

**RESOLUCIÓN DEL DIRECTOR GERENTE DEL [REDACTED]
[REDACTED] POR LA QUE SE RESUELVE LA RECLAMACIÓN PRESENTADA
POR D. [REDACTED] EN SOLICITUD DE ABONO
DEL PROMEDIO DE GUARDIAS DURANTE EL PERÍODO EN EL QUE
PERMANECIÓ EN LA SITUACIÓN DE INCAPACIDAD TEMPORAL
DURANTE EL AÑO 2020.**

ANTECEDENTES

1º) El pasado día 4 de febrero de 2021, D. Juan Ramón Medina Cepero, actuando en representación de D. [REDACTED], presentó una reclamación en la que solicitó que le fuese abonado el importe de las guardias que habría percibido en caso de no haber permanecido en la situación de incapacidad temporal desde el 8 de agosto al 23 de noviembre de 2020.

2º) Para ello señaló expuso lo siguiente:

a) Que venía prestando servicios como FEA de Urgencia Hospitalaria en el Hospital General Universitario Santa Lucía.

b) Que realizaba guardias dentro de su jornada habitual, por las que percibía la remuneración establecida al efecto.

c) Que durante el año 2020 permaneció en situación de incapacidad temporal desde el 8 de agosto al 23 de noviembre de 2020, lo que supone un total de 107 días.

d) Que durante el períodos de incapacidad temporal por enfermedad común, no percibió, ni se integraron en el cálculo de su base reguladora, los conceptos retributivos correspondientes a las guardias médicas que forman parte de su jornada habitual.

e) Que la jurisprudencia se ha pronunciado en varias ocasiones sobre la obligación de incluir los conceptos retributivos de las guardias dentro de la base reguladora usada para el cálculo de la prestación por incapacidad temporal, y así lo recoge el propio Decreto Legislativo 1/2001, de 26 de enero, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de la Función Pública de la Región de Murcia.

13/10/2021 10:20:38
RIGORIO SERRANO, MARIA CARMEN
Esto es una copia auténtica imprimible de un documento electrónico administrativo archivado por la Comunidad Autónoma de Murcia, según artículo 27.3.c) de la Ley 39/2015. Los firmantes y las fechas de firma se muestran en los recuadros. Su autenticidad puede ser contrastada accediendo a la siguiente dirección: <https://sede.carm.es/verificadores> e introduciendo el código seguro de verificación (CSV) CARM-9703d172-2b6e-379b-3290-0050569b34e7





f) El [REDACTED] ha sido condenado en diferentes ocasiones a incluir este concepto durante la situación de incapacidad temporal, como es el caso de la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 6 de Murcia, que en relación a las guardias indicó: *“Su naturaleza jurídica es la de conceptos retributivos que se devengan mensualmente con carácter fijo aun cuando no se incluyeran en la remuneración de conceptos retributivos que contenía la redacción del apartado 1 de la disposición adicional 2ª del Decreto Legislativo 1/2001, que aplica el [REDACTED]”*.

g) Atendiendo al procedimiento de aplicación por la jurisprudencia para calcular la media de lo que habitualmente el interesado, por su trabajo habitual venía percibiendo por todos los conceptos, se tienen en cuenta los 3 meses, en los que cobró el siguiente importe:

Mes	Importe
Mayo	2.510,22
Junio	2.789,49
Julio	2.678,21

h) Ello supone que la media mensual se eleva a 2.659,30 euros, con un importe diario de 88,64 euros.

i) A la vista de ello, dado que permaneció de baja 107 días, le corresponde percibir la cantidad de 9.484,48 euros.

3º) Además de lo anteriormente expuesto, funda su petición en las siguientes normas:

- Decreto Legislativo 1/2001, de 26 de enero, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de la Función Pública de la Región de Murcia, que en su Disposición Adicional Segunda dispone: “Mejora voluntaria sobre la acción protectora de la Seguridad Social. 1. El personal funcionario y estatutario al servicio de la Función Pública Regional que se halle en la situación de incapacidad temporal, cualquiera que sea la situación determinante de la misma, riesgo durante el embarazo, maternidad, adopción, acogimiento previo, paternidad, riesgo durante la lactancia natural, con independencia de cuál sea su régimen público de Seguridad Social, tendrá derecho a percibir desde el primer día y hasta su extinción por el transcurso del plazo máximo establecido para la situación de que se trate, un complemento salarial que sumado a las prestaciones económicas a las que tenga derecho conforme a la normativa de Seguridad Social le permita alcanzar el cien por cien de los conceptos retributivos que devengue mensualmente con carácter fijo, que el personal hubiera percibido el mes de inicio de la situación correspondiente.





