectado un médico de nivel y preparación similar y con un repertorio de medios a su alcance semejante¹⁴², revistiendo así una equivocación inexcusable. Queda, por consiguiente, fuera de la órbita penal, y más aún en el caso de actuaciones a cargo de residentes, la falta de pericia cuando ésta sea de naturaleza extraordinaria o excepcional.

Así las cosas, en definitiva, sólo cuando el residente que preste sus servicios en centros públicos incurra en un delito o falta¹⁴³, lo será también de los daños o perjuicios ocasionados (artículo 116.1 C.P.). Responsabilidad que, no obstante, puede activarse, al menos aparentemente, a través de dos vías procedimentales diversas: La primera, a través de la vía administrativa de regreso anteriormente aludida (artículo 145.2 LRJAE-PAC), de preceptivo ejercicio por parte de la Administración una vez que ésta haya respondido patrimonialmente frente al perjudicado, cuando el residente haya incurrido en dolo, culpa o negligencia graves¹⁴⁴. Pero también cabría teóricamente, en segundo lugar, la exigencia de responsabilidad penal directamente al personal sanitario, el cual en tal caso respondería directamente, siendo entonces la Administración solamente responsable de forma subsidiaria (artículo 121 C.P.): esta segunda posibilidad, no obstante, es acogida con reservas por parte de ciertos sectores de la doctrina administrativista, más aún a partir de la modificación de la

¹³⁹ Vid., en este sentido, la apreciación desde el terreno profesional de A. CALCEDO BARBA: “La responsabilidad del residente en Psiquiatría: manejo de las situaciones con riesgo de demanda” II Congreso de la Sociedad Española de Psiquiatría Legal, Alicante, 1994, p. 190.

¹⁴⁰ En sede civil asume esta tesis del desplazamiento de la responsabilidad, por ejemplo, la SAP Asturias, Sec. 6ª, Civil, de 9-6-2000 (EDJ 2000/20935).

¹⁴¹ Vid., por ejemplo, ya en sede penal, STS, 2ª, 28-12-1990 (EDJ 90/12099).

¹⁴² Cfr. SSTS, 2ª 27-5-1988 (EDJ 1988/4521); 12-3-1990 (EDJ 1990/2719); y 4-9-1991 (EDJ 1991/8418) y 21-4-1992 (EDJ 1992/3882).

¹⁴³ Aunque en relación con la responsabilidad subsidiaria del artículo 121 C.P., el Tribunal Supremo ha zanjado desde hace tiempo la interrogante sobre la extensión de la responsabilidad civil tanto a los delitos como a las faltas: cfr. STS 11-1-1997 (EDJ 1505); 17-1-1997 (Az. 1128); ó 26-9-1997 (EDJ 8668).

¹⁴⁴ La LRJAE-PAC remite, por tanto, en este punto, al empleo de las categorías civiles (en particular, el concepto de “culpa médica”, en la que enseguida se reparará) madurado por la doctrina y jurisprudencia del orden civil, aunque no resulten en este caso competentes los tribunales del orden civil, sino los del contencioso-administrativo.

LRJAE-PAC llevada a cabo por parte de la Ley 4/1999¹⁴⁵.

En el caso de residentes vinculados a centros o unidades docentes de titularidad privada, no se encuentra, en cambio, vedada la vía civil, desvinculada de la penal, para el ejercicio de acciones de resarcimiento de daños. En este terreno, la noción de “culpa médica”, largamente perfilada en el ámbito civil -en base a la existencia de obligaciones de medios y no de resultados por parte de las actuaciones facultativas-, constituye la referencia básica en la materia. Su proyección sobre el supuesto de actuaciones asistenciales de los residentes precisará, no obstante, de adaptaciones a las circunstancias concretas de la persona, tiempo y lugar que han de marcar, en cada caso, el grado de diligencia exigible¹⁴⁶. En este sentido, por una parte, como punto de partida, parece conveniente aplicar un plus de diligencia en el caso del facultativo que aún no está capacitado para actuar autónomamente como profesional sanitario: este, a cambio, dispone de la facultad de solicitar la tutela y apoyo de otros profesionales (artículos 4.1 b) y f) RD 1146/2006), por lo que, por consiguiente, con carácter general, el residente actuará de modo culposo cuando aborde intervenciones, tome decisiones o prescriba tratamientos inadecuados a su grado de formación. La extralimitación en la actuación del residente, así pues, en virtud de su grado de formación, o bien la falta de un cumplimiento adecuado de las instrucciones que se le suministren (artículo 4.2 b) RD 1146/2006) serán el argumento principal del que pueda derivarse la existencia de comportamientos negligentes exclusivamente protagonizados por el

residente, de los que se derivará responsabilidad una vez probado el necesario nexo de causalidad¹⁴⁷.

Otra cuestión será la posible existencia de culpas compartidas entre especialista y residente, si se demostrase la concurrencia cumulativa de un defectuoso cumplimiento de las funciones del primero; o bien la posible existencia de culpa exclusiva del especialista. Así las cosas, la doctrina civilista, de hecho, ha venido apoyando la tesis del desplazamiento de la responsabilidad civil del residente al especialista: salvo en supuestos de evidente negligencia personal del residente o “médico ayudante”, que cualquier facultativo sin experiencia hubiese podido evitar, parece lógico hacer recaer la responsabilidad sobre el especialista que tenga encomendada su formación científica¹⁴⁸, dada la existencia, como se ha dicho, de una división vertical del trabajo entre ambos¹⁴⁹.

