

# Las relaciones laborales en el sistema sanitario italiano: flexibilidad, poderes de gestión y desafíos pandémicos<sup>1 2</sup>

## Industrial relations in the italian healthcare system: flexibility, management powers and pandemic challenges

MARCO ESPOSITO *Catedrático de Derecho Laboral en la Universidad Parthenope, Nápoles*

UMBERTO GARGIULO *Catedrático de Derecho Laboral en la Universidad Magna Græcia, Catanzaro*

EMILIA D'AVINO *Investigadora en Derecho Laboral en la Universidad Parthenope, Nápoles*

MARIA GIOVANNA ELMO *Doctora de Investigación en Derecho e Instituciones Económicas y Sociales*

### Resumen

Se analizan en este estudio los aspectos problemáticos del Servicio Nacional de Salud: la reducción progresiva del gasto público en sanidad y el creciente protagonismo del mismo a cargo de los ciudadanos; la reducción del personal fijo y el creciente uso de contratos de duración determinada o de consultorías; la reducción del número de centros hospitalarios y de asistencia local; la ralentización de las inversiones. En Italia, la reorganización del servicio sanitario y la contractualización del empleo público tienen una matriz común, que remiten a la ley habilitante de la República Italiana del 23 de octubre de 1992 núm. 421. El SSN está dividido en Servicios Sanitarios Regionales (SSR) y está obligado a garantizar los Niveles Esenciales de Atención (LEA). El fortalecimiento de los servicios sanitarios y la normativa laboral, profundizando en la cuestión de los contratos flexibles, que son la “primera” forma de acceder al mercado laboral sanitario, en particular a través de los contratos de trabajo de duración determinada y a los contratos de “somministrazione.” Finalmente, se estudian los procesos de estabilización puestos en marcha por el legislador y los riesgos de exclusión de determinadas categorías de trabajadores temporales. La legislación debe definir principios y criterios más precisos, con el fin de garantizar una “gestión óptima de la organización del personal” mediante formas racionales de flexibilidad, al tiempo que se garantiza la consolidación de la profesionalidad ya establecida.

### Abstract

This study analyzes the problematic aspects of the National Health Service: The progressive reduction of public health spending and the increasing role of public health spending by citizens; the reduction of permanent staff and the increasing use of fixed-term contracts or consultancies; the reduction in the number of hospitals and local care facilities; the slowdown in investment. In Italy, the reorganization of the health service and the counterupdate of public employment have a common matrix, which refer to the Italian Enabling Act of 23 October 1992 No. 421. The SSN is divided into Regional Health Services (SSR) and is required to ensure Essential Levels of Care (LEA). The strengthening of home care services through telemedicine is a key objective for the National Health Service, aimed at patients over 65 years of age and/or with chronic diseases. The links between the organization of health services and labor regulations are carefully studied, with the issue of flexible contracts, which are the “first” way of accessing the health labor market, in particular through fixed-term employment contracts and “somministrazione” contracts. Finally, the stabilization processes put in place by the legislator and the risks of exclusion of certain categories of temporary workers are studied. Legislation should define more precise principles and criteria, in order to ensure “optimal management of staff organization” through rational forms of flexibility, while ensuring the consolidation of established professionalism.

### Palabras Clave

sanidad; gestión de personal; contractualización; flexibilidad; trabajo temporal; estabilización; telemedicina

### Keywords

health; personnel management; contracting; flexibility; temporary work; stabilization; telemedicine

<sup>1</sup> Estudio realizado en el seno del Proyecto de Investigación B-SEJ-213-UGR18 “Retos de la modernización de la asistencia sanitaria en Andalucía: Cohesión interterritorial, envejecimiento y revolución digital. Proyectos I+D+i del Programa Operativo FEDER 2014-2020. Junta de Andalucía-Consejería de Economía y Conocimiento. Universidad de Granada

<sup>2</sup> La contribución es el resultado de una reflexión compartida por todos los autores. Sin embargo, en esencia, los §§ 1 y 2 son atribuibles a M. Esposito y M. G. Elmo; U. Gargiulo es responsable de los §§ 11 y 12; E. D’Avino de los §§ 4 (junto con M. Esposito), 5, 6, 7, 8, 10; M. G. Elmo de los apartados 3 y 9. Las conclusiones son atribuibles a todos los autores.

## 1. LOS PUNTOS CRÍTICOS EN EL SISTEMA NACIONAL DE SALUD ANTES DE LA EMERGENCIA PANDÉMICA

Como es sabido, la emergencia sanitaria de Covid-19 ha tensionado los sistemas sanitarios nacionales de todo el mundo<sup>3</sup>. En Italia, la pandemia ha puesto de manifiesto los aspectos problemáticos del Servicio Nacional de Salud (en adelante, el SSN), en gran medida, sin embargo, atribuibles a algunas decisiones políticas tomadas durante los últimos años.

La reducción progresiva del gasto público en sanidad y el creciente protagonismo del mismo a cargo de los ciudadanos; la reducción del personal fijo y el creciente uso de contratos de duración determinada o de consultorías; la reducción del número de centros hospitalarios y de asistencia local; la ralentización de las inversiones. Lo que surge es un cuadro muy complejo que no se presta a interpretaciones que puedan simplificarse demasiado. Para no extendernos en exceso, podríamos resumir que los principales problemas críticos son: a) la persistencia de las restricciones de gasto durante un largo período de tiempo; b) la falta, especialmente en algunas áreas, de personal especializado; c) la calidad -o más bien, la inaceptable diversidad- de los servicios ofrecidos en las distintas zonas del país; d) la “huida” del sistema público<sup>4</sup>.

Al mismo tiempo, ya se ha afirmado que con la pandemia, el Servicio italiano de Salud, que durante años se ha subestimado a menudo, ha aparecido como un paraguas protector al que nadie piensa renunciar. Por el momento, la salud pública es algo fundamental para todos, aunque deba mejorarse. No podemos negar que nuestro sistema sanitario ha hecho posible que no estemos totalmente desprevenidos ante una emergencia tan grave<sup>5</sup>.

Sin embargo, es necesario realizar un análisis crítico de lo que ocurre en el sector sanitario. En primer lugar, en términos generales, cabe señalar algunos problemas estructurales endémicos de nuestro sistema sanitario, que se han visto radicalmente agravados por los acontecimientos de los dos últimos años que lo han puesto a prueba. Las áreas críticas son numerosas y no sólo se refieren al derecho laboral, en donde, a pesar de todo la cuestión de la insuficiencia de personal en el sector sanitario - a la que volveremos más adelante - sigue siendo crucial<sup>6</sup>.

<sup>3</sup> A este respecto, véase la investigación del Observatorio Europeo de Sistemas y Políticas de Salud: SAGAN, WEBB, AZZOPARDI-MUSCAT, DE LA MATA, MCKEE, FIGUERAS (Ed. por), *Health systems resilience during COVID-19: Lessons for building back better*, Organización Mundial de la Salud, 2021.

<sup>4</sup> En los últimos años, los hospitales están asistiendo a un fenómeno nunca antes visto: un número cada vez mayor de médicos de hospital deciden presentar su dimisión y buscar soluciones laborales alternativas. En 2019, uno de cada 16 médicos trató de huir del trabajo hospitalario para irse al sector privado o al extranjero (véase el estudio de Fiaso). De hecho, las limitaciones impuestas a la contratación en el ámbito de la sanidad, aunque obligadas debido al grave desequilibrio de las cuentas públicas del sector, han aumentado las dificultades para encontrar una salida estable al final de la especialización y un tratamiento económico adecuado. Esta es la razón por la que un importante número de personas ha huido del país: según datos de la OCDE, más de 9.000 médicos formados en Italia se han ido a trabajar al extranjero durante los últimos ocho años. El Reino Unido, Alemania, Suiza y Francia son los mercados que, con mayor frecuencia han aportado una solución a la necesidad legítima de empleo y de una remuneración adecuada, cuando no la satisface el sector privado nacional. Se trata de una condición que, aunque favorece la calidad del sistema nacional de formación, corre el peligro de hacer ineficaces las medidas adoptadas para aumentar las especializaciones, si no van acompañadas de un sistema de incentivos que puedan contrarrestar eficazmente las distorsiones señaladas.

<sup>5</sup> DIRINDIN, *La sanità italiana tra crisi ed eccellenza*, in *Il Mulino*, 3, 2020. Según la autora, basta con pensar en la situación de Estados Unidos, en donde 27,5 millones de personas (véase Berchick, Barnett, Upton, Current Population Reports, P60-267(RV), *Health Insurance Coverage in the United States: 2018*, U.S. Government Printing Office, 2019) no tienen acceso a la atención que necesitan para el Covid-19, por carecer de cualquier forma de protección sanitaria, hasta el punto de que el Gobierno Federal ha tenido que destinar una parte de los 100.000 millones de dólares de la financiación de emergencia destinada al Coronavirus para reembolsar las estancias hospitalarias de los no asegurados, cuyos costes, según algunas estimaciones, podrían ocupar una parte nada despreciable de dichas partidas.

<sup>6</sup> Cfr. DE PIETRO, TEREANU, *Carichi di lavoro e fabbisogno di personale nelle aziende del Ssn: criticità e prospettive*, in *Mecosan*, 2005, pág. 66; DE PIETRO, *La gestione del personale nelle aziende sanitarie: una rassegna della letteratura*,

En este sentido, cabe destacar que con respecto a 2009, el año con mayor número de empleados en la sanidad pública (693.716 empleados), a finales de 2018 había 648.507 empleados en el SSN, lo que supone un descenso del 6,50%. Las razones de esta dinámica se encuentran en las políticas de contención del gasto. De hecho, a diferencia de otras administraciones públicas, los organismos del SSN no han estado sometidos a un límite de contratación basado en el volumen de negocio, sino a una limitación del gasto, que se ha visto reforzado en las regiones con un plan de recuperación, pero que también se encuentra presente en otras. Las medidas introducidas por la legislación nacional también han contribuido a la ralentización de los gastos de personal, con especial referencia a la congelación de los procedimientos contractuales y la prohibición, hasta el año 2014, de reconocer aumentos salariales por encima del nivel vigente en 2010.

Por lo tanto, parece que el dramatismo de la crisis sanitaria ha acelerado la dinámica ya aplicada, en cierta medida, por el conocido como Decreto Calabria<sup>7</sup>, es decir, aliviar las limitaciones de gasto y superar el túnel de la formación.

Para hacer frente a la emergencia, como veremos más adelante, se recurrió a procedimientos extraordinarios de contratación de personal con el fin de reforzar, en particular, las redes de asistencia territorial y los servicios de virología y de neumología de los hospitales, como excepción a la normativa vigente. Se han previsto incentivos y asignaciones de trabajo autónomo y, para garantizar la asistencia en caso de sustitución del médico generalista, la posibilidad de ejercer la profesión de médico-cirujano, después de haber obtenido una licenciatura en medicina y cirugía, previa evaluación de la idoneidad (lo que se conoce como título habilitante).

En Italia, la reorganización del servicio sanitario y la contractualización del empleo público tienen una matriz común, que remiten a la ley habilitante de la República Italiana del 23 de octubre de 1992 núm. 421, haciendo que sus caminos se crucen, aunque en ocasiones, parecen ir paralelos y no comunicarse. En este sentido, en el plano jurídico, surgen también aspectos del derecho público y administrativo (véase F. Giglioni para estos aspectos en esta misma investigación), así como, en diferentes niveles, perfiles significativos de política económica y financiera; un ejemplo sería el tema de la regionalización de la sanidad como factor de crisis entre el centro y la periferia (en la relación que mantienen el Estado y las regiones), pero también en las relaciones entre las regiones. Está además la adopción de modelos diversificados, que no son ajenos a las reivindicaciones identitarias: “las regiones han hecho de las políticas sanitarias la principal seña de identidad de su actividad institucional, compitiendo a menudo entre sí y con el gobierno central”<sup>8</sup>. De hecho, en

---

in *Mecosan*, 2006, pág. 141; DE PIETRO, *L'evoluzione delle funzioni innovative nelle aziende del SSN: le politiche e la valutazione del personale*, in *Mecosan*, 2002, pág. 67. Desde distintos puntos de vista, estas fuentes ponen de manifiesto el peso de las limitaciones de gasto en el establecimiento de las plantillas de personal. Restricciones consideradas legítimas por el Tribunal Constitucional. 72/17. Cfr. BOSCATI, *È incostituzionale la legge regionale che per il personale sanitario deroga alle disposizioni statali in materia di orario di lavoro e di limiti all'assunzione a tempo determinato*, in *DRI*, 2017, pág. 1175.

<sup>7</sup> Una situación especialmente difícil fue abordada por el Decreto Ley 35/2019 (el conocido como Decreto Calabria), cuyo capítulo I está íntegramente dedicado a las disposiciones especiales para la Región de Calabria, destinadas a restablecer el cumplimiento de los niveles esenciales de atención dentro del sector sanitario, además de garantizar la consecución de los objetivos del Plan de Recuperación de los déficits del servicio sanitario regional, según los correspondientes programas operativos. El Decreto Calabria también interviene en la contención del gasto de personal del SSN y en la congelación de la facturación, así como en la contratación de personal médico. Estas últimas cuestiones ya habían sido tratadas por las leyes de presupuestos de 2018 y 2019, confirmando la incisividad de la continuación en la revisión del gasto en el sector sanitario, iniciada en 2011, con la intención de recuperar las áreas de ineficiencia tanto a nivel de gestión como de organización, con el objetivo de compensar la contracción de los recursos invertidos en el Sistema Nacional de Salud.

<sup>8</sup> TARONI, GIORGI, *I regionalismi sanitari in Italia nel contesto internazionale: lezioni dalla pandemia*, in *Costituzionalismo.it*, 2, 2020, pág. 64. También subraya este perfil Mangiameli, *Il riparto delle competenze tra vicende storiche e prospettive di collaborazione*, in *DR*, 3, 2020, págs. 245-246: “A pesar de la reducción del margen de maniobra de las Regiones debido al control del gasto, sobre todo en el caso de las regiones que tomaron parte en

Italia, el SSN está dividido en Servicios Sanitarios Regionales (SSR) y está obligado a garantizar los Niveles Esenciales de Atención (LEA, por sus siglas en italiano). En Italia, los LEA hacen referencia al conjunto de todas las prestaciones, servicios y actividades que los ciudadanos tienen derecho a obtener del Servicio Nacional de Salud, con el fin de garantizarlos en condiciones uniformes, a todos y en la totalidad del territorio nacional. Desde esta perspectiva, los indicadores de seguimiento de los LEA son herramientas de evaluación que captan las posibles faltas de homogeneidad en la demanda y la oferta de servicios dentro de los servicios sanitarios descentralizados. También a la luz de este marco normativo, implantado desde 2001 por un regionalismo que parece “indeciso entre formas diferenciadas pero solidarias o con formas asimétricas y competitivas”<sup>9</sup>, el sistema sanitario expresa, aún más que en el pasado, la necesidad de una nueva forma de regionalismo. El sistema sanitario expresa, incluso más que otros sectores de la administración pública italiana, las dificultades normativas generales y los difíciles procesos de su aplicación.

En último lugar, aunque no menos importante, está la cuestión de la carga económica que genera la asistencia sanitaria<sup>10</sup>, no sólo en cuanto a su impacto en las finanzas públicas, sino también en la racionalidad de los centros de coste. El mercado de los productos sanitarios, los equipos médicos y los medicamentos es global y a veces se caracteriza por verdaderas guerras comerciales: la situación de los últimos meses es buena prueba de ello.

En un mercado con estas características, la Unión Europea probablemente debería haber desempeñado un papel importante, pero no ha sido así, debido también a la falta de competencia reguladora. En cualquier caso, un sistema en el que los Estados-Nación compiten entre sí en un cuestionable “todos contra todos” parece estar ya en dificultades: moverse por los microactores regionales en este contexto significa condenarse a obtener bienes y servicios en condiciones inevitablemente más caras. Por no hablar del hecho de que la competencia entre regiones conduce a un desajuste y, como consecuencia de ello, a una marcada disparidad territorial en la calidad de los servicios prestados. Por lo tanto, la situación actual requerirá cuanto antes una revisión seria y serena de estos aspectos, también en lo que respecta a los aspectos normativos. Sin embargo, los estudiosos de las distintas disciplinas pueden ya iniciar o reiniciar sus reflexiones con la esperanza de que cuando este asunto termine por fin, los responsables políticos quieran también tomar nota de la necesidad de algunas medidas urgentes de reforma. Debemos preguntarnos qué es lo que ha fallado, pero sobre todo dónde se ha atacado el sistema de salud pública, como sistema.

## **2. (CONTINUACIÓN) DEL PACTO POR LA SALUD AL PLAN NACIONAL DE RECUPERACIÓN Y RESILIENCIA**

Cabe destacar que, a finales del año 2019, el Gobierno y las regiones firmaron un nuevo Pacto por la Sanidad que abarca el período 2019/2021<sup>11</sup>. El Pacto pone al descubierto las áreas y las acciones esenciales que son necesarias para relanzar la eficiencia de los servicios sanitarios; en particular, en las Fichas 3-8 del documento se arroja luz de forma muy clara sobre ciertas lagunas estructurales y organizativas que deben subsanarse durante ese trienio. La lectura de estas páginas tiene el regusto amargo, que hoy se convierte en un doloroso *déjà vu*: sobre la mesa estaban todas las cuestiones que han lastrado la respuesta italiana a la emergencia sanitaria.

---

la aplicación de los Planes de Recuperación del Déficit, cada una de ellas siguió intentando crear su propia identidad a través de la política sanitaria”.

<sup>9</sup> VICARELLI, *Regionalismo sanitario e Covid-19: punti di forza e di debolezza*, in Vicarelli, Giarelli (editor) *Libro Bianco Il Servizio Sanitario Nazionale e la pandemia da Covid-19 Problemi e proposte*, Franco Angeli, 2021, cit. pág. 28.

<sup>10</sup> LAGRIVINESE, RESCE, *La sanità tra crisi economica e vincoli finanziari*, in Coco, De Vincenti (a cura di), *Una questione nazionale. Il Mezzogiorno da “problema” a “opportunità”*, Il Mulino, 2020, pág. 125 y ss.

<sup>11</sup> Publicado en el siguiente enlace: [www.regioni.it/newsletter/n-3750/del-07-01-2020/patto-per-la-salute-2019-2021-il-testo-20616](http://www.regioni.it/newsletter/n-3750/del-07-01-2020/patto-per-la-salute-2019-2021-il-testo-20616).

En efecto, en la Ficha 3, relativa a los recursos humanos, se acuerda: a) aumentar el porcentaje de incremento de los gastos de personal, que puede alcanzar, por tanto, un incremento de hasta un 15%; b) mejorar las actividades formativas, tanto teóricas como prácticas, en el ámbito de las especialidades médico-universitarias; c) potenciar la prestación de los especialistas en el ámbito de la disciplina de medicina y cirugía de urgencias; d) prever también la admisión en los procedimientos de concurso de los residentes matriculados en el tercer año del plan de estudios de especialización.

Esta parte del Pacto se cruza con otro apartado relativo a un punto muy candente, que se ha retomado numerosas veces durante este último año y medio, y que es igualmente crítico, el relativo al “Desarrollo de los Servicios de Prevención y Protección de la Salud, al Desarrollo de las Redes Territoriales y a la Reorganización de la Medicina General” (Ficha núm. 8).

El Pacto, por otra parte, se firmó precisamente debido al evidente sufrimiento del sector sanitario, sufrimiento que afecta a todos los planes mencionados en el párrafo anterior y, en particular, al ámbito del personal.