Cuando las situaciones contempladas en este apartado se hayan iniciado antes de la entrada en vigor de esta ley, el personal tendrá derecho al reconocimiento del complemento hasta el cien por cien de las retribuciones a partir de la fecha en que entre en vigor la ley.

Este apartado será de aplicación a los funcionarios que tengan derecho a una prestación económica por incapacidad temporal en virtud de su normativa específica, salvo en aquello que contradiga a la misma”.

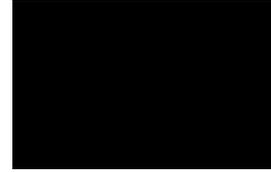
- Artículo 74 del Decreto Legislativo 1/2001, de 26 de enero, que prevé que los facultativos que realicen guardias deberán percibir en el mes de vacaciones el promedio de las que hubiesen realizado en los tres meses previos.

4º) Junto con lo anterior, cita la sentencia de 17 de enero de 2000, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (recurso nº 1820/1999), que resolvió una reclamación similar planteada por un facultativo del [REDACTED], que reconoció el derecho del mismo a percibir durante el período en el que permaneció en la situación de incapacidad temporal, el promedio de guardias que había realizado anteriormente.

El Tribunal Supremo resolvió en favor del facultativo estableciendo en su fundamentación jurídica lo siguiente: *“Debemos en este punto ratificar y hacer nuestras las razones expuestas detenidamente por la sentencia de instancia, que rechazan que la retribución por los servicios de guardia que se reclamaban pudiesen integrarse en los servicios extraordinarios.*

La Sala de instancia, para resolver la cuestión, tomando en cuenta lo expuesto en anteriores fallos, partía de los hechos siguientes: 1) Que con los servicios de guardia se realizaba en los Centros Hospitalarios la asistencia médica calificada de urgencia; 2) Que esas guardias médicas las realizaban la casi totalidad de los médicos de dichos Hospitales, aunque existían algunos colectivos de médicos que dedicaban su actividad de forma exclusiva a la realización de guardias; 3) Que la distribución de las guardias se hacía de conformidad con los criterios preestablecidos en el Acuerdo del Consejo de Gobierno Regional; 4) Que su retribución se realizaba mediante la aplicación de importes fijados anualmente para cada clase de guardia.





Para concluir afirmando que: “(...) siendo esa actividad de urgencia un servicio permanente y normal dentro de los referidos Centros Hospitalarios, el tiempo que los médicos invertían en ella no tenía encaje en los servicios extraordinarios a que se refieren los artículos 23.3.d) de la Ley 30/1984 y 68.d) de la Ley Regional 3/1986 (no cuestionado en el presente recurso de casación en interés de la Ley), sino que de tal informe (el de la Administración que se tenía en cuenta para la fijación de los hechos) se deduce que los citados médicos, funcionarios de la Administración demandada, lo que tienen es una jornada especial en relación con los demás funcionarios, consistiendo esa especialidad en que, además de la jornada común, y con carácter de normalidad, no como hecho excepcional o extraordinario, han de desarrollar la guardia médica que en el turno de reparto les corresponda. Por lo tanto, las guardias médicas son una parte de la jornada normal que han de realizar los funcionarios médicos de la Administración demandada y, consiguientemente, la retribución satisfecha por ese tiempo de servicio no puede calificarse como gratificación sino como retribución ordinaria”.

Posteriormente, la Sentencia de 19 de diciembre de 2011 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (recurso nº 61/2010), se hizo eco de lo dispuesto en la sentencia antes citada y reprodujo íntegramente el razonamiento expuesto por ésta, reconociendo a un médico el derecho a percibir, mientras permaneciera en situación de incapacidad temporal, el complemento de atención continuada, añadiendo que, aunque la anterior sentencia se refiere a las guardias médicas y aquí se pretendía percibir el complemento de atención continuada, “no es óbice para entender que han de seguir el mismo tratamiento porque, por las mismas razones por las que la remuneración de las guardias se consideró una retribución fija y periódica, ha de concluirse que también las posee este complemento”.