Así las cosas, a efectos de la delimitación de la responsabilidad civil, será clave, en definitiva, distinguir entre las situaciones en las que el residente actúa en el marco de sus funciones, y cuando se extralimita. Pero, a su vez, en este segundo caso, es conveniente diferenciar los casos en los que lo haga sin ninguna justificación, de aquellos otros en los que se encuentre en una situación de urgencia y no exista tiempo suficiente ni otro facultativo al que solicitar apoyo. Si el daño tiene lugar por falta de vigilancia o dirección del tutor (artículo 4.1 b) RD 1146/2006), o bien por falta de asistencia de otro facultativo al que se le ha solicitado su apoyo (artículo 4.1 f) RD 1146/2006), se activará la responsabilidad in vigilando prevista en el artículo 1903 C.Civ., primer párrafo, basada no en actos propios sino en los de “aquellas personas de las que se debe

¹⁴⁵ En contra de la sostenibilidad de esta posibilidad, tras la Ley 4/1999, que incentiva decisivamente el carácter imperativo de la vía de regreso, citando a su vez a un amplio y cualificado sector de la doctrina administrativista, vid. L.F. BARRIOS FLORES: “La responsabilidad profesional del médico interno residente”, *op. cit.*, p. 20, para quien, en suma, “parece a todas luces injusto que el personal sanitario responda o no por un mismo hecho dependiendo exclusivamente del tipo de estrategia procesal (penal-administrativa) que haya elegido el perjudicado.

¹⁴⁶ En este sentido, vid. J. FERNÁNDEZ COSTALES: *Responsabilidad civil médica y hospitalaria*, La Ley, Madrid, 1987, p. 80.

¹⁴⁷ Cfr., ampliamente, R. DE ANGEL YAGÜEZ: *Responsabilidad civil por actos médicos. Problemas de prueba*, Civitas, Madrid, 1999, pp. 109 y ss.

¹⁴⁸ Cfr. en esta línea, siguiendo el criterio doctrinal tradicional sobre los “médicos ayudantes” formulado por DE LA QUINTANA FERGUSON (*La responsabilidad civil del médico*, Madrid, 1949), J.M. FERNÁNDEZ HIERRO: *Responsabilidad civil médico-sanitaria*, Aranzadi, Pamplona, 1984, p. 168; E. LLAMAS POMBO: *La responsabilidad civil del médico. Aspectos tradicionales y modernos*, Trivium, Madrid, 1988, p. 345.

¹⁴⁹ Tesis que asume igualmente, en la doctrina civil, A. PANIZA FULLANA: “La responsabilidad civil del médico interno residente (MIR)”, <http://aemir.org/responsabilidadcivil.htm>, p. 5.

responder”. Si el residente se ha extralimitado, llevando a cabo actuaciones no permitidas por el programa de formación y sus adaptaciones individuales, según el año de formación –documentos que tiene derecho y deber de conocer (artículos 4.1 a) y 4.2 a) RD 1146/2006), o lo ha hecho sin esperar el apoyo necesario de su tutor o de otro facultativo al efecto, o si responder a las instrucciones de éstos (artículo 4.2 b) RD 1146/2006), podrá responder directamente del daño producido por existir una actuación negligente por su parte¹⁵⁰. Ahora bien, si la extralimitación del residente o la falta de supervisión o apoyo se producen en una situación de urgencia, no encontraremos en supuestos en los que, en principio, no habrá de responder el residente, sino quizá de responsabilidad imputable a causas organizativas; todo ello, salvo que aparezca, de modo concurrente, una culpa grave por parte del residente, lo cual remitirá seguramente, una vez más, a su grado de conocimientos. El análisis casuístico de las distintas situaciones ofrece, por consiguiente, un panorama de geometría enormemente variable (culpa exclusiva del residente, culpa concurrente del residente y de uno o varios de los especialistas con obligaciones de tutela o apoyo, culpa del residente concurrente con culpa organizativa o institucional, culpa institucional exclusiva, etc.).

Conviene traer a colación, en último término, cómo el artículo 4.1 n) RD 1146/2006 reconoce el derecho del residente a recibir asistencia y protección en el ejercicio de su profesión o en el desempeño de sus funciones; derecho que remite a un trato igualitario con los demás profesionales sanitarios de la entidad pública o privada de que se trate. Aunque proclamado en términos generales y algo abstractos, este precepto viene a reconocer la obligación de otorgar cobertura asegurativa a la responsabilidad civil derivada de la actuación asistencial de estos profesionales, tal y como se había reclamado en la fase de elaboración del RD 1146/2006¹⁵¹.

¹⁵⁰ Vid. SAP Pontevedra 11-1-1997, ó, en el ámbito penal, la ya citada STS 28-12-1990.

¹⁵¹ Vid., por ejemplo, Propuesta de CC.OO. para el desarrollo de un Real Decreto del personal en formación en residencia, op. cit., p. 7; ó Propuestas de UGT sobre el Borrador de Real Decreto que regula la relación laboral de carácter especial del personal en formación por el sistema de residencia, op. cit., p. 12.