Pensemos en la progresiva reducción del gasto público en sanidad y en la correlativa carga creciente de gasto que soportan los ciudadanos privados, en la reducción del personal fijo, en el creciente recurso a los contratos temporales y otros contratos precarios, en la reducción del número de centros de hospitalización y en el aligeramiento de la atención territorial, en la ralentización de las inversiones en las zonas regionales, como en la región de Campania, comprometidas con planes de saneamiento financiero sólidos y rigurosos. Todos estos son aspectos que atañen directa e indirectamente a la estructura cuantitativa y cualitativa de las plantillas de los perfiles profesionales sanitarios; ojalá considerásemos que, a diferencia de lo que ha sucedido en otras administraciones públicas, los organismos de servicios sanitarios no han estado sometidos a un límite de contratación basado en la facturación, sino a una limitación del gasto, que se ha visto reforzado en las regiones con un plan de saneamiento y que sigue presente en las demás.

Todo esto se recoge con gran detalle en el informe del Tribunal de Cuentas sobre la situación financiera de las administraciones públicas italianas del mes de abril de 2020. El capítulo dedicado a la dotación de personal y al gasto en personal sanitario nos ofrece una serie de datos sobre los que merece la pena reflexionar.

El Tribunal de Cuentas hace una radiografía despiadada, destacando cómo, durante los últimos años, se han hecho más evidentes los efectos negativos de dos fenómenos diferentes: el largo período de restricciones en la dinámica del gasto de personal y la escasez, en algunos ámbitos, de personal especializado<sup>12</sup>. El Tribunal subraya cómo todas las regiones italianas han registrado disminuciones significativas de personal sanitario estable: disminuciones compensadas básicamente por tipos de trabajo flexibles, con un recurso masivo a la administración del trabajo y a las relaciones de colaboración y autoempleo.

Se trata, desgraciadamente, de una connotación tendencialmente estructural del mercado laboral sanitario, sobre la que la legislación de emergencia de 2020<sup>13</sup> no ha incidido drásticamente y en relación con la cual (todo hay que decirlo), no ayuda ni siquiera la rigidez y cierto apriorismo

<sup>12</sup> Pensemos en la escasez, entre otras competencias, de los “preciados” anestelistas, ya puesta de manifiesto en investigaciones del sector, como la de FIASO (Federación Italiana de Empresas Sanitarias y Hospitalarias) de julio de 2018 (*Informe sobre las necesidades de los médicos públicos a cargo del Laboratorio de Políticas de Personal de FIASO*), disponible en el siguiente enlace: [www.fiaso.it](http://www.fiaso.it).

<sup>13</sup> El Decreto Legislativo núm. 34, del 19 de mayo de 2020, en el mismo momento en que prevé oposiciones reservadas para superar las grandes bolsas de empleo precario en la sanidad pública (artículo 4-bis), acaba legitimando otras nuevas, referidas a la utilización de recursos adicionales y extraordinarios para hacer frente a la emergencia pandémica, que podrán concertarse mediante contratos de trabajo autónomo. Sobre los puntos críticos generales del actual sistema de contratación en la Administración Pública italiana, véanse las reflexiones presentadas en Carabelli, Zoppoli L. (Ed.), *Rinnovamento delle PA e nuovo reclutamento*, in *Quad. RGL*, 6, 2021.

de algunas direcciones jurisprudenciales constitucionales en materia de estabilización del personal sanitario regional<sup>14</sup>.

Hay que decir que ni siquiera el Plan Nacional de Recuperación y Resiliencia (PNRR) aborda estas cuestiones críticas “a cara descubierta”. Del apartado dedicado al tema que nos ocupa, es decir, la Misión 6 bajo el epígrafe “Salud”, se desprende que la estrategia seguida con el PNRR se divide en dos componentes: a) redes de proximidad, estructuras intermedias y telemedicina para la asistencia sanitaria territorial. Las medidas incluidas en este componente tienen por objeto reforzar los servicios prestados dentro del territorio mediante el fortalecimiento y la creación de estructuras e guarniciones territoriales (como las residencias comunitarias y los hospitales comunitarios), el refuerzo de la atención domiciliaria, el desarrollo de la telemedicina y una integración más eficaz con todos los servicios sociosanitarios. b) La innovación, investigación y digitalización del Servicio Nacional de Salud. Según el Plan, las medidas incluidas en este componente permitirán renovar y modernizar las estructuras tecnológicas y digitales existentes, completar y difundir el Expediente Sanitario Electrónico (*Fascicolo Sanitario Elettronico* - FSE)<sup>15</sup>, además de mejorar la capacidad de la prestación y el seguimiento de los niveles esenciales de asistencia, mediante sistemas de información más eficaces. También se destinan importantes recursos a la investigación científica y al fomento de la transferencia de tecnología, así como al refuerzo de las competencias y al capital humano del Servicio Nacional de Salud, entre otras cosas, mejorando la formación del personal.

A pesar de la indudable riqueza de los contenidos de la Misión 6 (“Salud”), se sugiere que los efectos sobre el empleo y el trabajo de las medidas estructurales y organizativas expuestas son indirectos o, en todo caso, “transversales”. Es de esperar, por lo tanto, que se lleve en primer lugar una planificación consciente y luego una gestión responsable de las acciones y de los instrumentos identificados en el Plan. Esto evoca otro punto de interés de esta contribución -que se abordará más adelante-, a saber, el de las competencias de gestión y las capacidades organizativas necesarias para mantener unido un sistema tan complejo como es el sanitario.

### 3. LA TELEMEDICINA

Como se mencionó en el párrafo anterior, el fortalecimiento de los servicios de atención domiciliaria es un objetivo clave para el Servicio Nacional de Salud (en línea con las recomendaciones de la Comisión Europea para 2019). La inversión, tal y como se recoge en el PNRR, pretende aumentar el volumen de servicios prestados en la atención domiciliaria hasta que, a mediados de 2026, pueda atenderse al 10% de la población mayor de 65 años. De hecho, la intervención se dirige en particular a los pacientes mayores de 65 años con una o más patologías crónicas y/o que no son autosuficientes. La inversión tiene como objetivo identificar un modelo compartido para la prestación de la atención domiciliaria que aproveche al máximo las posibilidades que ofrecen las nuevas tecnologías (como la telemedicina, la domótica, la digitalización) y utilizar la telemedicina<sup>16</sup> para apoyar mejor a los pacientes con enfermedades crónicas. Las necesidades de recursos para llevar a cabo esta inversión

<sup>14</sup> Sobre esta cuestión véase ESPOSITO, D’AVINO, *Il contratto a termine nella Sanità pubblica*, in Zoppoli L., Saracini (editor), *Riforme del lavoro e contratti a termine*, Editoriale Scientifica, 2017, pág. 257 y ss.

<sup>15</sup> En relación con esta cuestión véase POSTERARO, *La digitalizzazione della sanità in Italia: uno sguardo al Fascicolo Sanitario Elettronico (anche alla luce del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza)*, in *federalismi.it*, 26/2021, págs. 189-229.

<sup>16</sup> Para una referencia a nivel europeo sobre telemedicina, véase: Comunicación de la Comisión Europea COM(2008)689, sobre “La telemedicina en beneficio de los pacientes, los sistemas sanitarios y la sociedad”, Comisión Europea, 4 de noviembre de 2008. En esta Comunicación se pretende apoyar a los Estados miembros en la implantación de los servicios de telemedicina a través de iniciativas específicas como: crear confianza en los servicios de Telemedicina, fomentar su aceptación, aportar claridad jurídica, resolver problemas técnicos y facilitar el desarrollo del mercado. En el marco de esta Comunicación, la Comisión Europea identificó las acciones específicas que deben adoptarse a nivel de cada Estado miembro. Con fecha del 23/12/2009, el Comité Económico y Social Europeo emitió un dictamen sobre esta Comunicación, en el que definía la telemedicina como una “revolución cultural”, cuyo desarrollo debe considerarse en el contexto de una evolución general de las políticas y de los sistemas sanitarios. Además, cabe

se estiman en 4.000 millones de euros, de los cuales 2.720 millones están relacionados con los costes que genera la atención de un número cada vez mayor de pacientes, que asciende a 280 millones de euros para crear las Centrales Operativas Territoriales (COT) y 1.000 millones de euros para la telemedicina. Estas medidas se aplicarán mediante herramientas de planificación negociada, necesarias para garantizar la coordinación entre los niveles institucionales y los organismos implicados.

Según el PNRR, sólo a través de la integración de la asistencia sanitaria a domicilio con las intervenciones sociales será posible lograr la plena autonomía e independencia de la persona mayor/discapacitada en su hogar, reduciendo el riesgo de una hospitalización inadecuada. El PNRR afirma que esto también será posible gracias a la introducción de herramientas de domótica, telemedicina y telemonitorización.

Como se indica en las directrices de telemedicina elaboradas por el Ministerio de Sanidad<sup>17</sup>, la telemedicina se refiere a una forma de prestar servicios de atención sanitaria, mediante el uso de tecnologías innovadoras, en particular las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC), en situaciones en las que el profesional sanitario y el paciente no se encuentran en el mismo lugar. La telemedicina consiste en la transmisión segura de información y datos médicos en forma de texto, sonido, imágenes u otras formas necesarias para la prevención, el diagnóstico, el tratamiento y el seguimiento de los pacientes. Los servicios de telemedicina deben equipararse a cualquier servicio sanitario de diagnóstico/terapéutico. Sin embargo, los servicios de telemedicina no pueden sustituir a los servicios sanitarios tradicionales en la relación personal médico/paciente, sino que los complementan con el potencial de mejorar la eficacia, la eficiencia y la adecuación. La telemedicina también debe cumplir con todos los derechos y obligaciones de cualquier acto sanitario.

Como ya hemos mencionado, las acciones promovidas por el PNRR, en la Misión 6, también incluyen acciones dirigidas precisamente a la telemedicina; según esto, los servicios de telemedicina, al ayudar a abordar los principales retos a los que se enfrenta el SNS, representan un medio formidable de: (a) contribuir a reducir las actuales brechas geográficas y territoriales en materia de salud mediante la armonización de los estándares de atención que debe garantizar la tecnología; (b) asegurar una mejor “experiencia asistencial” para los asistidos; (c) mejorar los niveles de eficiencia de los sistemas regionales de salud mediante la promoción de protocolos de atención domiciliaria y supervisión remota<sup>18</sup>.

---

recordar que en la Agenda Digital se incluye también una acción específica destinada a difundir los servicios de Telemedicina.

<sup>17</sup> La referencia es al documento: *Telemedicina. Le linee di indirizzo nazionali*, Ministerio de Sanidad italiano, disponible en el siguiente enlace: [C\\_17\\_publicazioni\\_2129\\_allegato.pdf](https://www.salute.gov.it/C_17_publicazioni_2129_allegato.pdf) (salute.gov.it) (última consulta del 17/11/2021). Según este documento, hay muchas iniciativas de telemedicina a escala nacional, aunque con demasiada frecuencia se trata de experimentos, prototipos y proyectos con un número limitado de casos y una alta tasa de mortalidad. Ante esta difusión no orgánica de los servicios sanitarios de telemedicina, es necesario contar con un modelo de gobernanza compartida para las iniciativas de telemedicina, que debe centrarse en los conocimientos específicos del sector sanitario. Por lo tanto, es necesario armonizar las directrices y los modelos de aplicación de la telemedicina, como requisito previo para la interoperabilidad de los servicios de telemedicina y como requisito para pasar de una lógica experimental a una lógica estructurada de uso generalizado de los servicios de telemedicina.

<sup>18</sup> La intervención se traduce en la financiación de proyectos de telemedicina propuestos por las regiones en base a las prioridades y directrices establecidas por el Ministerio de Sanidad. Los proyectos pueden abarcar cualquier ámbito clínico y promover una amplia gama de funcionalidades a lo largo de todo el itinerario de prevención y tratamiento: teleasistencia, teleconsulta, televigilancia y elaboración de partes médicos. Sin embargo, para recibir financiación, los proyectos deberán, en primer lugar, ser capaces de integrarse en el Expediente Sanitario Electrónico, alcanzar objetivos cuantitativos de rendimiento vinculados a los principales objetivos de la telemedicina y del Sistema Nacional de Salud, además de garantizar que su desarrollo se traduce en una armonización efectiva de los servicios sanitarios. Se dará prioridad a los proyectos que abarquen a más de una región y que se basen en experiencias exitosas ya existentes, que tengan como objetivo la construcción de “plataformas de telemedicina” reales y fáciles de ampliar. Esta inversión, según el PNRR, está en consonancia con lo previsto en las inversiones mencionadas en el punto 1.3 del Componente 2 de la Misión 6.

Por lo tanto, la innovación tecnológica también podría contribuir a una reorganización de la asistencia sanitaria, en particular, apoyando el cambio del enfoque de la asistencia sanitaria del hospital al territorio, a través de modelos innovadores de atención centrada en el ciudadano y facilitando el acceso a los servicios a escala nacional.

En este sentido, la pandemia ha puesto de manifiesto la importancia y utilidad de las nuevas tecnologías, la ciber salud (*e-health*) y la telemedicina en el proceso de tratamiento, así como la posibilidad de superar la brecha digital en el uso de estas herramientas y la utilidad de la robótica. En este sentido, los métodos de prestación de asistencia sanitaria y social basados en la telemedicina son fundamentales, ya que contribuyen a garantizar un acceso justo a la asistencia en territorios remotos, apoyan la gestión de enfermedades crónicas y proporcionan un canal de acceso a la asistencia altamente especializada, apoyando una mejor continuidad de la asistencia mediante la comparación multidisciplinar y siendo una ayuda fundamental para los servicios de urgencias.

En relación con el tema que nos ocupa (en particular, la digitalización de los procesos asistenciales y el uso de *big data* para el análisis y la planificación de la asistencia sanitaria), será necesario un profundo replanteamiento y una renovación del sector sanitario. En este momento, el sector sanitario se beneficia de la disponibilidad de recursos que ofrece el Plan Nacional de Recuperación y Resiliencia (PNR), que destina nada menos que 15.630 millones de euros a la Misión 6 - Salud, lo que representa una oportunidad única para el relanzamiento del Sistema Nacional de Salud italiano.

En relación con la importancia de la tecnología en la innovación de los procesos de tratamiento, cabe destacar un estudio reciente<sup>19</sup>, en el que se pone de manifiesto, entre otras cosas, la necesidad de potenciar el uso de la historia clínica electrónica y del Expediente Sanitario Electrónico (FSE, por sus siglas en italiano), para avanzar en la integración de más datos. Según el estudio, los datos existentes deben normalizarse y digitalizarse para que sean útiles en los procesos de evaluación y de planificación. Los datos clínicos hasta la fecha no pueden considerarse como *big data*, ya que carecen de los requisitos de variabilidad, grandes volúmenes y velocidad de transmisión: el Expediente Sanitario Electrónico es hasta la fecha un depósito pasivo, a menudo incompleto y no un generador de datos. De hecho, la creación de un espacio de datos, incluidos los datos sanitarios, es una prioridad de la Comisión Europea, en particular para el período 2019-2025, que exige que los Estados miembros trabajen en la creación de una sólida red de infraestructuras interoperables, en la garantía de la calidad de los datos, así como en la aplicación de sistemas sólidos de gestión de datos y de normas de intercambio de datos. Las cuestiones que están en el centro del debate sobre los *big data*, que van desde la tecnología hasta la ética, la seguridad y la legitimidad, confirman que se trata de un ámbito en el que la contribución de múltiples perspectivas y expertos es crucial para poner en marcha proyectos eficaces y viables.

En el tema de los datos sanitarios y su protección, merece una mención el sistema *blockchain*<sup>20</sup>. Como es sabido, a través de esta herramienta, los datos estarían descentralizados, encriptados, no podrían modificarse, estarían accesibles sólo para las figuras autorizadas y cualificadas, por ejemplo, para comprobar la identidad del paciente, llevar un registro de todo su historial médico, controlar sus parámetros vitales en tiempo real, transmitir la información de forma segura y evitar fraudes o manipulaciones. Unas sencillas características que podrían revolucionar la asistencia sanitaria en nuestro país y en todo el mundo. En Italia se lleva tiempo hablando de ello, e incluso hay un grupo

<sup>19</sup> Nos referimos al “Libro Blanco de la Salud”, resultado de un proyecto de investigación ideado por *Planning*, una empresa especializada en la organización de eventos y actividades de formación en el sector médico-científico desde hace más de 30 años, - editado por CERGAS - SDA Bocconi. El documento, elaborado junto con más de 50 delegados de Ministerios, organismos, instituciones y empresas, se presentó en Bolonia el 05/11/2021 durante la conferencia “*Area Sanità. Strategie per la salute del Paese*” (Área de Salud. Estrategias para la Salud del País).

<sup>20</sup> *Blockchain* es una tecnología basada en una red de ordenadores individuales, llamados “nodos”, que permiten disponer de datos en tiempo real sin necesidad de que una autoridad central los gestione o manipule.



de trabajo en el Ministerio de Desarrollo Económico<sup>21</sup>, aunque hasta la fecha no existen proyectos concretos de *blockchain* dentro del sector sanitario.

Por último, está la cuestión de la preparación de los profesionales sanitarios para prestar servicios a distancia y hacer uso de las nuevas tecnologías. En este sentido, la formación tanto de los servicios administrativos como de los procesos clínicos desempeña un papel fundamental. Al mismo tiempo, deben promoverse las competencias digitales a nivel del paciente individual, orientándole en el uso de la tecnología digital a través de la comunicación pública sobre el potencial de la salud digital (*digital health*).

#### 4. FLEXIBILIDAD LABORAL ENTRE CRITICIDADES Y OPORTUNIDADES: LAS FUENTES

Llegados a este punto, parece necesario aclarar que en este ensayo hemos adoptado un peculiar enfoque de investigación para comprender los vínculos existentes entre la organización de los servicios sanitarios y la normativa laboral. Hemos optado por profundizar en la cuestión de los contratos flexibles, que son la “primera” forma de acceder al mercado laboral sanitario, en la medida en la que se adaptan mejor a las necesidades tanto estructurales como coyunturales.

De hecho, el sector sanitario es especialmente favorable al desarrollo de modelos flexibles en virtud de sus características, propias de las empresas de servicios: alta intensidad de la calidad y conocimiento personal, elevada autonomía profesional, personalización y diferenciación de los servicios ofrecidos a los usuarios<sup>22</sup>. Aunque es cierto que el marco normativo es tan intrincado y articulado que es evidente que presenta “una cierta opacidad subyacente, operativa y normativa a la vez”<sup>23</sup>.

Para entender lo dicho al principio de este apartado, conviene repasar brevemente las fuentes de la regulación de las relaciones flexibles en el sector sanitario, refiriéndose en particular a los contratos de trabajo de duración determinada y a los contratos de “*somministrazione*”<sup>24</sup>.

Como ya se ha mencionado, la normativa en la materia se caracteriza por sus particularidades. En primer lugar, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 29 del Decreto Legislativo núm. 81, del 15 de junio de 2015<sup>25</sup>, “los contratos de duración determinada estipulados (...) con el personal sanitario, incluido el directivo, del Servicio Nacional de Salud” (artículo 29, epígrafe 2, letra c)) no siguen las reglas de la relación laboral privada.

Por lo tanto, se aplica lo dispuesto en el artículo 36 del Decreto Legislativo núm. 165, con fecha del 30 de marzo de 2001, que introduce una disciplina especial, especialmente en lo que respecta a la (no) conversión del contrato de duración determinada en una relación indefinida en caso de abuso. No existe el derecho a la estabilización de la relación laboral ni siquiera para quienes han sido contratados de forma temporal tras un concurso<sup>26</sup>.

<sup>21</sup> Véase Blockchain - Miembros del Grupo de expertos (mise.gov.it).

<sup>22</sup> Cicellin, Consiglio, *Opportunità e problematiche delle nuove forme di lavoro nel sistema sanitario. Agenzie per il lavoro e gestione differenziata delle risorse umane*, WP “Carlo Mario Guerici”, 2012, pág. 3.

<sup>23</sup> Esposito, D’AVINO, *Il contratto a termine nella sanità pubblica*, cit., pág. 259.