5º) Por todo ello solicitó: “Que tenga por presentado este escrito y se sirva admitirlo, y previos los trámites oportunos, dicte en su día resolución en la que, por estimación de los razonamientos que este escrito contiene, acuerde abonar la cuantía de 9.484,48 euros (nueve mil cuatrocientos ochenta y cuatro euros, con cuarenta y ocho céntimos), a D. [REDACTED], por ser una cuantía que debió percibir durante los períodos de incapacidad temporal del presente año”.

6º) Como se indica en su reclamación, el Sr. [REDACTED] permaneció en situación de incapacidad temporal del 8 de agosto al 23 de noviembre de 2020.





FUNDAMENTOS DE DERECHO

1º) Como se advierte, el interesado reclama el pago de guardias cuando permaneció en la situación de incapacidad temporal, que es una contingencia protegida por la Seguridad Social, regulada en el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de Seguridad Social.

2º) Como indica el interesado, los tribunales han venido reconociendo al personal facultativo el derecho a percibir, en el período de incapacidad temporal, el promedio de lo devengado en los tres meses anteriores en concepto de guardias.

3º) Así, la sentencia nº 45/2021, de 11 de febrero de 2021, de la Sección 2ª Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia (recurso nº 236/2020), que confirmó la sentencia nº 106/2020, de 8 de julio de 2020, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 6 de Murcia (procedimiento abreviado nº 432/2019), reconoció el derecho de una trabajadora a percibir, durante el período en el que permaneció en situación de incapacidad temporal durante los años 2016 y 2017, el promedio de las guardias realizadas en los tres meses previos.

Para ello expuso lo siguiente: "Fundamento Jurídico Séptimo (...)."

Es indiscutible que entre los conceptos retributivos citados no se incluyen las guardias o complemento de atención continuada que percibe el personal estatutario, por lo que hay que decidir si esta relación es meramente enumerativa o si tiene carácter exhaustivo y solo podrán incluirse en el cálculo de dicha mejora los conceptos citados y no otros.

El complemento de atención continuada regulado en el art. 43.2.d de la Ley 55/2003, de 26 de diciembre, del Estatuto del personal estatutario de los servicios de salud, que recibe dicho personal cuando permanece en activo esta "destinado a remunerar al personal para atender a los usuarios de los servicios sanitarios de manera permanente y continuada"

Como acertadamente recuerda la sentencia de instancia la naturaleza de este concepto retributivo ha sido objeto de análisis por el Tribunal supremo en sentencias de 17 de enero de 2000 y 19 de diciembre de 2011, dictadas desestimando sendos recursos en interés de la ley y que rechazan que se trate de retribuciones extraordinarias.





En la primera de las sentencias citadas se establece: "Debemos en este punto ratificar y hacer nuestras las razones expuestas detenidamente por la sentencia de instancia, que rechazan que la retribución por los servicios de guardia que se reclamaban pudiese integrarse en los servicios extraordinarios a que se refiere el artículo 23.3.d) de la Ley 30/1.984. La Sala de instancia, para resolver la cuestión, tomando en cuenta lo expuesto en anteriores fallos, partía de los hechos siguientes: 1) Que con los servicios de guardia se realizaba en los Centros Hospitalarios la asistencia médica calificada de urgencia; 2) Que esas guardias médicas las realizaban la casi totalidad de los médicos de dichos Hospitales, aunque existían algunos colectivos de médicos que dedicaban su actividad de forma exclusiva a la realización de guardias; 3) Que la distribución de las guardias se hacía de conformidad con los criterios preestablecidos en el Acuerdo del Consejo de Gobierno Regional; 4) Que su retribución se realizaba mediante la aplicación de importes fijados anualmente para cada clase de guardia. De tales hechos la Sala deducía que en dichos Hospitales se distinguía dentro de la actividad asistencial entre la que era de urgencia y la que no lo era, y asimismo que los Médicos de dichos centros atendían esta última actividad mediante un turno de guardias en la que casi todos participaban y cuya forma de distribución era preestablecida por la propia Administración; para concluir afirmando que, siendo esa actividad de urgencia un servicio permanente y normal dentro de los referidos Centros Hospitalarios, el tiempo que los médicos invertían en ella no tenía encaje en los servicios extraordinarios a que se refieren los artículos 23.3.d) de la Ley 30/1984y 68.d) de la Ley Regional 3/1986 (no cuestionado en el presente recurso de casación en interés de la Ley), sino que de tal informe (el de la Administración que se tenía en cuenta para la fijación de los hechos) se deduce que los citados médicos, funcionarios de la Administración demandada, lo que tienen es una jornada especial en relación con los demás funcionarios, consistiendo esa especialidad en que, además de la jornada común, y con carácter de normalidad, no como hecho excepcional o extraordinario , han de desarrollar la guardia médica que en el turno de reparto les corresponda. Por lo tanto, las guardias médicas son una parte de la jornada normal que han de realizar los funcionarios médicos de la Administración demandada y, consiguientemente, la retribución satisfecha por ese tiempo de servicio no puede calificarse como gratificación sino como retribución ordinaria. ..."