<sup>24</sup> En Italia el llamado contrato de “*somministrazione*” es un contrato de duración determinada o indefinida, en virtud del cual una Empresa de Trabajo Temporal, pone trabajadores a disposición de las empresas usuarias con el objetivo de que estos trabajen en ellas bajo la dirección y el control de las mismas. Originariamente en Italia existían los contratos suscritos por “empresa de trabajo temporal”. En este caso la Empresa celebraba contratos de empleo de duración determinada. Este tipo de contrato era muy parecido a los estipulados en España por las Empresas de Trabajo Temporal que permiten ceder temporalmente trabajadores a otras empresas.

<sup>25</sup> Véase el artículo 10, epígrafe 4-ter, Decreto Legislativo núm. 368, con fecha del 6 de septiembre de 2001, añadido por el Decreto Legislativo nº 76, del 28 de junio de 2013.

<sup>26</sup> Casación Civil, sección VI, 14/10/2021, (ud. 11/05/2021, DEP núm. 28087, del 14/10/2021),

La doble y triple especialidad remiten a las normas específicas de contratación aplicables dentro del sector sanitario<sup>27</sup>, así como de la competencia compartida entre el Estado y las regiones, en virtud del artículo 117 de la Constitución italiana<sup>28</sup>. En cuanto al primer aspecto, además del artículo 36 del Decreto Legislativo núm. 165, con fecha del 30 de marzo de 2001, existen normas contenidas en el Decreto Legislativo núm. 502, del 30 de diciembre de 1992, que se hacen específicamente referencia a la normativa sanitaria, incluida la relativa a la gestión del personal. Por otro lado, en la segunda vertiente, hay que considerar que el marco nacional se integra con la normativa regional individual, entendiéndose que, como ha aclarado el Tribunal Constitucional en varias ocasiones, la competencia autonómica no deberá sobrepasar las limitaciones de orden civil y de hacienda pública, ni los principios de protección sanitaria<sup>29</sup>.

Por último, el panorama se completa con la negociación colectiva en la materia. De hecho, aunque el nuevo texto del artículo 36 del Decreto Legislativo núm. 165/01 carece de una referencia expresa a la competencia de los convenios colectivos<sup>30</sup>, no debe subestimarse la importancia de su función complementaria y de control.

## 5. (CONTINUACIÓN) LOS CONTRATOS SUBORDINADOS DE DURACIÓN DETERMINADA Y DE “SOMMINISTRAZIONE”: LÍMITES A LA CELEBRACIÓN DE CONTRATOS

En cualquier caso, para reconstruir las normas sobre esta materia conviene partir de los principios generales y, en particular, de lo dispuesto en el artículo 36 del Decreto Legislativo núm. 165, de fecha del 30 de marzo de 2001<sup>31</sup>, en donde se establece que los contratos flexibles sólo pueden celebrarse si existen determinados motivos, así como la exclusión de la conversión de la relación en contrato indefinido en caso de abuso<sup>32</sup>. Se parte de la base de que, para evitar el uso indebido del empleo atípico<sup>33</sup>, la relación laboral normal se establece por tiempo indefinido, accediendo a

<sup>27</sup> Sobre los perfiles normativos del personal sanitario, consúltese Russo, *Il personale del servizio sanitario*, in Esposito, Luciani, A. Zoppoli, L. Zoppoli, *La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Turín, 2018, pág. 417.

<sup>28</sup> ESPOSITO, *Note critiche sulla stabilizzazione del personale a termine nel comparto della sanità pubblica*, in Liguori, A. Zoppoli (Ed.), *op. cit.*, pág. 297. Sobre los límites de la competencia que concurre en esta materia, véase el auto del Tribunal Constitucional núm. 19, del 12 de agosto de 2020, que aclara que la posibilidad de prorrogar la duración de los contratos de duración determinada es competencia exclusiva del Estado, por tratarse de principios de la Hacienda Pública.

<sup>29</sup> Sobre la competencia en materia de finanzas públicas véase además el auto del Tribunal Constitucional núm. 20, del 12/02/2021.

<sup>30</sup> La versión anterior establecía que “*Sin perjuicio de la competencia de las administraciones para determinar las necesidades de organización, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación vigente, los convenios colectivos nacionales regularán la materia de los contratos de trabajo de duración determinada*”.

<sup>31</sup> Con vistas a la aplicación de las normas generales sobre las relaciones de empleo público a las empresas y organismos del Servicio Nacional de Salud, en virtud de lo previsto en el artículo 1, epígrafe 2, del Decreto Legislativo núm. nº 165, del 30 de marzo de 2001. Además, en el artículo 47 de la Ley núm. 833, del 23 de diciembre de 1978, se dejaba ya claro que el estatuto jurídico y económico de los empleados de las unidades sanitarias locales se regiría, salvo en lo que respecta a las excepciones previstas en el artículo 47, por los principios generales y comunes del empleo público. Para ver la evolución normativa sobre este asunto Cfr. MARRA, *Le funzioni di coordinamento delle professioni sanitarie, aspetti contrattuali e manageriali*, FrancoAngeli, 2010 y Zoli, *Contrattazione collettiva e flessibilità dei contratti di lavoro*, in Liguori, Zoppoli A. (Ed.), *cit.*, págs. 199 y ss. Sobre la evolución precontractual de la función pública, véase AA.VV., *Aspetti del lavoro dipendente presso le amministrazioni del comparto sanità*, Spisa, 1999.

<sup>32</sup> Véanse, entre otros, C. App. Milán, 4 de febrero de 2019, núm. 2001; Tribunal de Casación nº 3479, del 6 de febrero de 2019. Más adelante se explica con más detalle.

<sup>33</sup> Sobre este punto, véase también la Circ. Min. Admón. Pública núm. 3, del 19 de marzo de 2008. Cfr. FENOGLIO, *Il contratto a tempo determinato nel pubblico impiego: luci e ombre della recente riforma legislativa*, in LD, 2009, pág. 283 y ss.

ella mediante concurso<sup>34</sup>. Para enriquecer el orden general está además la normativa prevista por el Decreto Legislativo núm. 502, de fecha del 30 de diciembre de 1992, en donde además de prever un tipo especial de relación de duración determinada para los médicos contratados en un régimen de parasubordinación “atípica”<sup>35</sup>, es decir, mediante contratos de colaboración coordinados y continuados con características especiales, tipifica otras hipótesis para la fijación legítima de un plazo fijo<sup>36</sup>, que también derogan los límites de tiempo, cuota y competencia.

En efecto, de conformidad con lo previsto en el artículo 15-*septies* del Decreto Legislativo núm. 502, del 30 de diciembre de 1992, los directores generales pueden realizar nombramientos para el desempeño de funciones de especial relevancia e interés estratégico, suscribiendo contratos de duración determinada con relación laboral exclusiva con titulados que tengan una especial y contrastada cualificación profesional, es decir, que hayan desarrollado actividades en organismos, entidades o empresas públicas o privadas con una experiencia adquirida de al menos cinco años, en cargos de alta dirección, o bien, que hayan alcanzado una especialización profesional, cultural y científica especial que hayan obtenido tras una la formación universitaria y postuniversitaria, con publicaciones científicas, así como con una experiencia laboral concreta y que, finalmente, no disfruten de prestaciones de jubilación. En dicho caso, los condicionantes para la legitimación de la estipulación representan el 2% de la dotación orgánica de la gerencia de salud y el 2% de la dotación orgánica total de los demás papeles que desempeña la gerencia. Estos contratos deben tener una duración no inferior a los dos años ni superior a los cinco, con posibilidad de renovación<sup>37</sup>.

En segundo lugar, las autoridades sanitarias y los hospitales tienen derecho a suscribir contratos de duración determinada para un número no superior al cinco por ciento del personal de la dirección

<sup>34</sup> Obviamente, también puede accederse a la relación laboral en el sector sanitario siguiendo los procedimientos de contratación que se establecen en el artículo 35 del Decreto Legislativo núm. 165, del 30 de marzo de 2001, válido para todas las categorías laborales. De hecho, se trata de una norma general, que puede deducirse del artículo 15, apartado 7, del Decreto Legislativo nº 502 de 30 de diciembre de 1992, según la cual, también y sobre todo, el acceso a la gestión sanitaria se hace mediante concurso público sobre la base de calificaciones y exámenes, regido por el Decreto de la Presidencia de la República italiana (DPR) núm. 483, del 10 de diciembre de 1997. A su vez, en el artículo 2, epígrafe 4. l. núm. 401, del 29 de diciembre de 2000, se establece que las disposiciones contenidas en el artículo 28 del Decreto Legislativo se apliquen también al sector sanitario. núm. 29, del 3 de febrero de 1993, sustituido por el artículo 10 del Decreto Legislativo núm. 387, del 29 de octubre de 1998, (posteriormente incorporado al artículo 28 del Decreto Legislativo núm. 165, del 30 de marzo de 2001).

<sup>35</sup> Véase el artículo 8 del Decreto Legislativo núm. 502, del 30 de diciembre de 1992. También está el Convenio Colectivo Nacional del año 2015, que regula las relaciones con los especialistas en consultas ambulatorias internas, los veterinarios y otros profesionales sanitarios (biólogos, químicos, psicólogos), de conformidad con lo previsto en el artículo 8 del Decreto Legislativo núm. 502 y ss., del 30 de diciembre de 1992, así como en sus posteriores modificaciones y enmiendas, en donde se sanciona expresamente la posibilidad de otorgar nombramientos con duración determinada y carácter parasubordinado.

<sup>36</sup> También existen normas especiales para el personal directivo. Para más detalles, consulte las normas - Cfr. LUNARDON, *Figure professionali e rapporti di lavoro. La dirigenza sanitaria* e SANTINI, *Il personale del comparto sanità*, entrambi in Ferrara, *Salute e sanità*, Volumen 5, Milán, 2010, pág. 325 y ss. y pág. 385 y ss. Consulte la amplia bibliografía a la que se hace referencia. Para casos específicos, Cfr. SAITTA, *Incarichi di direzione di struttura complessa nelle aziende sanitarie: una giurisdizione... case by case?*, in *LPA*, 2016, 205 ss. Sobre la valoración de los contratos de gestión, véase Casación Civil, División Laboral, del 18/10/2021, nº 28627.

<sup>37</sup> Cabe señalar que hay que distinguir entre estas relaciones de duración determinada de los directivos y los contratados por tiempo indefinido. Las normas que rigen la gestión médica se modulan gracias a la distinción entre el acceso a la gestión sanitaria, que implica la realización de los procedimientos de concurso a los que se alude en el Decreto de la Presidencia de la República (DPR) núm. 483, de fecha del 10 de diciembre de 1987, al término de los cuales se establece una relación permanente, y la concesión de los nombramientos directivos, que son de duración determinada y se rigen además por el Decreto Legislativo núm. 502, del 30 de diciembre de 1992, en sus artículos 15 y 15 *ter*; en virtud de las disposiciones contenidas en el Convenio Colectivo para los Directivos del sector sanitario, renovado el 19 de diciembre de 2019, según lo dispuesto en el artículo 108. Sobre la cuestión de la Casación Civil, División Laboral nº 23826, del 02/09/2021. Casación Civil, División Laboral nº 30228, del 20 de noviembre de 2019. Sobre la naturaleza de los actos de atribución de las funciones contempladas en el artículo 15 *ter*, véase la sentencia núm. 19668 del Tribunal de Casación, Sec. 1, del 21 de septiembre de 2020,

del servicio de salud, excluida la dirección médica, o al cinco por ciento del personal de la dirección profesional, técnica y administrativa, para la asignación de puestos directivos, relativos a perfiles que no sean los de médico, así como a expertos con experiencia probada que no se hayan jubilado y que estén en posesión de un título universitario, además de otros requisitos específicos que sean acordes con las necesidades que determinan la asignación del cargo. En este caso, las retribuciones se determinan en función de los criterios establecidos en los convenios colectivos para la gestión del Servicio Nacional de Salud.

Estas disposiciones contractuales tienen en cuenta las peculiaridades de la gestión médica y profesional en el servicio de salud, sector en el que, precisamente porque el desempeño de actividades puramente profesionales tiene también un carácter directivo, era necesario prever la posibilidad de relaciones directivas con carácter temporal (en los demás sectores, en los que la gestión implica necesariamente responsabilidades directivas, se prevé la regencia)<sup>38</sup>.

Por último, sólo en caso de imposibilidad objetiva y constatada de utilizar empleados con el fin de satisfacer las necesidades relacionadas con la activación de estructuras y espacios para actividades autónomas, o para proyectos específicos relacionados con dichas actividades, las autoridades sanitarias podrán contratar a personal no directivo en el sector sanitario y a personal administrativo de colaboración, mediante contratos de derecho privado de duración determinada, incluso con empresas cooperativas de servicios. Por lo tanto, estos contratos se regirán obviamente por lo establecido en el Decreto legislativo núm. 81, del 15 de junio de 2015. También hay que tener en cuenta que en el artículo 15-*octies* se prevé específicamente la posibilidad, para la realización de proyectos específicos que no sustituyan a las actividades ordinarias, de que las unidades sanitarias locales y los hospitales puedan contratar a personas con una licenciatura o un título universitario, un título de enseñanza secundaria o con cualificación profesional, así como con una cualificación que les habilite a ejercer la profesión, y en dicho caso, mediante contratos de derecho privado de duración determinada.

El marco antes señalado, como se ha anticipado, deberá tener en cuenta también las normas de la negociación colectiva del sector<sup>39</sup>, que se está renovando actualmente, también para la categoría de los cargos ejecutivos.<sup>40</sup>

En primer lugar, el artículo 57 del Convenio Colectivo Nacional del Sector Salud, suscrito el 21 de mayo de 2018 para el trienio 2016 -2018, de conformidad con lo establecido en las normas del artículo 36 del Decreto Legislativo núm. 165/2001 (y a diferencia de las disposiciones del Decreto Legislativo núm. 81, del 15 de junio de 2015), establece una duración máxima de los contratos de duración determinada de treinta y seis meses y un intervalo entre un contrato y el siguiente de al menos diez días desde la finalización del mismo, que va hasta los seis meses o los veinte si es superior. No obstante, de acuerdo con los términos establecidos en el Convenio Colectivo, el límite máximo de duración será identificado por la Empresa o Entidad teniendo en cuenta la necesidad de una prestación constante de servicios sanitarios manteniendo unos niveles esenciales de asistencia, de acuerdo con las directrices emitidas por las regiones. En cualquier caso, la excepción a la duración máxima no podrá superar los doce meses.

Además, el epígrafe 11 del artículo 57 establece que, de conformidad con lo previsto en el epígrafe 2 del artículo 19 del Decreto Legislativo núm. 81, del 15 de junio de 2015, sin perjuicio de

<sup>38</sup> Trib. Cas. núm. 20840, del 2 de agosto de 2019.

<sup>39</sup> Sobre los problemas de la negociación colectiva y su "obsolescencia", véase ZOPPOLI L., *A dieci anni dalla Riforma Bassanini: dirigenza e personale*, in *LPA*, 2008, pág. 1. Véase también DAL GESSO, FERRARI, *La contrattazione collettiva nella sanità. Spunti per una riforma in chiave regionalista* y BROCCOLI, *Il finanziamento della contrattazione collettiva nel comparto sanità*, ambos en Carrieri, Nastasi, *Spazio e ruolo delle Autonomie nella riforma della contrattazione pubblica*, Bologna, 2009, págs. 315 y 339; Lovo, *Contrattazione collettiva integrativa in Sanità: bilanci e prospettive*, in *LPA*, 2008, pág. 533. Sobre el nuevo convenio colectivo y la importancia de su papel, véase Santini, *Le "nuove" relazioni sindacali nel comparto sanità*, in *RIML*, 2019, 1, pág. 95.

<sup>40</sup> La referencia es al citado convenio colectivo de gestión del área de salud que se firmó el 19 de diciembre de 2019.

lo establecido en los apartados anteriores y en relación con el personal sanitario, en caso de sucesión de relaciones laborales de duración determinada entre un mismo empresario y un mismo trabajador, relativas al desempeño de funciones de la misma categoría, es posible exceptuar la duración máxima y los intervalos mínimos. Esta excepción, una vez más, no podrá superar los 12 meses y sólo puede aplicarse por razones tipificadas<sup>41</sup>.

Las limitaciones cuantitativas del 20% podrán también no aplicarse, en virtud de lo dispuesto en el epígrafe 4 del artículo 57, además de los casos señalados por el Decreto Legislativo núm. 81, del 15 de junio de 2015, también para la activación de nuevos servicios o la aplicación de procesos de reorganización destinados a incrementar los ya existentes; para necesidades particulares de empresas o entidades de reciente creación y, por último, para la introducción de nuevas tecnologías que impliquen cambios organizativos o que afecten a las necesidades de personal y a las competencias profesionales<sup>42</sup>.

Es evidente que todas las razones enumeradas corresponden plenamente a una necesidad de macroorganización. Lo mismo ocurre, además, con los casos de legitimidad del contrato de duración determinada previsto en el artículo 108 del Convenio Colectivo Nacional del ámbito ejecutivo de la Sanidad, firmado el 19 de diciembre de 2019. De hecho, en virtud de esta disposición, deberán seguirse los mismos principios para los directivos que los establecidos en el artículo 36 del Decreto Legislativo núm. 165, de fecha del 30 de marzo de 2001, habiendo razones tipificadas en función de las necesidades<sup>43</sup>. Sin embargo, un principio muy peculiar consagrado en este Convenio Colectivo es la imposibilidad de combinar varias formas de flexibilidad. En efecto, el empleo con contrato de duración determinada sólo puede tener lugar a tiempo completo.

---

<sup>41</sup> Estos son los motivos que legitiman la excepción: a) activación de nuevos servicios o aplicación de procesos de reorganización destinados a incrementar los ya existentes; b) necesidades especiales de empresas u organismos de reciente creación; c) introducción de nuevas tecnologías que impliquen cambios organizativos o que afecten a las necesidades de personal y profesionales; d) prosecución de un proyecto significativo de investigación y desarrollo; e) renovación o ampliación de una contribución financiera. En dichos casos, el intervalo entre contratos de duración determinada también puede reducirse a 5 días para los contratos con una duración inferior a los seis meses y a 10 días para aquellos con una duración superior a los seis meses.

<sup>42</sup> Obviamente, de acuerdo con lo establecido en el art. 57, epígrafe 6 del Convenio Colectivo Nacional de Trabajo (CCNL, por sus siglas en italiano) de 2016-2018, las necesidades extraordinarias o temporales incluyen también la contratación de personal con contrato de duración determinada para: a) la sustitución del personal ausente, teniendo derecho a la conservación del puesto de trabajo, incluido el personal que disfrute de las vacaciones previstas en los artículos 4 y 5 de la Ley núm. 53 /2000; en los casos de exención laboral programada, a excepción de las huelgas, se podrá adelantar la contratación por duración determinada hasta un máximo de treinta días con el fin de garantizar el apoyo del trabajador que deba ausentarse; b) la sustitución del personal ausente por embarazo y puerperio, en caso de baja por maternidad, baja por paternidad y baja por enfermedad de un hijo, con arreglo a lo dispuesto en los artículos 16, 17, 32 y 47 del Decreto Legislativo núm. 151, del 26 de marzo de 2001; en dichos casos, la contratación por duración determinada podrá tener lugar incluso treinta días antes del inicio del período de exención.

<sup>43</sup> No obstante, quedan exentos de la cláusula de cuota del 20% los contratos de duración determinada que se celebren para la creación de nuevos servicios o en el marco de la realización de procesos de reorganización destinados a mejorar los ya existentes, para necesidades especiales de Empresas y Entidades de nueva creación, así como para la introducción de nuevas tecnologías que impliquen cambios organizativos o que afecten a las necesidades del personal y a cuestiones de índole profesional. Además, también dentro del ámbito de la gestión, las necesidades extraordinarias o temporales incluyen además los siguientes casos de contratación de ejecutivos con contratos de trabajo de duración determinada: la sustitución de directivos ausentes con derecho a conservar su puesto de trabajo, incluidos los directivos con permiso parental; en los casos de exención laboral programada, excluyendo las huelgas, la contratación de duración determinada puede adelantarse hasta treinta días con el fin de garantizar el apoyo del directivo que vaya a ausentarse; la sustitución de directivos ausentes por embarazo y parto, permiso de maternidad, permiso parental y enfermedad de los hijos, con arreglo a lo previsto en los artículos 16, 17, 32 y 47 del Código Civil italiano, así como la sustitución de directivos con contrato de trabajo de duración determinada. En estos casos, la contratación por duración determinada también podrá producirse 30 días antes del inicio del período de baja por exención.

Por supuesto, todas las normas relacionadas con los contratos de duración determinada y los límites mencionados anteriormente se aplicarán también, en términos generales, a las relaciones laborales temporales. En particular, en el artículo 59 del Convenio Colectivo para el sector sanitario se prevé expresamente la posibilidad de recurrir a los contratos de “*somministrazione*” laboral con duración determinada, de acuerdo con lo estipulado en las normas contenidas en los artículos 30 y siguientes del Decreto Legislativo núm. 8115, del junio de 2015, para satisfacer necesidades temporales o excepcionales, con arreglo a lo previsto en el artículo 36, epígrafe 2, del Decreto Legislativo núm. 165, del 30 de marzo de 2001, respetando las limitaciones financieras previstas por las disposiciones pertinentes de la legislación vigente. El Convenio Colectivo, sin embargo, deja en manos de las autoridades sanitarias la posibilidad de recurrir a esta forma de flexibilidad para cubrir las necesidades de los servicios de urgencias. Sin embargo, hay que tener en cuenta que está expresamente prohibido estipular un contrato de “*somministrazione*” de personal para hacer frente a una escasez de personal permanente y para determinados perfiles profesionales, especialmente para el personal de supervisión e inspección<sup>44</sup>.

En cualquier caso, se aseguran los mismos derechos, incluidos los derechos sindicales, para los trabajadores temporales, garantizando el principio de igualdad, también en lo que respecta a los complementos específicos en caso de alcanzar los objetivos de rendimiento y los pagos adicionales correspondientes, según los criterios definidos en la negociación complementaria. No obstante, corresponde a la negociación complementaria establecer las condiciones, los criterios y las modalidades de utilización de los servicios sociales/recreativos que pueden ofrecerse al personal, en el marco de las disponibilidades ya asignadas por las empresas y organismos para este fin específico.

En cuanto al tratamiento económico de los trabajadores temporales, cabe destacar la introducción del llamado “Subsidio Covid-19”, introducido por el art. 18 bis del Decreto Legislativo núm. 41/2021, relacionado con la emergencia del Covid19. Esta indemnización se concede a los trabajadores temporales del sector sanitario que estén en activo a partir del 1 de mayo de 2021. El importe de la indemnización y las correspondientes modalidades de desembolso se definen mediante un Decreto del Ministerio de Sanidad, que se adoptará, de acuerdo con el Ministerio de Economía y Hacienda y el Ministerio de Trabajo y Políticas Sociales, en un plazo de sesenta días, contados a partir de la fecha de entrada en vigor de la Ley de Conversión del mismo Decreto-Ley núm. 41, es decir, la Ley núm. 69 del año 2021, que entró en vigor el 22 de mayo de 2021, sobre la base de los datos certificados remitidos por las regiones.

Sin embargo, cabe destacar que dentro del sector sanitario, la “*somministrazione*” es una de las pocas fórmulas a través de las cuales es posible recurrir a personal externo<sup>45</sup>, aunque en los últimos tiempos, y especialmente tras la emergencia epidemiológica, también se ha fomentado la integración entre el sector público y el privado. Basta con decir que en el Decreto Legislativo núm. 73, del 25 de mayo de 2021, se ha previsto precisamente la necesidad de reforzar las redes asistenciales, mediante la celebración de contratos con centros privados para la adquisición de servicios y la posibilidad de utilizar el personal sanitario de guardia, así como los locales y el equipamiento presentes en los centros sanitarios privados, estén o no acreditados. En cualquier caso, independientemente de su carácter privado, hay que considerar que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 15-undecies del Decreto Legislativo núm. 502/92, todos los organismos que operan en el sector sanitario, en virtud de lo previsto en el artículo 4, párrafo 12 del mismo Decreto, así como las entidades de derecho privado de hospitalización y asistencia científica, deberán adaptar sus reglamentos de personal a

<sup>44</sup> De acuerdo con lo dispuesto en el Convenio Colectivo Nacional para 2016-2018, no se permite el uso de contratos de “*somministrazione*” de personal para los perfiles profesionales de las categorías A y B, ni para los perfiles profesionales también de las categorías C y D asignados a tareas de supervisión e inspección.

<sup>45</sup> A. GENTILI, *Le integrazioni tra aziende sanitarie e la gestione del personale: esperienze, opportunità, prospettive*, in *LPA*, 2020, pág. 3.

las disposiciones del propio Decreto, también en lo que respecta a los traslados hacia y desde las estructuras públicas<sup>46</sup>.

## 6. LA CONVERSIÓN FALLIDA EN RELACIÓN A LOS CONTRATOS POR TIEMPO INDEFINIDO

Como se ha anticipado, en caso de abuso en el uso de los contratos de duración determinada, a diferencia de lo que ocurre en el sector privado, no se aplicará la sanción de conversión en contrato indefinido. Esto, en el supuesto de que exista una medida sancionadora alternativa y adecuada, consistente en la indemnización por daños y perjuicios, tal y como se prevé en el artículo 36, epígrafe 5 del Decreto Legislativo núm. 165, del 30 de marzo de 2001, con exención de la carga de la prueba, en la medida y dentro de los límites establecidos en el artículo 32, epígrafe 5 de la Ley núm. 183, de fecha del 4 de noviembre de 2010<sup>47</sup>.

Sin embargo, el sector sanitario, incluso aún más que los demás, contribuye a poner de manifiesto todos los límites de la prohibición de reconversión: especialmente ante la escasez estructural de personal<sup>48</sup> y en presencia de razones objetivas dictadas por la necesidad de organizar los servicios sanitarios de manera que se pueda garantizar un constante ajuste entre el número de personal asistencial y el número de pacientes<sup>49</sup>. Por otra parte, es evidente que los contratos laborales de duración determinada se utilizan habitualmente y de forma continuada para realizar tareas que forman parte de las actividades normales del servicio hospitalario ordinario.

En este contexto, es fácil comprender que sería más necesaria que nunca una disciplina “inversa”, basada, por un lado, en la flexibilización de los motivos de los contratos de duración determinada y, por otro, en el fomento de la estabilización y la represión de los abusos mediante mecanismos, similares

<sup>46</sup> En cualquier caso, hay que tener en cuenta que en el caso de los organismos afiliados, se aplica una referencia a las normas que rigen las relaciones públicas. Sobre este tema, más recientemente Cas. Civ. Laboral, 12/10/2021, núm. 27782.

<sup>47</sup> No es posible recordar aquí todos los precedentes de la jurisprudencia. Tan solo se mencionan las sentencias recientes más relevantes a nivel de la UE y a escala nacional. Sobre el empleo público en la sanidad, véase la resolución del Trib. Const. núm. 248, del 27 de diciembre de 2018, que declaró infundadas las cuestiones de legitimidad constitucional del artículo 10, apartado 4-ter, del Decreto Legislativo núm. 368, del 6 de septiembre de 2001, y del artículo 36, epígrafes 5, 5-ter y 5-quater, del Decreto Legislativo núm. 165, del 30 de marzo de 2001, por la violación de los artículos 3, 4, 24 y 35, epígrafe 1, 97, epígrafe 4, 101, epígrafe 2, 104, epígrafe 1, 111, epígrafe 2, y 117, epígrafe 1 de la Constitución, en relación con la cláusula 4, epígrafe 1 y la cláusula 5, epígrafes 1 y 2, del Acuerdo Marco sobre el Trabajo de Duración Determinada suscrito con fecha del 18 de marzo de 1999, adjunto a la Directiva núm. 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEP sobre el trabajo de duración determinada, así como del artículo 4, epígrafe 3, del Tratado de la Unión Europea, en la medida en que permiten, sin límites y sin medidas preventivas antiabusivas y sancionadoras, la utilización ilegal de contratos de duración determinada para el personal sanitario del Servicio Nacional de Salud durante más de treinta y seis meses. Véase también la sentencia del TJUE de 7 de marzo de 2018, en el expediente C-494/16 (Santoró), que declaró compatibles con la Unión Europea los pronunciamientos contenidos en la sentencia del Tribunal de Casación núm. 5072, Sala de lo Civil, del 15 de marzo de 2016, dictada en el procedimiento en el que había intervenido la sentencia del TJUE, de fecha del 7 de septiembre de 2015, en el caso C-53/04 (Marrosu y Sardino). Véanse también, las siguientes resoluciones del Tribunal de Casación, núm. 9807, del 26 de mayo de 2020; Cas. núm. 7476, del 19 de marzo de 2020; Cas. núm. 7417, del 17 de marzo de 2020; Cas. núm. 6294, del 5 de marzo de 2020. Véase también Cas. núm. 392, del 13 de enero de 2012.

<sup>48</sup> Sobre esta cuestión, consúltese ESPOSITO, *Note critiche sulla stabilizzazione del personale a termine nel comparto della sanità pubblica*, in Liguori, A. Zoppoli (Ed.), *cit.*, pág. 297.

<sup>49</sup> Sobre la existencia de razones objetivas que justifican los contratos de duración determinada, véase también Trib. Just., Sec. X, sentencia del 14 de septiembre de 2016, caso C-16/15; sentencia del Trib. Just. del 23 de abril de 2009, *Angelidaki* et al., da C378/07 a C380/07, punto 96 y la jurisprudencia citada; del 26 de enero de 2012, *Küçük*, C586/10, punto 27, así como la del 13 marzo 2014, *Márquez Samohano*, C190/13, punto 45.

a los del sector privado<sup>50</sup>, con garantías efectivas<sup>51</sup>, adecuadas y *equivalentes* para la protección de los trabajadores. En este sentido, incluso la cláusula de estabilización contemplada en el artículo 24 del Convenio Colectivo Nacional para la sanidad privada, que impide de hecho la estipulación ulterior de contratos por duración determinada, en caso de que no se contrate a los trabajadores ya contratados con relaciones flexibles de forma indefinida, representaría un buen modelo.

La búsqueda de una solución en el sector público ha sido objeto de un profundo debate<sup>52</sup> y la jurisprudencia sigue pronunciándose<sup>53</sup>, también a nivel europeo<sup>54</sup>, pero a decir verdad un elemento adicional para superar este debate reside en la satisfacción en el sector sanitario, mediante el uso de contratos flexibles, que reúnan “al menos tres condiciones objetivas virtuosas”: a) se trata de una profesionalidad elevada y específica, que exige originalmente un alto nivel de formación teórica y práctica y el acceso selectivo a los correspondientes cursos de estudio; b) la contratación, incluso en el caso de las relaciones de duración determinada, suele realizarse mediante convocatorias públicas y procesos de selección basados en valoraciones comparativas, respetando así una norma de tipo competencial, que salvaguardaría los valores de la Carta Constitucional señalados para proteger la imparcialidad administrativa; y por último, c) la contratación se basa casi siempre en una necesidad incontestable de prestar servicios públicos esenciales, que se caracterizan estructural y funcionalmente por la continuidad y la regularidad de la prestación<sup>55</sup>. Se trataría, por lo tanto, de garantizar mediante esta vía, por un lado, la prevención y la represión de los abusos, con el fin de evitar que “muchos trabajadores precarios se encuentren en su mayoría como terminales sin culpa de torpes políticas de gestión”<sup>56</sup> y, al mismo tiempo, la adquisición de una profesionalidad con competencias ya probadas, mejorando los niveles esenciales de los servicios.

<sup>50</sup> En cuanto a la regulación de los contratos de duración determinada en el seno de la sanidad privada, nos remitimos al artículo 24 del Convenio Colectivo Nacional 2016-2018, que regula la relación laboral de los trabajadores pertenecientes a los centros hospitalarios privados. Estas relaciones se rigen por las disposiciones contenidas en el Decreto Legislativo núm. 81, del 15 de junio de 2015.

<sup>51</sup> Entre otras, Cfr. las sentencias del 3 de julio de 2014; FIAMINGO *et al.*, C362/13, C363/13 y C407/13 y la del 26 de noviembre de 2014, MASCOLO *et al.*, C22/13, C61/13, C63/13 y C418/13, punto 79.

<sup>52</sup> Cfr. ALES, *L'utilizzo temporaneo del lavoro subordinato nelle pubbliche amministrazioni: un'analisi genealogica*, in Del Punta, Romei (Ed.), *I rapporti di lavoro a termine*, Milán, 2013, pág. 470; D'Aponte, *La disciplina del lavoro flessibile nella p.a. tra tutela dell'interesse al miglioramento dei livelli di efficienza dell'azione amministrativa e repressione degli abusi* y FIORILLO, *Il contratto a tempo determinato nel lavoro pubblico tra interventi legislativi e interpretazione giurisprudenziale*, ambos en Fiorillo y Perulli, *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, Turín, 2013, págs. 628 y 673 y ss.; véase también Garilli, *La privatizzazione del lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni e l'art. 97 Cost.: di alcuni problemi e dei possibili rimedi*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”. IT - 49/2007, pág. 14.

<sup>53</sup> Existen directrices nacionales y europeas opuestas. Para las sentencias a favor, véase el Trib. Just. *Marrosu-Sardino* y *Vassallo*, causas C-54/04 y C-180/04 y las del Trib. de Cas. núms. 27481/2014, 392/2012, 4914/2016 y 5072/2016 y la resolución del Trib. Cas. núm. 1767, del 24 de enero de 2017. Sin embargo, son contrarios a la conversión, Trib. Just. *Adeneler* (4 de julio de 2006, Grande Sezione, *Adeneler*, caso C-212/04) y *Mascolo* y en las resoluciones *Affatato* (caso c-3/10 punto 48) y *Papalia*, a la que se hace alusión también parcialmente en la sentencia del Tribunal de Casación núm. 27363, del 23 de diciembre de 2014. En cuanto a esta cuestión, Cfr. Nunin, *Impiego pubblico violazione delle regole su lavoro a termine, adeguatezza delle sanzioni. Spunti recenti dalla Corte di Giustizia*, in RGL, 2014, pág. 242 y ss. Sobre el asunto Contini, *La Corte di Cassazione e il danno da abuso del contratto a termine nel pubblico impiego: una storia infinita*, in ADL, 2017, pág. 471 y ss.; Putaturo Donati, *Precariato pubblico, effettività della tutela anti-abusiva e nuova questione di legittimità costituzionale*, in ADL, 2017, pág. 65 y ss.

<sup>54</sup> AIMO, *Il lavoro a termine tra modello europeo e regole nazionali*, Turín, 2017, págs. 36 y ss. y 64 y ss. Cfr. sentencia Trib. Just. del 8 de septiembre de 2011, *Rosado Santana*, C177/10, pág. 65. Entre otros, MISCIONE, *Il contratto a termine davanti alla Corte di Giustizia: legittimità comunitaria del d.lgs. n. 368/01*, in ADL, 2006, pág. 1369; NANNIPIERI, *La Corte di Giustizia e gli abusi nella reiterazione dei contratti a termine: il problema della legittimità comunitaria degli artt. 5, d.lgs. n. 368/2001 e art. 36, d.lgs. 165/2001*, in RIDL, 2006, pág. 742 y ss.

<sup>55</sup> ESPOSITO, *op. cit.*, pág. 294.

<sup>56</sup> *Ibid.*



Además, la conversión en una relación indefinida aseguraría una ventaja económica, garantizando al mismo tiempo un correcto rendimiento y la eficiencia, teniendo en cuenta, por un lado, las grandes sumas que hay que abonar en concepto de indemnización en comparación con el instrumento menos costoso de la conversión y, por otro lado, las inversiones realizadas en la formación de dicho personal. De hecho, el período de permanencia al servicio de la administración implica un aumento cualitativo de la profesionalidad que, de no ser rentable, sólo conduciría a una considerable pérdida de recursos humanos y económicos. Por otro lado, incluso en el artículo 108 del citado Convenio Colectivo Nacional se prevé expresamente que, aunque en ningún caso una relación laboral de duración determinada puede transformarse en una relación laboral de duración indefinida, sigue siendo posible la contratación a través de los procedimientos de estabilización vigentes en cada momento, con arreglo a las disposiciones legales existentes. Es precisamente esta última disposición la que confirma cómo, en la práctica, a pesar de la inexistencia de obligaciones o de posibilidades de crear puestos estructurales destinados a poner coto a la contratación de personal precario<sup>57</sup>, no es posible ignorar la necesidad de encontrar otras soluciones que permitan hacer frente a este problema.

En cambio, en el ámbito de la salud pública, la solución que el legislador ha dado al problema de la falta de consolidación profesional ha sido, durante mucho tiempo, la realización de intervenciones “de emergencia”, que ahora se han cronificado. Una vez más, en virtud del período de emergencia del Covid-19, se procedió a prorrogar, además de las relaciones vigentes (como las del personal especializado<sup>58</sup>), también el procedimiento de estabilización que ya se había previsto en el artículo 20 del Decreto Legislativo núm. 75, con fecha del 25 de mayo de 2017<sup>59</sup>.

De hecho, a lo largo de estos años ha habido numerosos y repetidos procedimientos de estabilización<sup>60</sup>. Con el resultado paradójico de que la persistente prohibición de la conversión “impide al juez llevar a cabo, tras examinar las situaciones jurídicas subyacentes a cada caso individual, la operación que el legislador puso en marcha, indistintamente, para una masa indeterminada de trabajadores”<sup>61</sup>.

<sup>57</sup> Tal y como se recoge en la citada sentencia del TJUE C-16/15.

<sup>58</sup> artículo 3 del Decreto Legislativo núm. 34, del 19 de mayo de 2020, convertido en la Ley con modificaciones núm. 77, del 17 de julio de 2020. Cabe señalar que, además de estas medidas, los médicos inscritos en el último año de formación de especialistas, y en el penúltimo año si cuentan con cinco años de antigüedad, tienen también la posibilidad de redactar de forma independiente los informes de los exámenes y servicios de especialistas relativos a los controles ambulatorios, con la exclusión de determinadas ramas. Véase el Decreto Legislativo del 14 de agosto de 2020, convertido en la Ley núm. 126, del 13 de octubre de 2020, artículo 29, epígrafe 5. Esta actividad realizada por el médico en formación especializada se registra en el cuaderno personal de actividades de formación y constituye un elemento de evaluación del currículo profesional a efectos de acceso al Servicio Nacional de Salud.

<sup>59</sup> Art. 4 bis del Decreto Legislativo núm. 34, del 19 de mayo de 2020, convertido, con modificaciones, en la Ley núm. 77, del 17 de julio de 2020.

<sup>60</sup> El Decreto Legislativo núm. 262, del 7 de abril de 1948, puede considerarse como “la madre de todas las estabilizaciones”. Cfr. Ales, cit., pág. 423. D’APONTE, *Razionalizzazione della spesa pubblica e stabilizzazione dei precari nella pubblica amministrazione: le ragioni di un equivoco*, in *LPA*, 2013, pág. 574. El Decreto Legislativo núm. 75, del 25 de mayo de 2017, en el marco de la delegación más amplia de competencias sobre la reorganización de las administraciones públicas (Ley núm. 124/2015), el artículo 20 tiene como objetivo reducir el número de trabajadores precarios en la administración pública a través de la estabilización de los empleados que hayan alcanzado al menos una antigüedad mínima de tres años durante los últimos ocho años, incluidos los trabajadores discontinuos, y los procedimientos de concurso reservados, hasta un máximo del 50% de los puestos disponibles, a los trabajadores precarios de la Administración Pública. En el apartado 10 se prevén normas específicas para el personal sanitario, como veremos más adelante.