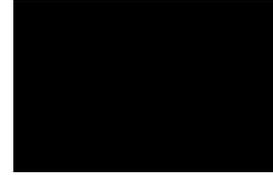
La segunda de las sentencias citadas, que acoge la doctrina de la primera señala que la sustitución de la denominación de guardias por complemento de atención continuada no varía la naturaleza de la misma: "...la interpretación (...) recoge o sigue la ya establecida por esta Sala en la sentencia de 19 de enero de 2000, dictada también en un recurso de casación en interés de la Ley (1820/1999). El hecho de que se refiriera a las retribuciones correspondientes a las guardias médicas mientras que aquí se habla de un complemento de atención continuada, no es óbice para entender que ha de seguir el mismo tratamiento porque, por las mismas razones por las que la remuneración de las guardias se consideró una retribución fija y periódica, ha de concluirse que también la posee este complemento"

Se trata, pues, de retribución ordinaria y no extraordinaria, periódica en el tiempo y aunque sea más discutible que pueda ser calificada de "fija" cuando su cuantía varía en atención a las guardias realizadas y el carácter de las mismas, de lo que no cabe duda, como señala la sentencia de la Audiencia Nacional de 17 de abril de 2013 (Rec. 6/2013) citada en la sentencia apelada, es susceptible de fijación o determinación.

Como acertadamente razona el Juez de instancia "Según la prueba documental traída a la vista de juicio por la parte demandada entre el 1-1-2016 y el 3-10- 2016, realizó o debió realizar un total de 36 guardias de presencia física, (con un promedio de 4 guardias por mes). Ello prueba que la realización de las guardias no es voluntaria, excepcional, extraordinaria, esporádica sino obligatoria, programada y periódica a realizar de forma rotatoria lo que permite afirmar que las guardias que realiza forman parte de su jornada normal de trabajo y que su retribución debe considerarse ordinaria en tanto en cuanto es una retribución de actividades de tal naturaleza y características."

La propia administración viene a atribuirles la característica de elemento retributivo "fijo" en el artículo 74 del Texto Refundido de la Ley de la Función Pública de la Región de Murcia, aprobado por Decreto Legislativo 1/2001, de 26 de enero, en su redacción dada por el artículo 13 de la Ley 5/2012, de 29 de junio, de ajuste presupuestario y de medidas en materia de Función Pública, en el que, tras señalar que La remuneración correspondiente al período de vacaciones estará integrada sólo por los conceptos retributivos establecidos con carácter fijo y periódico de devengo mensual, enumera que conceptos retributivos tienen tal carácter, incluyendo entre ellos g) Los complementos de atención continuada ...





Llegados a este punto, resultando que el complemento de atención continuada forma parte de las retribuciones ordinarias de la actora no es posible excluirlo para el cálculo de la mejora a las prestaciones de la Seguridad Social establecido para el personal estatutario en la norma citada, debiendo entender que la enumeración de conceptos retributivos que se contiene en el último párrafo del primer apartado de la Disposición adicional Segunda, antes trascrita es meramente enunciativa y no exhaustivo y no impide la inclusión del complemento de atención continuada.