<sup>61</sup> CARUSO, *La regolazione “a doccia scozzese” del lavoro pubblico. Rigidi, flessibili, precari, di nuovo rigidi*, in *LPA*, 2008, pág. 242. Sobre esta cuestión, véase Cas. Civil, Sec. VI, 14/10/2021, (ud. 11/05/2021, DEP núm. 28087, del 14/10/2021),

## 7. LOS PROCEDIMIENTOS DE ESTABILIZACIÓN

La operación puesta en marcha por el legislador a través de los procesos de estabilización, a pesar de todo, parece una opción más “clarividente que la de la compensación, que deja al sistema en la incertidumbre organizativa y al personal en un estado de perpetua temporalidad; una opción que, hay que subrayarlo, requiere un esfuerzo organizativo y financiero extremadamente exigente y supone una aplicación muy peculiar de un principio básico del empleo público (el acceso mediante concurso público), destinado a garantizar no sólo la imparcialidad sino también la eficacia de la administración (artículo 97 de la Constitución italiana)”<sup>62</sup>. Por otro lado, incluso en la fase de pandemia se consideró necesario invertir en dichos procedimientos. De hecho, no sólo se reiteró en una primera fase la adopción de las estabilizaciones ya previstas<sup>63</sup>, prorrogándolas hasta el 31 de diciembre de 2021 (véase el art. 1, epígrafe núm. 8, del Decreto Legislativo núm. 183, del 31 de diciembre de 2020, aunque en la actualidad, con motivo de la aprobación de la ley de presupuestos para 2022, se está debatiendo la posibilidad de ampliar los mismos procedimientos y/o proporcionar normas *ad hoc*).

Evidentemente, el eje de estos procedimientos excepcionales es siempre el del interés público, aunque se trate de perfiles muy delicados, que se entrecruzan entre sí y presuponen la participación de diversos sujetos competentes y de valores contrapuestos.

De hecho, como también se destaca en el artículo 20 del Decreto Legislativo núm. 75, del 25 de mayo de 2017, a través de este mecanismo se concilian las necesidades que permiten superar la precariedad laboral, reducir el uso de los contratos temporales y potenciar la profesionalidad adquirida por parte del personal fijo<sup>64</sup>, pero que, al mismo tiempo, permiten a las administraciones públicas cubrir las vacantes de personal creadas durante las largas fases de congelación de las contrataciones<sup>65</sup>.

En cualquier caso, el poder discrecional de las administraciones se ve limitado por la necesidad real de personal y, sobre todo, por el artículo 97 de la Constitución; de lo contrario, la derogación se resolvería como un privilegio que funciona únicamente a favor de algunos<sup>66</sup>. La necesidad de un buen rendimiento, y sobre todo también de la contención del gasto público<sup>67</sup> se encuentra, por lo tanto, sólo incidentalmente, con la necesidad de combatir la precariedad laboral.

A partir de este razonamiento, se entiende que las estabilizaciones puedan categorizarse en dos tipos: las que garantizan el acceso automático cuando el nombramiento inicial se ha hecho siendo condicionado a un concurso, y aquellas que reservan puestos a quienes han acumulado antigüedad sin haber accedido al contrato en virtud de procedimientos de selección. Existen, por consiguiente, dos tipos confirmados en las últimas estabilizaciones dentro del sector sanitario, introducidas por el Decreto Legislativo núm. 75, del 25 de mayo de 2017, cuyos plazos para su conclusión se han ampliado en varias ocasiones, la última con el Decreto denominado como el de las mil prórogas (“*mille proroghe*”), que probablemente vuelva a ampliarse.

A la luz de lo dispuesto en el Decreto Legislativo núm. 75, del 25 de mayo de 2017<sup>68</sup>, los organismos del Sistema Nacional de Salud podrán convocar procedimientos de concurso extraordinario

<sup>62</sup> Sentencia del Trib. Const. núm. 187, del 20 de julio de 2017, y la del Trib. Const. núm. 181, del 5 de mayo de 2006. También sobre esta cuestión puede consultarse D’Aponte, *Ancora sulla “stabilizzazione... cit.*

<sup>63</sup> V. infra. La prórroga de esta estabilización estaba prevista en el artículo 4 bis del Decreto Legislativo núm. 34, del 19 de mayo de 2020, convertido en la Ley con modificaciones núm. 77, del 17 de julio de 2020.

<sup>64</sup> Tribunal Constitucional - 12/02/2021, núm. 20.

<sup>65</sup> Caruso, cit., pág. 221 y ss.

<sup>66</sup> Trib. Const. sentencias núms. 42/2011 y 127/2011. D’APONTE, *La disciplina del... cit.* Sobre esta cuestión, véase Guariso, *Cittadinanza e lavoro pubblico*, in *LD*, 2009, pág. 579.

<sup>67</sup> Así lo confirma la sentencia del Trib. Const. núm. 69, del 3 de marzo de 2011.

<sup>68</sup> Artículo 20, epígrafes 10 y 11. Estas disposiciones se aplican al personal técnico-profesional y de enfermería del Servicio Nacional de Salud italiano, así como al personal de las administraciones financiadas por el Fondo ordinario para los organismos e instituciones dedicadas a la investigación, aunque hayan trabajado durante tres años durante los últimos ocho años en diferentes administraciones u organismos e instituciones de investigación respectivamente.

para la contratación de personal médico, técnico-profesional y de enfermería que permitan cubrir las necesidades derivadas de las exigencias de personal<sup>69</sup>.

Como parte de los mismos procedimientos, entonces, las entidades del Servicio Nacional de Salud italiano podrán reservar las plazas disponibles, hasta un máximo del 50 por ciento<sup>70</sup>, al personal médico, técnico y profesional y de enfermería en servicio, que haya acumulado en la fecha de publicación de la convocatoria, al menos tres años de servicio, incluso discontinuos, durante los últimos cinco años, con contratos de duración determinada, contratos de colaboración coordinada y continua u otras formas de relación laboral flexible suscritos con las mismas instituciones.

Obviamente, este remedio no es totalmente gratuito, ya que, como lo confirma el Tribunal Constitucional en su auto núm. 194, del 12 de agosto de 2020 la estabilización debe estar prevista dentro de los límites de lo establecido en la ley y no podrá ser derogada por las administraciones individuales o a escala regional<sup>71</sup>.

Por otra parte, todas estas disposiciones “se aplican dentro del marco financiero previsto”. Los límites sustanciales, por lo tanto, vuelven a ser los de la planificación de las necesidades y, sobre todo, los de la contención del gasto. Sin embargo, ambas limitaciones corren el riesgo de entrar en conflicto: la segunda podría no ser compatible con la primera si los recursos económicos son insuficientes.

Pero eso no es todo. En primer lugar, la práctica de prever la legitimidad de la prórroga de los contratos de duración determinada para los trabajadores implicados en el procedimiento genera algunos problemas. “Con la intención primordial de no provocar soluciones de continuidad en la prestación de los servicios asistenciales esenciales y de permitir a los derechohabientes seguir garantizando en la prestación de la asistencia sanitaria sus conocimientos técnicos a la espera de que sea establecido el procedimiento de estabilización”<sup>72</sup>, la prórroga lo que hace en realidad es prolongar la situación de precariedad. Sobre todo teniendo en cuenta los considerables retrasos con los que

---

Cfr. la Circular núm. 3 del año 2017, del Ministro para la simplificación y la administración pública. Evidentemente, los empleados fijos de un organismo público no pueden participar en los procedimientos de la denominada estabilización de trabajadores precarios, puestos en marcha en virtud del artículo 20 del Decreto Legislativo núm. 75 del año 2017 (Consejo de Estado, Sección tercera, 3 de febrero de 2020, núm. 872). Cabe señalar que también se produjo una ampliación de los plazos (hasta el 31 de diciembre de 2021) con del Decreto Legislativo núm. 162 de 30 de diciembre de 2019, convertida en ley. núm. 8, del 28 de febrero de 2020.

Cfr. tanto el Decreto del Presidente del Consejo de Ministros (DPCM), del 6 de marzo de 2015, como el artículo 1, epígrafe 543, de la Ley núm. 208, del 28 de diciembre de 2015. Sobre los requisitos de los procedimientos, véase también la resolución del Tribunal de Apelación de Bari núm. 1695, Sección Laboral, del 5 de octubre de 2018.

<sup>69</sup> “En las anteriores disposiciones reglamentarias (la Ley de Finanzas para el año 2007 y el Decreto Legislativo núm. 101, del 31 de agosto de 2013, la elección se había inspirado en dos lógicas completamente distintas: en la primera versión, se permitía la estabilización también a quienes no habían realizado una prueba de oposición para el acceso inicial (la Directiva Ministerial núm. 7, del 30 de abril de 2007 regulaba expresamente este caso estableciendo la obligación de nuevos procedimientos de selección); en la segunda versión de las estabilizaciones (la del Decreto Legislativo núm. 101, del 31 de agosto de 2013, en cambio, el legislador optó por una vía más restrictiva, consistente en la obligación de reservar únicamente el derecho a participar en los procedimientos de contratación a quienes hubiesen acumulado determinados requisitos mejor especificados en la disposición”. Monea, *Stabilizzazione solo per chi ha vinto un concorso*, in *Sanità*24, 14 de junio de 2017.

<sup>70</sup> Sobre la posibilidad de convocar concursos reservados íntegramente al personal precario, véase Tribunal Administrativo Regional (TAR) de Sicilia, Sección II, sentencia núm. 234, del 29 de enero de 2019. Esta interpretación, sin embargo, no es del todo impecable. Sobre este tema véase Avondola, *Via libera del Tar alle stabilizzazioni “no limits”*, in *Labor*, 2019, pág. 463. Véase también a sentencia del Constitucional núm. 7070, del 18 de octubre de 2019.

<sup>71</sup> Cabe señalar que el caso tratado por el Tribunal Constitucional, considerado en su conjunto, es más complejo, ya que se refiere al personal transferido desde empresas participadas por la administración pública.

<sup>72</sup> Véase la Circular del *Commissario ad Acta* (funcionario público designado por el juez administrativo en el marco de la sentencia de cumplimiento para dictar las medidas que la administración incumplidora debería haber dictado *ad actum*), para la continuación del Plan de Recuperación del Déficit del sector sanitario en la Región de Campania, en virtud del protocolo núm. 1868, con fecha del 11 de mayo de 2015.

se ejecutan las estabilizaciones y las repetidas prórrogas, incluida la dictada por la emergencia de Covid-19<sup>73</sup> y por aquellas que puedan darse en el futuro.

Además, el riesgo de (no) contabilizar la antigüedad de los trabajadores estabilizados es problemático<sup>74</sup>. Este aspecto es un corolario lógico del régimen de contratación estabilizado y es lo que permite aún distinguir la fina línea que separa a la conversión de la nueva contratación<sup>75</sup>.

En este sentido, la estabilización, más que ser un “sustituto”<sup>76</sup> de la no conversión de las relaciones de duración determinada, representa una mera oportunidad reservada a aquellos que, aunque no sean indefinidos, se consideran ya como funcionarios. Esto también se desprende de la disposición del legislador que permite la estabilización para las relaciones que ya han finalizado, es decir, en relación con las relaciones no continuas. En cualquier caso, como también reconoce el Tribunal Europeo<sup>77</sup>, este perfil puede ser discriminatorio. No se trata de una discriminación inversa basada en el supuesto de que los procedimientos de estabilización son una excepción al principio de concurso público. Tampoco puede argumentarse que los trabajadores acogidos a los procesos de estabilización acceden a su carrera mediante oposiciones “privilegiadas”, por ser menos rigurosas o atractivas o, también, caracterizadas por un menor grado de competencia<sup>78</sup>. En cualquier caso, el

<sup>73</sup> La prórroga sólo se permite a aquellos que toman parte en los procedimientos. Si las administraciones pretenden acceder a los procedimientos especiales de contratación, pudiendo indicar los profesionales a contratar en función de los recursos y necesidades, con el fin de garantizar la continuidad de los servicios, podrán proceder a la renovación o a la prórroga de los contratos existentes, respetando los límites legales establecidos, incluso antes de iniciarse los procedimientos.

<sup>74</sup> Spada, *cit.*, 359; ZITTI, *cit.* Los problemas para calcular la antigüedad también surgen en el caso de las relaciones de duración determinada que aún no se han estabilizado. Cfr. Auto del Trib. de Cas. núm. 29540, del 11 de diciembre de 2017, recordando el dictado por el TJUE (15/04/2008, caso C-268/06, *Impact*; 13.9.2007, caso C-307/05, *Del Cerro Alonso*; 8.9.2011, caso C-177/10 *Rosado Santana*). Los incrementos salariales derivados de la antigüedad de un trabajador constituyen condiciones de empleo, en el sentido previsto en la cláusula 4 del Acuerdo Marco sobre Contratos de Duración Determinada. Por lo tanto, sólo pueden negarse a los trabajadores con un contrato de duración determinada cuando exista una justificación objetiva (TJUE 9 de julio de 2015, en el caso C-177/14, *Regojo Dans*, punto 44, así como en la jurisprudencia mencionada). Véase la resolución del TJUE C-466/2017, del 20 de septiembre de 2018. Para la jurisprudencia nacional, entre otros, véase la resolución del Trib. Cas. núm. 29275, del 6 de diciembre de 2017; véase también la sentencia del Trib. de Tivoli, Sección Laboral, núm. 834, del 27 de septiembre de 2017, in Redazione Giuffrè, 2017 y, también la del Trib. Cas. núm. 33140, del 16 de diciembre de 2019; Trib. Cas. núm. 31149, del 28 de noviembre de 2019; Trib. Cas. núm. 30573, del 22 de noviembre de 2019. Véase, por último, el Tribunal de Roma, Sección Laboral núm. 1595, del 18 de febrero de 2019.

<sup>75</sup> En virtud de la orden núm. 1927, del 13 de mayo de 2011, en *FI*, 2011, 302, relativa al empleo público no contractualizado, el Consejo de Estado precisó que la estabilización no supone una amnistía para el empleo ilegal de duración determinada, ya que ello quedaría excluido por la norma que prohíbe la conversión de los contratos de duración determinada. Esto supone poner a cero la antigüedad anterior. Una vez resuelta la cuestión de la compatibilidad con el Derecho interno, se solicitó al Consejo de Estado que se pronunciara sobre la compatibilidad de la legislación con el Derecho comunitario, a la luz de lo dispuesto en el texto del epígrafe 4 de la cláusula 4 del Anexo de la Directiva núm. 1999/70/CE, según el cual “los criterios de antigüedad relativos a las condiciones laborales particulares deberán ser los mismos para los trabajadores con contrato de duración determinada que para los trabajadores fijos, a no ser que estén justificados criterios de antigüedad diferentes por razones objetivas”. De ahí la remisión del asunto al Tribunal de Justicia.

<sup>76</sup> Cfr. DEL VECCHIO, *Della stabilizzazione in ruolo del personale precario nelle aziende sanitarie in particolare in Campania*, in *Ragiusan*, 2010, pág. 316.

<sup>77</sup> sentencia del TJUE del 8 de septiembre de 2011, C-177/10, *cit.*, págs. 65-70; TJUE C-302/11, del 18 de octubre de 2012, *R. Valenza v. Agcom*, puntos 42-44, in *LPA*, 2012, 1189, con nota de Costa, *Sul diritto agli scatti di anzianità dei lavoratori temporanei: la parità di trattamento riguarda le carriere lavorative*. En su auto del 7 de marzo de 2013, en el proceso C-393/11, el TJUE repasa el caso y sus propios precedentes en la materia, señalando que las razones objetivas no pueden consistir en la mera circunstancia de haber trabajado con un contrato de trabajo de duración determinada.

<sup>78</sup> Algunos dictámenes han excluido el reconocimiento de la antigüedad porque el procedimiento de estabilización es una nueva contratación, en relación con la cual el contrato de duración determinada es un mero requisito previo (Trib. de Roma, 4 de mayo de 2010, nº 7731, Trib. Roma, 2 de julio de 2010, nº 11790 y Trib. Roma, 20 de enero de 2011, nº 832, todas ellas en *LPA*, 2011, pág. 484. La Circular núm. 5/2008 de la Presidencia del Consejo -

concurso de acceso a los contratos de duración determinada tiene el mismo atractivo, sobre todo en los casos de bloques de rotación, si no es por otra razón, porque no hay ninguna alternativa válida para entrar en la función pública. Además, de esta manera se crea la esperanza de que tarde o temprano llegará una estabilización.

En consecuencia, aunque el objetivo de no contabilización sea evitar el perjuicio a los empleados fijos, la discriminación basada únicamente en el tipo de contrato no estaría legitimada<sup>79</sup>. Por lo demás, este razonamiento hace comprensibles las razones que subyacen en el epígrafe 5 del artículo 109 del Convenio Colectivo de Gestores Sanitarios, en el que se prevé expresamente que, en caso de contratación con carácter indefinido, los períodos de trabajo con contrato de duración determinada ya realizados por el gestor en la misma Empresa o Institución, contribuirán a determinar la antigüedad requerida para la aplicación de determinadas instituciones contractuales.

## 8. LOS RIESGOS DE EXCLUSIÓN DE DETERMINADAS CATEGORÍAS DE TRABAJADORES TEMPORALES

También encontramos otros perfiles discriminatorios en los procesos de estabilización entre los que ya están empleados con contratos de duración determinada. Por otra parte, la previsión de los plazos en los que se pueden alcanzar los 36 meses para acceder a los procedimientos “no resuelve en absoluto el problema de la precariedad laboral en el sector de la sanidad, ya que excluye a un gran número de trabajadores precarios que han superado de todos modos el tope de los 36 meses, pero que no han tenido la suerte de alcanzarlo durante el período <sup>80</sup> establecido”.

Además, la normativa excluye a quienes, a pesar de tener un contrato de duración determinada, son trabajadores temporales<sup>81</sup> y, por lo tanto, no pueden ser considerados como empleados de las empresas sanitarias, aunque realicen actividades similares y las mismas tareas que estos, quizá incluso durante el mismo tiempo<sup>82</sup>. Una vez más, en esta perspectiva, surge la necesidad de respetar el principio de competencia, obviando sin embargo que, a menudo, en el sector sanitario una gran parte de las relaciones laborales recurren precisamente a la suscripción de contratos de “*somministrazione*”<sup>83</sup>, máxime cuando esta herramienta, como también se destaca en el Convenio Colectivo Nacional para los trabajadores sanitarios 2016-2018, es la que mejor refleja la necesidad de rentabilidad y programabilidad de las urgencias<sup>84</sup>.

Departamento de la Función Pública también apoya esta tesis. Véase también el Tribunal Administrativo Regional (TAR) de Roma, 4 de mayo 2009, núm. 4464, in *FA TAR*, 2009, 5, pág. 1405. En sentido contrario, el Trib. de Génova, 25 de marzo de 2011, in *DL*, 2011, pág. 369; Trib. de Génova, 28 de enero de 2011, in *GC*, 2011, pág. 1870; Trib. de Milán, 27 de enero de 2011, in *DL*, 2011, pág. 136; Trib. de Bolzano, 26 de marzo de 2010, in *GM*, 2010, pág. 2709; Trib. Ap. de Turín, 24 de julio de 2009, in *DL*, 2010, pág. 219.

<sup>79</sup> Trib. de Turín, 9 de noviembre de 2009 y 5 de diciembre de 2009, in *RIDL*, 2010, II, pág. 554.

<sup>80</sup> Véase el anexo explicativo en donde se responde a la pregunta presentada ante la Comisión Europea por Eleonora Florenza, miembro de la Mesa del Parlamento Europeo, sobre «*Trabajadores sanitarios precarios en Italia: discriminación entre los trabajadores precarios que llevan más de 36 meses de servicio en violación de las directivas europeas y de la sentencia del Tribunal de Justicia*».

<sup>81</sup> Véase sobre los requisitos de acceso de los trabajadores temporales, Tribunal Administrativo Regional (TAR) de Campania, 19 de julio de 2021, pág. 4743.

<sup>82</sup> Sobre este tema véase el auto cautelar núm. 16958, de fecha del 5 de julio de 2019, del Tribunal de Nápoles, Mautone, *Stabilizzazioni. Il giudice del lavoro apre al lavoro interinale. Ordinanza cautelare, ora si attende il merito*; Quotidiano Sanità, 8 de julio de 2019, [http://www.quotidianosanita.it/regioni-e-asl/articolo.php?articolo\\_id=75604](http://www.quotidianosanita.it/regioni-e-asl/articolo.php?articolo_id=75604).

<sup>83</sup> DE PIETRO ya en 2005, in *Il lavoro interinale degli infermieri: il punto di vista delle Agenzie per il Lavoro*, in AA.VV., *L'aziendalizzazione della sanità in Italia*. En el Informe Oasis 2005, (Egea, pág. 427), se afirma que seis de las ocho agencias que participaron en la investigación emplean exclusivamente a enfermeros(as) extranjeros(as).

<sup>84</sup> Art. 59, epígrafe 3. La cuestión de la inclusión en el proceso de estabilización se había planteado al Tribunal Constitucional en relación con el artículo 3 del Proyecto de Ley de la Región de Sicilia, aprobado por la Asamblea Regional del 14 de junio de 2011 (núm. 582-590-606), en el que se preveía la ampliación a los trabajadores de empresas mixtas, y en relación contractual con las autoridades sanitarias y hospitalarias provinciales, así como

En cualquier caso, parece que el segundo tipo de estabilización mencionado anteriormente<sup>85</sup>, que incluye tanto a estos trabajadores como a los contratos de colaboración coordinada y continuada, ofrece un compromiso justo<sup>86</sup>.

## 9. LAS PERSPECTIVAS DE FUTURO: LA VALORIZACIÓN DE LAS EXPERIENCIAS FLEXIBLES EN LOS PROCEDIMIENTOS ORDINARIOS DE SELECCIÓN

A la luz del marco descrito, es evidente que sería preferible que la legislación definiera principios y criterios más precisos, con el fin de garantizar una “gestión óptima de la organización del personal” mediante formas racionales de flexibilidad<sup>87</sup>, al tiempo que se garantiza la consolidación de la profesionalidad ya establecida. Esto es claramente diferente de lo que se prevé para el sector privado, en donde no sólo la conversión es la norma, sino que, además, tal y como se prevé en el artículo 24 del Convenio Colectivo Nacional suscrito el 8 de octubre de 2020 para el sector de la sanidad privada, la estabilización de al menos el 25% del personal de duración determinada es una condición para poder tener “luz verde” para celebrar más contratos de duración determinada, dentro de los límites marcados por los artículos 19 y siguientes del Decreto Legislativo núm. 81, del 15 de junio de 2015.

Un tímido paso hacia la superación del problema de la devaluación de la profesionalidad adquirida mediante el uso del trabajo flexible y externalizado puede verse en la intención, mostrada en el curso de los últimos años, de potenciar dicha experiencia laboral en los procedimientos ordinarios de selección. Y este paso parece darse conjuntamente por el legislador, la negociación colectiva y la jurisprudencia constitucional.

---

con las autoridades hospitalarias universitarias, en servicio el 31 de diciembre de 2008, de las formas especiales de estabilización de las relaciones laborales previstas por la legislación estatal para los trabajadores empleados en actividades de utilidad social y por las leyes regionales, que implican la contratación mediante procedimientos de selección reservados. Sin embargo, el Tribunal, en su sentencia núm. 316 del 23 de noviembre de 2011, no se pronunció sobre este punto y declaró cerrado el asunto en litigio. Sobre la administración como “trampolín”, véase Martini, *Lavoro temporaneo, prospettive di stabilizzazione e ruolo delle agenzie per il lavoro: il caso del lavoro in somministrazione in provincia di Milano in Quad. Ec. Lav.*, 2010, pág. 39.

<sup>85</sup> Como se aclara en la Circ. 3/17 ya citada, el artículo 20, epígrafe 1 del Decreto Legislativo núm. 75, del 25 de mayo de 2017, se aplica al personal no directivo con contratos de duración determinada. Por otro lado, el art. 20, epígrafe 2 relativo al “personal no directivo que sea titular de cualquier contrato de trabajo flexible: también los contratos de colaboración coordinada y continuada, con al menos 3 años de contrato”.

<sup>86</sup> Como se confirma en la sentencia núm. 612 del Tribunal Administrativo Regional de Ancona, en la Región de las Marcas, con fecha del 19 de julio de 2017, la ampliación del acceso a favor de los trabajadores que tienen una relación laboral parasubordinada constituye una mera facultad. En la Ley núm. 125 del 30 de octubre de 2013 se establece que las administraciones públicas podrán convocar concursos para la contratación indefinida, reservando el acceso a quienes hayan cumplido, durante los últimos cinco años, al menos tres años de servicio con un contrato de trabajo subordinado de duración determinada con la administración. Esta disposición también se aplica a los organismos del Servicio Nacional de Salud, en virtud del posterior Decreto del Presidente del Consejo de Ministros (DPCM), con fecha del 6 de marzo de 2015, según el cual el personal médico con al menos cinco años de servicio continuado antes de la expiración de la convocatoria podrá optar por tomar parte en los concursos de contratación. No existen disposiciones especiales para los contratos parasubordinados u otros tipos de cesión realizados en el Sistema Nacional de Salud. Por otro lado, en el artículo 1, epígrafe 543, de la Ley núm. 208, del 28 de diciembre de 2015, 208, se introduce la posibilidad de convocar un procedimiento de concurso ampliado también a los titulares de contratos de colaboración y otras formas de empleo flexible. Cfr. LA BANCA, *Nei concorsi estensione facoltativa ai lavoratori parasubordinati*, in *Sanità24*, 2 de agosto de 2017. Sobre esta cuestión véase también, *La strana storia delle stabilizzazioni dei lavoratori precari nel settore pubblico*, in *LPA*, 2018, pág. 19. Puede hacerse una última reflexión en relación con los llamados falsos autónomos que, en cambio, podrían acceder al primer tipo de estabilización. Véase el auto núm. 1025, del Trib. de Frosinone, Sección Laboral, de 5 de diciembre de 2019.

<sup>87</sup> Véanse ZOPPOLI L., *Flessibilità, modelli organizzativi e rapporti di lavoro nella sanità*, nonché Liguori, *Flessibilità e modelli organizzativi del S.S.N.*, in Liguori, Zoppoli A. (Ed.), cit., pág. 28 y ss. Véase también ALESSI, *Alcune considerazioni sul modello contrattuale nella sanità. Le necessità emergenti*, in Carrieri, Nastasi (a cura di), cit., pág. 300 y ss.

De hecho, ya no era posible ignorar la oportunidad de invertir en concursos que potenciaran la experiencia adquirida en el sector mediante el uso de contratos flexibles<sup>88</sup>, creando así un puente entre estas relaciones, incluidas las temporales, y la futura contratación estable. De este modo, se da la posibilidad de poner en marcha nuevos procedimientos de selección para la contratación de personal fijo en determinadas categorías, potenciando la experiencia profesional adquirida también en la realización de servicios de trabajo flexible, en virtud de lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto Legislativo núm. 81, del 15 de junio de 2015<sup>89</sup>. Esto, por supuesto, dentro de los límites de gasto establecidos por el legislador.

Por otra parte, incluso el convenio colectivo de gestión mencionado anteriormente, en el artículo 109, párrafo 5, tiene el mérito de reconocer que los períodos de empleo, en virtud de un contrato de duración determinada y el correspondiente nombramiento directivo otorgado, se valoran adecuadamente en el ámbito de los procedimientos de contratación de la misma o de otra administración, en función de los requisitos o criterios relacionados con la duración de dichos períodos y la correspondencia entre la profesionalidad exigida en los puestos de trabajo que deben cubrirse y la experiencia adquirida en las relaciones laborales de duración determinada.

Estas disposiciones se ajustan perfectamente a la lectura de la sentencia del Tribunal Constitucional núm. 20, del 14 de febrero de 2020, que consideró legítima la asignación de una puntuación *ad hoc* en la valoración del currículum de los trabajadores temporales que permitiese el acceso a los concursos para el establecimiento de relaciones por tiempo indefinido<sup>90</sup>. Dicha disposición no supone ninguna discriminación, habida cuenta de la protección de los derechos constitucionales que están en juego, ni perjudica a los trabajadores contratados que hayan suscrito contratos de duración determinada, ya que, como también se ha dicho en los párrafos anteriores, pueden tomar parte en procedimientos de contratación extraordinarios, mientras que los trabajadores empleados en empresas sanitarias con procesos de externalización sólo pueden participar en procedimientos de concurso ordinarios.

Por otro lado, en lo que se atañe a los procedimientos ordinarios en los que pueden tomar parte ambas categorías de trabajadores, no habrá discriminación para quienes hayan trabajado para entidades sanitarias, ya que el servicio realizado se valorará como calificación de la carrera profesional, y por tanto de forma más incisiva, mientras que para quienes hayan trabajado de forma temporal o como empleados de cooperativas para empresas sanitarias, la actividad realizada sólo se considerará a efectos de valoración del currículum. Además, a la Comisión encargada del concurso le corresponde, en todo caso, hacer una distinción ponderada y razonada entre la valoración de las actividades

---

<sup>88</sup> Sobre esta cuestión, véase la información facilitada más adelante.

<sup>89</sup> Artículo 2, epígrafe 5 bis., del Decreto Legislativo núm. 34, del 19 de mayo de 2020, convertido en la Ley núm. 77, con fecha del 17 de julio de 2020.

<sup>90</sup> La disposición regional infringe el epígrafe 3º del artículo 117 de la Constitución, en la medida en que vulnera los principios fundamentales relativos a la protección de la salud establecidos por las disposiciones relativas a los criterios de evaluación de las cualificaciones en el marco de las normas que rigen los concursos de personal del Servicio de Salud, que figuran en el artículo 11 del Decreto de la Presidencia de la República núm. 220, del 27 de marzo de 2001 (Reglamento por el que se establecen las normas que rigen los concursos de personal no directivo del Servicio Nacional de Salud) y en el artículo 11 del Decreto de la Presidencia de la República núm. 483, del 10 de diciembre de 1997 (Reglamento por el que se establecen las normas que rigen los concursos de personal directivo del Servicio Nacional de Salud), emitido en aplicación del artículo 18, epígrafe 1, del Decreto Legislativo núm. 502, del 30 de diciembre de 1992 (Reorganización de la normativa en materia sanitaria, de conformidad con lo previsto en el artículo 1 de la Ley núm. 421, del 23 de octubre de 1992). En concreto, la defensa del Estado alega que la disposición autonómica entra en conflicto con los criterios de valoración del currículum profesional y formativo establecidos por la legislación estatal, al modificar y complementar la parrilla que establece los criterios de valoración de las titulaciones, que también afecta a la discrecionalidad otorgada a la comisión, en cuanto que le obliga a otorgar una puntuación específica en relación con los años de trabajo realizados, solo al personal sanitario que haya sido contratado por las agencias regionales de salud mediante procesos de externalización.

realizadas directamente y la valoración de las realizadas a través de procesos de externalización, atendiendo a la diferente naturaleza de los respectivos tipos de relación laboral.

Por lo tanto, hay que considerar que, a la luz de estas medidas, la mejor consecución de los intereses del sector sanitario, y especialmente la protección del derecho a la salud, sólo puede lograrse mediante la contratación de quienes hayan adquirido una profesionalidad probada a través de formas flexibles de trabajo. Por otra parte, las medidas legislativas de urgencia adoptadas en este ámbito han demostrado cómo el establecimiento y la continuación de las relaciones con el personal que ya colabora con el sistema sanitario mediante acuerdos de trabajo flexible es un elemento fundamental e indispensable para la continuidad de los servicios esenciales, lo que confirma, como se verá, la oportunidad de mejorar este tipo de experiencias.

## **10. LAS TIPOLOGÍAS EN LA EMERGENCIA SANITARIA: ENTRE LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y EL TRABAJO AUTÓNOMO**

De hecho, desde el estallido de la pandemia, ha sido necesario adoptar medidas totalmente extraordinarias para hacer frente a la crisis sanitaria de forma inmediata y responder a una necesidad predominantemente extraordinaria y reversible, lo que ha permitido que las Regiones y las Provincias Autónomas puedan contratar con gran rapidez a profesionales con relaciones laborales flexibles.

De hecho, incluso por derogación de la legislación vigente<sup>91</sup> y dentro de los límites de los nuevos recursos asignados (660 millones de euros previstos por el Decreto Legislativo núm. 14/2020, que se vieron aumentados hasta los 770 millones de euros, en virtud del Decreto Legislativo núm. 18/2020<sup>92</sup>, con el objetivo de aumentar el personal sanitario, se ha previsto que los profesionales sanitarios puedan ser contratados de forma autónoma, incluso sobre la base de una colaboración coordinada y continuada (incluidos los médicos en sus últimos y penúltimos años de especialización y los médicos y enfermeros jubilados). Estos nombramientos también pueden afectar a aquellos licenciados cualificados que no tengan nacionalidad italiana, siempre que se reconozcan sus cualificaciones<sup>93</sup>. Estos nombramientos tienen una duración máxima de 6 meses, que puede prorrogarse si continúa el estado de emergencia.

En el artículo 1, epígrafe 3, del Decreto-Ley núm. 18/2020 también se preveía un aumento de 100 millones de euros en la parte de la financiación sanitaria actual para 2020, que pueden asignar las entidades y empresas del Servicio Nacional de Salud para la concesión de asignaciones de trabajo independiente (incluida la colaboración coordinada y continuada) a los miembros de los colegios de profesiones sanitarias, incluidos los médicos, así como asignaciones de trabajo independiente a

<sup>91</sup> Se trata de las normas que en las administraciones públicas limitan tanto la posibilidad de recurrir a contratos de trabajo por cuenta propia como la asignación de tareas a personas que ya perciben una pensión. Se han hecho excepciones con referencia a las regiones y a las provincias definidas como “zonas rojas” en el Decreto del Presidente del Consejo de Ministros (DPCM). 1 de marzo de 2020: en las regiones de Emilia-Romaña, Lombardía y Véneto y en las provincias de Pesaro, Urbino y Savona. Posteriormente, tras el agravamiento de la emergencia sanitaria, el artículo 1 del Decreto-Ley núm. 14/2020 (actual artículo 2-bis del Decreto-Ley núm. 18/2020) vino a ampliar el ámbito de aplicación de las normas transitorias a todo el territorio nacional, con el objetivo específico de aumentar el personal necesario para reforzar las unidades de cuidados “intensivos y subintensivos” necesarias para tratar a los pacientes afectados por el COVID-19.

<sup>92</sup> Recordamos que en la Ley núm. 27, del 24 de abril de 2020, se dispuso (en su artículo 1, epígrafe 2) que “quedan derogados los Decretos Ley núm. 9, del 2 de marzo de 2020, el núm. 11, del 8 de marzo de 2020 y el núm. 14, del 9 de marzo de 2020”. Los actos y las medidas adoptadas mantendrán su validez y los efectos producidos y las relaciones jurídicas surgidas en base a los mismos Decretos-Leyes núm. 9, del 2 de marzo de 2020, el núm. 11, del 8 de marzo de 2020 y el núm. 14, del 9 de marzo de 2020 no se verán afectadas”.

<sup>93</sup> De hecho, en su artículo 12 se establece que, mientras persista el estado de emergencia, en el caso de que resulte imposible la contratación de personal, se podrán mantener en servicio a los directivos médicos y sanitarios, así como al personal del sector sanitario y a los agentes sociales y sanitarios, pudiendo derogar incluso los límites establecidos por las disposiciones vigentes para la jubilación (artículo 13), permitiéndose el ejercicio temporal de la profesión sanitaria a los profesionales que hayan obtenido su titulación en el extranjero.



médicos y enfermeros jubilados. Estos recursos vienen a sumarse a los que se pueden destinar (entre otros fines) a los mismos nombramientos y que se establecen para cada región (o provincia autónoma) por el Decreto Directivo del 10 de marzo de 2020, de acuerdo con su artículo 1, epígrafe 1, letra a), y los apartados 2 a 6, además del artículo 17 del Decreto-Ley núm. 9/2020.

Como ya observó el Tribunal de Cuentas en la Memoria sobre el Decreto Legislativo núm. 18/2020 elaborada para el Parlamento, con fecha del 25 de marzo de 2020, hay que señalar que el marco normativo que se ha configurado podría, por lo tanto, permitir la celebración de contratos de trabajo autónomo, limitados en el tiempo, estrictamente relacionados con la emergencia sanitaria en curso, no sólo con personal jubilado sino con toda probabilidad y en mayor medida, con personal en tramos de edad más jóvenes y que no tiene (o ha mantenido) una relación laboral con el Servicio Nacional de Salud. También en este caso cabe señalar que, al tratarse de una modalidad de contratación totalmente excepcional y, por tanto, ajena al marco normativo que normalmente se aplica a la contratación, debe prestarse la debida atención a la utilización de este instrumento extraordinario y derogatorio para no generar, una vez superada la emergencia, la consolidación de procedimientos menos rigurosos que los ordinarios de contratación por parte de las empresas sanitarias, por un lado, y expectativas de estabilización por parte de los trabajadores, por otro.

El marco normativo que lo permitía está muy bien articulado y se caracteriza por una avalancha de normas (véanse los artículos 2 y 4 del Decreto-Ley núm. 14/2020, absorbido por el Decreto-Ley núm. 18/2020 como art. 2-quinquies; artículos 2, 2-bis; 2-ter y 2-quater, Decreto-Ley núm. 18/2020; Decreto-Ley núm. 52/2021; artículo 1, epígrafe 424 de la Ley núm. 178 de 2021) aunque a nivel general podría decirse, -como se desprende del Informe del Tribunal de Cuentas 2021, que se ha recurrido ampliamente a los contratos de autónomos, así como a los de duración determinada y a los contratos de “*somministrazione*”.

Entre otras disposiciones, destacamos el Decreto Legislativo núm. 18 (en su artículo 2-bis, epígrafe 2), en donde se preveía la posibilidad de contratar personal de profesiones sanitarias y sociosanitarias, así como a médicos especialistas, matriculados en el último y el penúltimo año de las escuelas de especialización, mediante la atribución de tareas independientes, incluida la colaboración coordinada y continuada, por un período no superior a los seis meses, prorrogable en el caso de mantenerse el estado de emergencia. Los médicos especialistas seguían inscritos en la escuela universitaria de especialización y seguían percibiendo la remuneración prevista en el contrato de formación de médico especialista, complementada con los emolumentos abonados por el trabajo realizado. Esta norma permitía recurrir a las relaciones con trabajadores autónomos con 4.068 postgraduados, 2.250 médicos especialistas, 5.616 médicos cualificados, pero no especializados y 2.296 enfermeros(as). Además de estos, había más de 3.867 empleados de profesiones sanitarias y de otro tipo. 18.097 empleados de un total de 83.180 movilizados (es decir, el 22,7%). En el epígrafe 5 del mismo artículo se preveía también la posibilidad de contratar a trabajadores independientes, incluso de colaboración coordinada y continuada, con una duración no superior a los seis meses, y en todo caso, dentro del plazo de finalización del estado de emergencia, a los directivos médicos, veterinarios y personal sanitario, así como al personal ya jubilado del sector sanitario. Esta norma ha permitido la contratación de 971 médicos y de 363 enfermeros(as), principalmente en las regiones del norte (696 médicos y 348 enfermeros/-as).