Téngase en cuenta que esta DA se incluye en la Ley de la Función Pública de la Región de Murcia y entre los conceptos retributivos que se incluyen en la mejora recoge todos los previstos como retribuciones básicas y complementarias en los artículos 67 y 68 de dicha Ley a excepción de las pagas extraordinarias y las gratificaciones por servicios extraordinarias lo que induce a pensar que se ha omitido o no se ha tenido en cuenta los conceptos retributivos que integran las retribuciones del personal estatutario y las especialidades de su régimen. Sí, como hemos dicho, el complemento de atención continuada, forma parte de las retribuciones ordinarias del personal estatutario y la Administración le atribuye el carácter de fijo, periódico y de devengo mensual, ningún sentido tiene la diferencia o discriminación que se produciría respecto de este personal, de tal manera que, si de las retribuciones de los funcionarios solo se excluyen del cálculo de la mejora las gratificaciones extraordinarias carece de justificación que se excluyeran de las retribuciones del personal estatutario el complemento de atención continuada que no tiene tal concepto.

Se trata, como se dice en la Sentencia apelada de una contradicción u omisión de la regulación que se salva posteriormente por la disposición final 2ª.4 de la Ley 14/2018, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia para el año 2019, tras la cual el apartado 1 de la disposición adicional 2ª no contiene ya la enumeración de conceptos retributivos que incluyó en su momento

El supuesto de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla la Mancha citada por el Letrado de la Administración no es extrapolable a nuestro supuesto por cuanto en aquel caso, la normativa aplicable expresamente excluye la inclusión de las retribuciones por concepto de guardia, que no ocurre en la nuestra”.





4º) En consecuencia, procede reconocer el derecho del interesado a percibir, durante el período en el que permaneció en situación de incapacidad temporal, el promedio de las guardias devengadas en los tres meses anteriores, si bien, en una cuantía distinta a la reclamada.

Así, de acuerdo al certificado expedido por la Gerencia del Área de Salud II (Cartagena) en los tres meses previos al inicio de la situación de incapacidad temporal (del 3 de abril al 30 de junio de 2020 y del 1 al 7 de agosto de 2020), descontando así el mes de julio de 2020 en el que disfrutó de vacaciones, realizó las siguientes guardias:

Período	GPF Laboral	GPF Festiva	GPF Sábado
03-04-2020 a 30-04-2020	3	1	0
01-05-2020 a 31-05-2020	4	0	1
01-06-2020 a 30-06-2020	3	1	1
01-08-2020 a 07-08-2020	1	0	0
Total	11	2	2

5º) Como consecuencia de ello generó la siguiente cantidad:

Tipo de guardia	Nº	Importe	Total
GPF Laboral	11	491,13	5.402,43
GPF Festiva	2	770,40	1.540,80
GPF Sábado	2	545,70	1.091,40
Total			8.034,63

Dado que devengó tal cantidad en 96 días, el promedio diario se eleva a 83,69 euros.

6º) A la vista de ello, y atendiendo al período en el que permaneció en situación de incapacidad temporal le corresponde percibir la siguiente cantidad:

Período	Nº de días	Importe diario	Total
08-08-2020 a 31-08-2020	24	83,69	2.008,56
01-09-2020 a 30-09-2020	30	83,69	2.510,70
01-10-2020 a 31-10-2020	31	83,69	2.594,39
01-11-2020 a 23-11-2020	23	83,69	1.924,87
Total			9.038,52





Por lo expuesto y vista la propuesta formulada por el Servicio Jurídico de Recursos Humanos, en ejercicio de las competencias que tengo atribuidas por el Decreto 148/2002, de 27 de diciembre, de estructura y funciones de los órganos de participación, administración y gestión del [REDACTED] (BORM nº 7 de 10/1/2003),

RESUELVO

1º) Estimar parcialmente la reclamación presentada por D. [REDACTED] sobre abono de guardias en la situación de incapacidad temporal en la que permaneció del 8 de agosto al 23 de noviembre de 2020, reconociendo el derecho del mismo a percibir 9.038,52 euros en concepto del promedio de las guardias que devengó durante los tres meses previos a dicha situación.

2º) Contra la presente resolución, que no agota la vía administrativa, podrá interponer recurso de alzada ante el Excmo. Sr. Consejero de Salud, en el plazo de un mes, a contar a partir del día siguiente al de su notificación, conforme a lo establecido en los artículos 27.1 de la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia y 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

El Director Gerente
(P.D. Resolución de 12-2-2007
BORM de 22-3-2007)
La Directora General de
Recursos Humanos
(Firmado electrónicamente)