También ha contribuido de forma significativa la posibilidad de hacer contratos individuales de duración determinada, previa convocatoria pública, al personal de las profesiones sanitarias y a los trabajadores sociales y sanitarios, incluidos (aunque por un período de seis meses) los médicos que se encuentran en fase de especialización y que están inscritos regularmente en el último y el penúltimo año de los estudios de especialización. En este último caso, esta posibilidad ha sido aprovechada por un número inferior de posgraduados que en el caso de las relaciones por cuenta propia (971 casos). Las contrataciones individuales fueron utilizadas principalmente por enfermeros(as) y otros trabajadores

sanitarios (16.565 enfermeros y 12.605 trabajadores sanitarios, respectivamente), mientras que 1.844 médicos fueron contratados de esta manera. Una contribución limitada, pero no menos importante, ha sido la posibilidad de emplear personal con titulaciones obtenidas en el extranjero (según lo previsto en el artículo 13 del Decreto Legislativo núm. 18/2020). También en este caso se trata de médicos (133), enfermeras(as) (125) y otras profesiones sanitarias (20), casi exclusivamente en el norte durante las fases más agudas de la crisis sanitaria.

En cuanto a la flexibilización de las urgencias, cabe mencionar las unidades especiales de continuidad asistencial (USCA), que con el objetivo de permitir que el médico de cabecera o el pediatra de libre elección o el médico garantice la actividad asistencial ordinaria, las regiones han creado en un centro de continuidad asistencial ya existente, una unidad especial por cada 50.000 habitantes para la gestión a domicilio de los pacientes de Covid-19 que no requerían de hospitalización. Además, en el artículo 1, epígrafe 5 del Decreto Ley núm. 34, conocido como Decreto de la Recuperación, se prevé la posibilidad de contratar personal de enfermería, con el objetivo, por un lado, de reforzar con el componente de enfermería la atención domiciliaria y la vigilancia activa de los pacientes no hospitalizados por el SARS-CoV-2, apoyando a las USCA (unidades especiales de atención de continuidad), y, por otro lado, de reforzar la atención prestada a los sujetos frágiles y crónicos, también mediante una mayor colaboración con los médicos de cabecera, reduciendo así la carga de los servicios ambulatorios. Para ello, se ha introducido la figura profesional del/de la enfermero(a) familiar o comunitario (a). En concreto, desde el 15 de mayo y hasta el 31 de diciembre de 2020, se permitió a las empresas y entidades del Servicio Nacional de Salud utilizar formas de autoempleo, incluida la colaboración coordinada y continuada con enfermeros que no tengan una relación laboral subordinada con centros sanitarios y sociosanitarios públicos y privados acreditados, en un número no superior a 8 enfermeros por cada 50.000 habitantes. Estos nombramientos se realizan en virtud de la derogación de la normativa vigente y en relación con los modelos organizativos regionales<sup>94</sup>.

Al margen de las hipótesis descritas, el artículo 29 del conocido como Decreto de Agosto (Decreto Legislativo núm. 104/2020, convertido por la Ley núm. 126/2020) también preveía disposiciones transitorias hasta el 31 de diciembre de 2020, que fueron posteriormente ampliadas hasta el 31 de diciembre de 2021, en virtud del artículo 26 del Decreto Legislativo núm. 73 de 2021 (el conocido como Decreto de la Recuperación bis), destinado a garantizar la contratación de personal de duración determinada, eventualmente en derogación de los actuales Convenios Colectivos Nacionales del sector, o el establecimiento de relaciones de autoempleo, incluyendo la colaboración coordinada y continuada “con el fin de atender con prontitud las solicitudes de los servicios ambulatorios, de cribado y de hospitalización que no se hayan prestado durante el período de emergencia epidemiológica resultante de la propagación del virus SARS-Cov-2, y al mismo tiempo con el fin de reducir las listas de espera”.

También, en el Decreto Legislativo núm. 41, del 22 de marzo de 2021, se ha previsto un aumento de 345 millones de euros para hacer frente a las necesidades sanitarias sólo del año 2021, con el objetivo de financiar la ampliación del ámbito de los profesionales sanitarios competentes para administrar la vacuna Covid-19 (aunque no sólo) mediante el uso de médicos en formación contratados “a través de agencias de trabajo temporal”.

El artículo 33 del Decreto Legislativo 73/2021 (conocido como Decreto de Apoyo bis) para responder a los efectos de la pandemia sobre la salud y el bienestar psicológico de los niños y adolescentes ha previsto el refuerzo del área territorial y hospitalaria de neuropsiquiatría infantil

<sup>94</sup> Desde el 1 de enero de 2021, se permite la misma regla del mencionado epígrafe 5 para un número total estimado de 9.600 enfermeros(as), dentro de los límites de gasto de 480.000.000 euros anuales. Por las actividades asistenciales realizadas, los(as) enfermeros(as) reciben una remuneración bruta de 30 euros por hora, incluidos los gastos asociados, por un tiempo máximo de trabajo semanal de 35 horas. Además, se ofrecen incentivos a los médicos de cabecera que trabajan en colaboración con el personal de enfermería. Para ello, se ha aumentado en 10 millones de euros el nivel de financiación sanitaria actual para 2020.

y adolescente, mediante la utilización, hasta el 31 de diciembre de 2021, de formas de autoempleo, incluyendo la colaboración coordinada y continuada para la contratación de profesionales sanitarios y de trabajadores sociales.

En cuanto a las retribuciones del personal sanitario contratado en urgencias, en los epígrafes 1 y 2 del artículo 1 del Decreto-Ley 18/2020 (Ley núm. 27/2020) se preveía un aumento para el año 2020 de los recursos del Fondo para la retribución de las condiciones de trabajo de la dirección médica y sanitaria y del Fondo de condiciones de trabajo y asignaciones para el personal del sector sanitario. El aumento asciende a un total de 250 millones de euros y tiene como objeto incrementar los recursos destinados a la retribución de las horas extraordinarias del personal sanitario (contratado por los organismos y empresas del Servicio Nacional de Salud) empleado directamente en las actividades de lucha contra la emergencia epidemiológica provocada por la propagación del virus SARS-COV-2.

En virtud del Decreto Legislativo núm. 18/2020, también se incrementan los recursos destinados a la retribución de las horas extraordinarias realizadas por el personal sanitario contratado por las empresas y organismos del Servicio Nacional de Salud que intervienen directamente en la lucha contra las emergencias epidemiológicas, aumentando en 250 millones de euros los fondos contractuales para las condiciones de trabajo de la dirección médica y sanitaria del área sanitaria, además de los fondos para las condiciones de trabajo y asignaciones del personal del sector.

Posteriormente, el Decreto nº 34/2020, conocido como Decreto de Recuperación (Ley núm. 77/2020), en su artículo 2, epígrafe 6, modificó las finalidades y las cuantías de las dotaciones, estableciendo que los recursos se destinarían prioritariamente a la retribución de servicios, no sólo de carácter extraordinario, relacionados con las condiciones particulares de trabajo del personal mencionado.

Asimismo, se prevé que las regiones y las provincias autónomas puedan incrementar estos importes en una cantidad adicional, cuyo importe no podrá ser superior al doble de los mismos (tal y como aclara en el artículo 30 del Decreto Ley núm. 104 del año 2020, conocido como Decreto de “Agosto”), convertido por la Ley núm. 126 de 2020), sin perjuicio del equilibrio económico del sistema sanitario de la entidad.

Por lo tanto, estas entidades territoriales podrán recaudar -mediante el uso de recursos propios, disponibles en la legislación vigente- los créditos estatales adicionales asignados para el año 2020 a los incentivos para el personal de las entidades y las empresas del Servicio Nacional de Salud, para asignarse con prioridad al personal directamente empleado en las actividades que permitan aliviar la emergencia epidemiológica. En referencia a este caso, en el posterior epígrafe 10 del artículo 2 se prevé un aumento de 190 millones de euros, para el año 2020, en el nivel de financiación sanitaria nacional estándar al que contribuye el Estado.

Con estos recursos destinados a incrementar los fondos de incentivos, las Regiones y las Provincias Autónomas podrán también conceder al personal sanitario de la red hospitalaria (en particular, al personal de enfermería al que se alude en el apartado 6 del artículo 86 del Convenio Colectivo Nacional del Sector Sanitario durante el trienio 2016-2018) una prima, como excepción al resto de limitaciones de gastos de personal, acorde con el servicio efectivamente prestado durante el estado de emergencia, decidido con fecha del 31 de enero de 2020, por un importe no superior a los 2.000 euros brutos de las cotizaciones a la Seguridad Social y de los impuestos a cargo del trabajador, y en todo caso para un gasto total, antes de contribuciones y gastos a cargo de la administración, que no supere el importe de estos recursos para incrementar los fondos de incentivos.

Cabe destacar que, a la luz de la normativa de emergencia aplicable, las actividades profesionales desarrolladas en base a los citados contratos de duración determinada, se constituyen como titulaciones preferentes en los procedimientos de concurso para la contratación en las empresas y organismos del Servicio Nacional de Salud. Obviamente, el carácter de emergencia de estas relaciones

implica que serán reabsorbidos cuando la fase pandémica concluya. Por lo tanto, el crecimiento irá seguido de una disminución gradual de los casos, ya que las estadísticas comunicadas se facilitarán en términos netos en aquellos puestos sometidos a contratación (a medida que las necesidades vayan disminuyendo).

## 11. LA GESTIÓN SANITARIA: ¿UNA GESTIÓN SIN COMPETENCIAS?

En realidad, las dificultades detectadas a la hora de gestionar el personal y satisfacer sus necesidades dependen también de las peculiaridades de la gestión en el sector sanitario, sobre todo en relación con dos pilares esenciales: las competencias del gestor y las modalidades y prácticas<sup>95</sup> de ejercicio de los poderes empresariales.

Estos problemas no son exclusivos del sector sanitario, aunque este sea un contexto que ha mostrado mayor rigidez e ineficiencia que otros.

La falta de planificación o la incapacidad para reaccionar con diligencia y dinamismo a las necesidades que de vez en cuando reclama la gestión pública nos llevan a hacernos la pregunta de si la gestión se ha mostrado realmente capaz de actuar con *la capacidad y las facultades de un empresario privado* (de acuerdo con el art. 5, epígrafe 2, del Decreto Legislativo núm. 165, con fecha del 30 de marzo de 2001).

Y llegamos a la primera de las aristas del problema, a saber, la competencia gestora, entendida precisamente como la “capacidad” que tiene el empresario, según la fórmula, no exenta de acentos retóricos, utilizada hace casi treinta años por el legislador de la (primera) “privatización”.

Aquí la cuestión, con referencia a la gestión sanitaria, se complica aún más, aunque es algo que resulta inevitable.

Hay que hacer dos observaciones previas. Desde hace mucho tiempo -en la sanidad más que en otros ámbitos- se ha optado por un modelo organizativo y de gestión en el que la dirección de las administraciones o incluso de las unidades organizativas individuales, tanto las grandes como las complejas, se confían a un “técnico”, a un especialista en ese campo específico, al que sin embargo se le controla solo formalmente (*rectius*: de fachada) su verdadera competencia gestora, que se compone de distintos elementos y que en cualquier caso son adicionales a la *scientia* de la que cada uno puede ser portador. Esto se debe a que la aptitud para la gestión incluye a veces una competencia técnica, pero no se agota en ella y requiere otras habilidades, derivadas de una preparación adecuada, en el ámbito de la gestión<sup>96</sup>.

El sector privado está más acostumbrado a formar y reconocer a los gestores “puros”: tenemos muchos y brillantes ejemplos de gestores que han pasado del sector del automóvil a la industria alimentaria, de la industria farmacéutica a la logística, trayendo consigo una “caja de herramientas” que puede adaptarse a las especificidades del sector, pero que están dotados de un conjunto de herramientas inherentes al papel *tout court* de las organizaciones líderes.

Esto no quiere decir que el equilibrio sea fácil. Comprender las necesidades de los contextos individuales puede ser más difícil para los aquellos que procedan del extranjero. No cabe duda de que para permanecer en el campo bajo observación, la gestión sanitaria requiere de habilidades concretas y de una sensibilidad específica.

¿Cuál es entonces la solución? Desde luego, no estamos proponiendo un rearme de la gestión administrativa a la antigua usanza. La gestión -y el sector sanitario no es una excepción- necesita

<sup>95</sup> Véase el Plan Nacional de Recuperación y Resiliencia (PNRR), que propone la “creación, para los gestores, de *Comunidades de Aprendizaje (Learning Communities)* con temáticas específicas, para el uso compartido de las mejores prácticas y la resolución de casos concretos de administración” (pág. 66).

<sup>96</sup> Véanse las reflexiones de ZOPPOLI A., *Dirigenza e managerialità*, in Liguori, Zoppoli A. (Ed.), *La sanità flessibile*, Editoriale Scientifica, 2012, pág. 213, que habla de la “capacidad gestora negada”.

desde hace tiempo de un mantenimiento extraordinario que aborde los problemas con una auténtica voluntad de reforma y no con meras acciones de *restyling* o, peor aún, con intentos de volver a un pasado que parece cualquier cosa menos glorioso.

Por ejemplo, habría que reconsiderar la progresiva devaluación de la modalidad del curso/concurso y del papel de la Escuela Nacional de Administración (SNA), la antigua *Scuola Superiore della Pubblica Amministrazione* o SSPA): una “escuela” de administración cuyo modelo, partiendo de una experiencia comparada, debería haberse enriquecido e incluso mejorado, sin llegar a ser estéril. Se trata de un marco general en el que la regionalización de la asistencia sanitaria ha terminado por incrementar los elementos de distorsión y el “provincianismo” que, en nombre de una invocación genérica de la autonomía, ha atraído cada vez más la selección, la formación (si se lleva a cabo) y la gestión de la administración al marco normativo regional.

Además, asistimos a una divergencia de los modelos de gestión sanitaria, generada por un singular tartamudeo normativo, que yuxtapone disposiciones legales y de la negociación colectiva. Por lo demás, no cabe esperar mucho más del “foro” de negociación en términos de sustitución normativa.

Es indudable que, a modo de ejemplo, para la alta dirección de las empresas sanitarias y hospitalarias, el exiguo marco normativo nacional (fundamentalmente, el Decreto Legislativo núm. 502, con fecha del 30 de diciembre de 1992 y el Decreto Legislativo núm. 171, del 4 de agosto de 2016<sup>97</sup>) ha permitido la difusión de prácticas de selección (oscuras) y de mecanismos de *spoils system* (demasiado claros), incapaces de frenar de manera adecuada la bulimia de control de la cúpula política, más aún cuando existen “gobernadores” que, debido a la mezcolanza que implica el sistema electoral, las características del gobierno regional y las competencias en materia sanitaria, cuentan con unos amplios y sólidos poderes con los que pocos administradores públicos cuentan en el actual ordenamiento jurídico de la República italiana.

Las empresas sanitarias se caracterizan además por un equipo de gestión “menor”, de carácter administrativo, pero sobre todo sanitario, con sus propias particularidades.

Es bien sabido que las empresas del Servicio Nacional de Salud italiano están estructuradas de acuerdo con un diseño articulado (instalaciones hospitalarias, distritos, departamentos, etc., y dentro de éstos, unidades operativas complejas y simples), fruto de los modelos y de las filosofías organizativas que han sido objeto de progresivas estratificaciones, incluidas las normativas, regidas a su vez por fuentes de diversas categorías.

No es posible examinar aquí esos modelos, ni siquiera de forma breve<sup>98</sup>. Sin embargo, en lo que respecta a las relaciones laborales y, en concreto, al papel de “empleador” de los directivos subalternos, es imposible dejar de observar cómo, a medida que se desciende en la escala jerárquica de las estructuras empresariales, se encuentran figuras directivas cada vez más “descoloridas”.

La experiencia recuerda un poco a lo que sucede en el sector crediticio, en donde la necesidad de atribuir niveles de retribución adecuados a las figuras profesionales de primer nivel ha llevado a menudo al reconocimiento *convencional* de la categoría de directivo a personas que, de hecho, no son ni remotamente comparables a la evocadora figura del *alter ego* del empresario, “técnicamente” referible al directivo contemplado en el artículo 2095 del Código Civil italiano, que queda, no por casualidad excluido, entre otras, de la normativa que limita los despidos individuales.

<sup>97</sup> En la última intervención legislativa, tal y como se novó en el Decreto Legislativo núm. 126, del 26 de julio de 2017, véase, también para más referencias bibliográficas, ZAPPALÀ, *La proceduralizzazione bifasica delle nomine dei manager della sanità: problemi applicativi del nuovo dosaggio di fonti regolative dopo la Riforma Madia*, in *LPA*, 1, 2019, pág. 16 y ss.

<sup>98</sup> Véase, por ejemplo, el análisis realizado por Gentili, Mainardi, *Le integrazioni tra aziende sanitarie e la gestione del personale: esperienze, opportunità, prospettive*, in *LPA*, 3, 2020, pág. 73 y ss.

En consecuencia, en cada empresa sanitaria u hospitalaria, hay personas que están formalmente cualificadas como gestores, pero que carecen casi por completo de poderes reales de gestión (por ejemplo, los jefes de estructuras simples) o que cuentan con herramientas limitadas y, en todo caso, son muy poco dinámicas para gestionar las relaciones laborales (como en el caso de los gestores de unidades operativas complejas).

Esta hipertrofia de la categoría directiva, dictada por extrañas necesidades (principalmente relacionadas con las dinámicas salariales) con respecto a una morfología organizativa eficaz y racional, no parece especialmente útil, porque aunque puede tener cierta relevancia en cuanto a la prestación de servicios sanitarios o en cuanto a la especialización de las competencias técnicas y la racionalidad en el uso de los recursos económicos, no es eficiente en lo que respecta a la gestión de las relaciones laborales, porque introduce un elemento de “alargamiento” de la cadena de mando en la jerarquía empresarial, en cuya base se sitúa a veces una persona que, como adelantábamos anteriormente, cuenta tal vez con una alta competencia técnica (por ejemplo, en el campo de la medicina), pero un bajo nivel de competencia directiva.

## 12. (CONTINUACION) ... ¿Y SIN PODERES?

En cuanto al segundo elemento que caracteriza la figura del directivo público, el ejercicio de los poderes patronales, incluso cuando se confieren a la dirección (véase más adelante), no se puede dejar de observar una marcada “timidez” en su uso concreto por parte de servidores públicos.

Es evidente que si el empresario está llamado a gestionar los recursos humanos dentro de los límites fijados por la ley para proteger la libertad y la dignidad de los trabajadores -límites que en los últimos cincuenta años han adquirido, dentro del sector privado<sup>99</sup>, una geometría variable-, en el sector público el poder de gestión y la correlativa facultad de modificar el objeto del servicio, han visto cómo el legislador trazaba caminos completamente autónomos, a pesar de la unificación normativa entre el sector público y el privado, que se esperaba en la última década del siglo pasado.

El ejercicio concreto del poder por parte del empresario público se encuentra con dos distintos tipos de freno: una autocontención por parte del gestor, a la que se añaden bastantes limitaciones normativas.

Las distorsiones ya señaladas han llevado a la jurisprudencia, incluidos los Tribunales Judiciales, a realizar interpretaciones progresivamente más restrictivas, hasta llegar a la adopción de una especie de *interpretatio abrogans* del art. 52 original, el Decreto Legislativo núm. 165/2001, que, cabe recordar, situaba “*el desarrollo profesional*” junto a las oposiciones, es decir, el uso de “*procedimientos de selección*” distintos de los concursos: una interpretación reductora que, desde el año 2009, se ha convertido en una derogación total de la ley, con el consiguiente endurecimiento de la carrera profesional<sup>100</sup> y el aumento, en términos de coste, del proceso de provisión de vacantes en la plantilla.

De este modo, mientras que en el sector privado, hoy en día incluso más que en el pasado, se permite al empresario ajustar rápidamente la plantilla y encontrar soluciones internas, a través de la movilidad<sup>101</sup>, dentro de la administración pública, sujeta a unas obligaciones concretas en cuanto al principio de competencia, pero muy formalista, se dejan vacantes, durante años, puestos que son estratégicos para la organización<sup>102</sup>.

<sup>99</sup> Por último, hay que referirse a las contribuciones publicadas en RUSCIANO, GAETA, ZOPPOLI L. (Ed.), *Mezzo secolo dello Statuto dei lavoratori. Politiche del diritto e cultura giuridica*, Quad. DLM, 8, 2020.

<sup>100</sup> Luciani V., *Mansioni, jus variandi e progressioni in carriera nel lavoro pubblico: le ambiguità del legislatore, e le certezze della giurisprudenza*, in LPA, 2020, pág. 3 y ss.

<sup>101</sup> Permisaseme hacer referencia a Gargiulo, *Lo jus variandi nel “nuovo” art. 2103 c.c.*, in RGL, 2015, I, pág. 619 y ss.

<sup>102</sup> Véanse también las recientes reflexiones sobre el tema en Carabelli, Zoppoli L. (Ed.), *Rinnovamento delle PA e nuovo reclutamento*, cit., y en especial las contribuciones de Vecchi; Gasparini; Boscati y Zoppoli, L.

Ya se ha señalado que el uso de la selección mediante concurso, cuando ya se ha establecido una relación laboral, conduce a una falta de responsabilidad por parte de la dirección<sup>103</sup>, que debería gestionar y ocuparse del personal que no ha ayudado a seleccionar inicialmente y que no valoriza durante dicha relación.

Esto significa que el poder directivo se ejerce a menudo de forma totalmente estática, mediante la formalización de unos procedimientos de asignación de tareas y la ausencia casi total del ejercicio del *ius variandi*, que sin embargo es posible, aunque dentro de los límites bien controlados por la norma, que siempre ha tenido las características de un “microsistema normativo autónomo”<sup>104</sup>.

La organización laboral, por lo tanto, sigue caracterizándose por un alto grado de fragmentación de los procesos, a pesar del amplio margen de movilidad profesional que otorga la autonomía colectiva. Salvo pocas y loables excepciones, los procesos laborales siguen siendo largos, repetitivos, inútilmente fragmentados, caracterizados por un desarrollos y unos controles sujetos a una legalidad meramente formal, en la que se desconocen esencialmente los conceptos de objetivo, comprobación y evaluación, por no hablar de los mecanismos de incentivación/desincentivación económica, respecto a los cuales la prohibición de la asignación indiferenciada de recursos ha quedado en poco más que una cláusula de estilo.

Existe, pues, una afasia directiva en el ámbito de la gestión, manteniéndose, en la mayoría de los casos, un enfoque de respeto hacia la legalidad formal de los actos, en lugar de una atención global a la legitimidad y la eficacia de la acción administrativa en su conjunto. En esencia, sigue faltando una funcionalización *sin-tética*, que se refiera no ya al acto individual, sino al resultado global de la pluralidad de decisiones que conforman una actividad organizativa<sup>105</sup>.

Luego está la cuestión, ya mencionada, de la ineficacia del sistema de control y, sobre todo, de la evaluación<sup>106</sup>, en la que sigue existiendo una actitud favorable a la comprobación “sobre el papel” de la eficacia de la acción. El sistema, desde la designación de los Organismos Independientes de Evaluación (OIV, por sus siglas en italiano) hasta los procedimientos de validación, parece seguir siendo eminentemente de corte autorreferencial.

Cabe preguntarse si esto se debe a una clara resistencia de las administraciones a la evaluación y, consiguiente, a una infravaloración de su utilidad, o si no existe, por casualidad, también una ineficacia de naturaleza “genética”, es decir, si el sistema de medición y de validación del rendimiento no es excesivamente engorroso y se caracteriza por un enfoque también burocrático y, en última instancia, puramente documental.

Por último, frente a este panorama ya sombrío, está el recurso “obligatorio” al trabajo a distancia, que en el sector público apenas ha representado, como debería, un “modo de ejecución” adicional (según lo establecido en el artículo 18, de la Ley núm. 81, del 22 de mayo de 2017, sobre el rendimiento laboral. Puede que no haga falta decirlo, pero hay que dejar claro que en nuestras administraciones el *smart working* tiene, en su mayoría, poco de tecnología digital y casi nada de

<sup>103</sup> Véanse, entre otros, Rusciano, *Carriera per concorso del dipendente pubblico: “imparzialità” o “buon andamento”?*, in *LPA*, 1999, pág. 215 y ss.

<sup>104</sup> Es una expresión de Liebman, *La disciplina delle mansioni nel lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, in *ADL*, 1999, pág. 636.

<sup>105</sup> Consulte la ponencia de ORSI BATTAGLINI, *Fonti normative e regime giuridico del rapporto di impiego con enti pubblici*, in *DLRI*, 1993, pág. 470 y ss., también en Orsi Battaglini y Corpaci, in Corpaci, Rusciano, Zoppoli L. (Eds.), *La riforma dell’organizzazione, dei rapporti di lavoro e del processo nelle amministrazioni pubbliche*, in *NLCC*, 1999, pág. 1066 y ss.

<sup>106</sup> Sobre el tema de la evaluación, para una reconstrucción del sistema y su relación con la relación de empleo público, véase Monda, *Contratto di lavoro pubblico, potere organizzativo e valutazione*, Giappichelli, 2017.

trabajo ágil<sup>107</sup>, que en el último año ha representado una especie de paro técnico con cero horas de trabajo (cobrando el sueldo completo) y pagado por los impuestos generales.

Sin embargo, incluso en este caso, el enfoque de gestión no era una variable independiente. El uso del trabajo ágil, de hecho, como se ha señalado acertadamente, “conlleva un cambio cultural”<sup>108</sup> que no parece haberse producido todavía.

Aún se registran mayores reticencias en el ámbito directivo en relación con el poder normativo, con respecto al cual el directivo debe denunciar las infracciones sólo cuando se produzcan incumplimientos manifiestos o intolerables, omitiendo destacar las conductas de incumplimiento objetivo, privando así al poder sancionador de dicho efecto disuasorio que le es propio, con una desconexión aún mayor entre la dirección de la actuación y la sanción por incumplimiento<sup>109</sup>. Por no hablar del hecho de que las administraciones tienden a actuar sobre todo cuando existen presiones externas y, mayoritariamente, cuando se producen hechos penalmente relevantes o con una grave repercusión mediática.

La materia normativa es, además, una de las que peores muestras ha ofrecido la gestión pública, con actitudes *laxas* en el uso de las sanciones, que han desvirtuado la discrecionalidad que se le otorga a la gestión, lo que ha llevado al legislador a intervenir en una doble dirección: por un lado, se ha despojado al directivo de la potestad sancionadora, que sigue siendo ejercida directamente por el directivo sólo en aquellos casos en los que se prevé una amonestación verbal<sup>110</sup>; recurriendo, por otro lado, a la indicación de hipótesis predeterminadas de infracción y sanción, flanqueadas por mecanismos de *obligatoriedad* en el ejercicio de la acción disciplinaria<sup>111</sup>, reforzados a su vez indirectamente por la previsión de sanciones por falta de acción, sancionadas con una responsabilidad directiva específica<sup>112</sup>. Se trata de intervenciones normativas que parecen poco compatibles con las categorías de ejercicio discrecional del poder y que determinan una marcada hibridación de la dimensión contractual de las relaciones laborales.

<sup>107</sup> A este respecto, véase ZOPPOLI L., *Dopo la digi-demia: quale smart working per le pubbliche amministrazioni italiane*, in *wp c.s.d.l.e. “Massimo D’Antona”*. IT - 421/2020. Sobre el uso del trabajo inteligente en el seno de las administraciones públicas, es útil leer la nota publicada por el Banco de Italia: GIUZIO, RIZZICA, *Il lavoro da remoto in Italia durante la pandemia: le amministrazioni pubbliche*, 2021, en [https://www.bancaditalia.it/media/notizie/2021/Nota\\_Covid\\_3\\_WGLR.pdf](https://www.bancaditalia.it/media/notizie/2021/Nota_Covid_3_WGLR.pdf).

<sup>108</sup> En esta línea se encuentra SPINELLI, *Le potenzialità del lavoro agile nelle pubbliche amministrazioni: da modalità ordinaria di gestione dell'emergenza a volano per l'innovazione?*, in *LPA*, 2, 2020, pág. 28, que sostiene que el *smart working* “por un lado, presupone estrategias de gestión de personal basadas en relaciones de confianza y de colaboración con los empleados y, por otro, agudiza la importancia de una definición precisa de los objetivos y, en consecuencia, del contenido y los métodos de medición y evaluación del rendimiento en las administraciones”. Sobre este particular, véase también ESPOSITO, *Smart work e pubblico impiego: patti chiari, agilità lunga*, in Martone (Ed.), *Il lavoro da remoto. Per una riforma dello smart working oltre l'emergenza*, *Quad. ADL*, 18, 2020, pág. 147 y ss.

<sup>109</sup> Remitámonos también a GARGIULO, *La riforma del procedimento disciplinare nel lavoro pubblico*, in *VTDL*, 2020, pág. 341 y ss., también para otras referencias bibliográficas más amplias.

<sup>110</sup> Se trata de casos menores, que siguen quedando en manos de quien gestiona la estructura en la que trabaja el empleado; el responsable, por lo tanto, puede incluso carecer de capacitación en el campo de la dirección.

<sup>111</sup> No es posible dedicar aquí más espacio a este perfil: la alternativa se encuentra entre un deber *juridico* de ejercer la acción disciplinaria, que socavaría el poder discrecional del empresario atribuido a la labor directiva y una obligación *de facto*, derivada implícitamente de las sanciones vinculadas a la inactividad. Tal y como están las cosas, parece adecuado optar por la *obligatoriedad* mediata, que parece más coherente con la perspectiva contractual (permanente) del poder en cuestión.

<sup>112</sup> Reconstruye el debate, BORGOGELLI, *Sui poteri della dirigenza pubblica nella disciplina dei rapporti di lavoro: il nuovo modello regolativo*, in AA.VV., *Studi in onore di Tiziano Treu. Lavoro, Istituzioni, cambiamento sociale*, Vol. III, Jovene, 2011, pág. 1541 y ss.



Todo ello sin perjuicio del valor “organizativo” de la potestad sancionadora: una conexión que quedó claramente destacada por el legislador de la reforma del año 2009<sup>113</sup>. De hecho, el legislador de la conocida como *Reforma Brunetta* estaba convencido, hasta el punto de identificarlo expresamente como la finalidad de la reforma, de que una intervención sobre la responsabilidad disciplinaria podría “mejorar el nivel de eficacia de los cargos públicos”<sup>114</sup>: una “filosofía”, como también se señaló inmediatamente, en la que “el ejercicio del poder disciplinario no se ve tanto y sólo como un efecto patológico en la organización del trabajo (por lo tanto, con carácter excepcional), como un factor fisiológico de la organización”<sup>115</sup>; una perspectiva que enfatizaba la relación entre el poder disciplinario y la aplicación de la productividad de los cargos públicos que, tras menos de una década, se dejó de lado por una cuestión de desconfianza manifiesta.

El papel de la dirección en el procedimiento disciplinario pasa así a ser accesorio al de la Oficina de Procedimientos Disciplinarios y, en todo caso, claramente privado de poder. El legislador de 2017, como ya se anticipó, retira al responsable de la oficina, aunque sea un cargo directivo, la función de impugnar la acusación y confía esta iniciativa a una persona con conocimientos específicos, a un “tercero” con respecto al segmento organizativo en el que se produjo la conducta prohibida.

Por consiguiente, se trata de un cambio de perspectiva, incluso antes de producirse un cambio de procedimiento: el valor organizativo de la palanca que activa las sanciones, que -aunque entre muchas contradicciones- trataba de potenciar la función disuasoria y, por lo tanto, preventiva de las disposiciones disciplinarias, deja paso a una lógica casi exclusivamente punitiva.

### 13. UNA ÚLTIMA PREGUNTA (AUNQUE DE CARÁCTER PROVISIONAL): ¿SON NUDOS QUE DEBEN DESATARSE O CORTARSE?

Obviamente, es imposible llegar a conclusiones en profundidad en el limitado espacio del que disponemos. Sin embargo, hemos tratado de señalar cómo la decepcionante actuación de nuestras administraciones sanitarias encuentra su origen, entre otras “enfermedades” del sistema, en una “cardiopatía” incapacitante, en la que el núcleo del problema se encuentra en la gestión y el manejo del personal.

Siguiendo con el uso de la metáfora, en las páginas anteriores hemos tratado de destacar algunos elementos útiles para el diagnóstico, señalando cómo las causas de la ineficiencia residen en la reticencia de la administración a ejercer prerrogativas, competencias y, en definitiva, a desempeñar su propio papel, así como en las limitaciones de diversa índole que el gestor público encuentra en su camino, limitaciones que en ocasiones son extrínsecas, como en el caso de las intervenciones legislativas o la consolidación de orientaciones jurisprudenciales rígidas, que restringen los márgenes de discrecionalidad.

Por consiguiente, es necesario entender en este punto, si todavía es posible intentar desenredar (como mínimo) los nudos más intrincados, recurriendo de nuevo a medidas correctivas en el plano hermenéutico, o si sería más rápido y mejor hacerlo mediante un corte limpio, acelerando un enésimo, aunque quizás necesario proceso de reforma.

En definitiva, este difícil momento podría representar un tiempo que debemos valorar, y retomando las palabras de John F. Kennedy, que en un conocido discurso de 1959 observó que “al

<sup>113</sup> El artículo 67, del Decreto Legislativo núm. 150, del 27 de octubre de 2009, al abrir el capítulo dedicado a las sanciones, aclara que las disposiciones en cuestión “introducen cambios en el ámbito de las sanciones disciplinarias y de las responsabilidades de los empleados de las administraciones públicas (...) con el fin de mejorar el nivel de eficiencia de las oficinas públicas y contrarrestar los fenómenos de baja productividad y absentismo laboral”.

<sup>114</sup> Sobre esta intención de “reforma con sanciones”, véanse los comentarios de BORGOGELLI, *La responsabilità disciplinare del dipendente pubblico*, in Zoppoli L. (Ed.), *Ideologia e tecnica*, cit., pág. 399 y ss.

<sup>115</sup> BAVARO, *Il potere disciplinare*, in Carabelli, Carinci M.T. (Ed.), *Il lavoro pubblico in Italia*, Cacucci, 2010, pág. 223, según el cual: “En este sentido, la organización de la administración pública parece estar más centrada en el control y la sanción de los empleados individuales que en la gestión y la organización de la actividad productiva”.

escribirse en chino, la palabra crisis estaba compuesta por dos ideogramas, uno de los cuales representa el peligro y el otro la oportunidad”<sup>116</sup>. En realidad, los estudiosos de los ideogramas nos dicen que esto no es así en absoluto, pero independientemente de su confirmación semántica, la opinión sigue siendo, sin embargo, absolutamente compartible.

En definitiva, parece que ha llegado el momento de reflexionar por última vez, sin prejuicios ideológicos y culturales, sobre qué medidas deben adoptarse para que la máquina administrativa -y la sanidad entre las primeras- si al menos no echa a correr, pueda circular a una velocidad aceptable que permita satisfacer las necesidades de los ciudadanos.

La administración pública italiana -y dentro de ella el servicio sanitario- requiere una renovación seria y profunda que le permita ser competente y eficaz. Sin embargo, no se trata de un resultado que pueda alcanzarse por decreto, ni tampoco se trata de un proceso que pueda ciertamente completarse en unos pocos meses, aunque en realidad no parece que pueda seguir posponiéndose por más tiempo.

## BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV. *L'aziendalizzazione della sanità in Italia*. Rapporto Oasi 2005, Egea.
- AIMO, *Il lavoro a termine tra modello europeo e regole nazionali*, Turín, 2017.
- ALES, *L'utilizzo temporaneo del lavoro subordinato nelle pubbliche amministrazioni: un'analisi genealogica*, in Del Punta, Romei (Eds.), *I rapporti di lavoro a termine*, Milán, 2013, pág. 470.
- ALLEGRETTI, BALCONI, *Autonomismo e centralismo nella lotta contro la pandemia coronavirus*, in *Forum Quaderni Costituzionali*, 1, 2020, pág. 536 y ss.
- ARLOTTI, MARZULLI, *La Regione Lombardia nella crisi sanitaria da Covid-19: ospedali, territorio e RSA*, in Vicarelli, Giarelli (Eds.) *Libro Bianco Il Servizio Sanitario Nazionale e la pandemia da Covid-19 Problemi e proposte*, Franco Angeli, 2021, págs. 41 - 48.
- AVONDOLA, *Via libera del Tar alle stabilizzazioni "no limits"*, in *Labor*, 2019, pág. 463.
- BAVARO, *Il potere disciplinare*, in Carabelli, Carinci M.T. (Eds.), *Il lavoro pubblico in Italia*, Cacucci, 2010.
- BELLETTI, *La confusione nel sistema delle fonti ai tempi della gestione dell'emergenza da Covid-19 mette a dura prova gerarchia e legalità*, in *Osservatorio Costituzionale*, 3, 2020, pág. 174 y ss.
- BOSCATI, *È incostituzionale la legge regionale che per il personale sanitario deroga alle disposizioni statali in materia di orario di lavoro e di limiti all'assunzione a tempo determinato*, in *DRI*, 2017, pág. 1175.
- BORGOGELLI, *Sui poteri della dirigenza pubblica nella disciplina dei rapporti di lavoro: il nuovo modello regolativo*, in Aa.Vv., *Studi in onore di Tiziano Treu. Lavoro, Istituzioni, cambiamento sociale*, Vol. III, Jovene, 2011, pág. 1541 y ss.
- CARABELLI, ZOPPOLI L. (Ed.), *Rinnovamento delle PA e nuovo reclutamento*, in *Quad. RGL*, 6, 2021.
- CARRIERI, NASTASI (Ed.), *Spazio e ruolo delle Autonomie nella riforma della contrattazione pubblica*, Bologna, 2009.
- CARUSO, *La regolazione "a doccia scozzese" del lavoro pubblico. Rigidi, flessibili, precari, di nuovo rigidi*, in *LPA*, 2008, pág. 242.

<sup>116</sup> KENNEDY J.F., *Remarks at the Convocation of the United Negro College Fund*, Indianapolis, Indiana, 12 de abril de 1959, in [www.jfklibrary.org](http://www.jfklibrary.org).

- CICELLIN, CONSIGLIO, *Opportunità e problematiche delle nuove forme di lavoro nel sistema sanitario. Agenzie per il lavoro e gestione differenziata delle risorse umane, WP “Carlo Mario Guerri”*, 2012, pág. 3.
- CONTINI, *La Corte di Cassazione e il danno da abuso del contratto a termine nel pubblico impiego: una storia infinita*, in *ADL*, 2017, pág. 471 y ss.
- CORPACI, RUSCIANO, ZOPPOLI L. (Ed.), *La riforma dell’organizzazione, dei rapporti di lavoro e del processo nelle amministrazioni pubbliche*, in *NLCC*, 1999, pág. 1066 y ss.
- COSTA, *Sul diritto agli scatti di anzianità dei lavoratori temporanei: la parità di trattamento riguarda le carriere lavorative*, in *LPA*, 2012, pág. 1189.
- DE ANGELIS, *Materiali per lo studio del sistema sanitario nazionale*, Esculapio, 2015.
- DEL VECCHIO, *Della stabilizzazione in ruolo del personale precario nelle aziende sanitarie in particolare in Campania*, in *Ragiusan*, 2010, pág. 316.
- DE PIETRO, *L’evoluzione delle funzioni innovative nelle aziende del SSN: le politiche e la valutazione del personale*, in *Mecosan*, 2002, pág. 67.
- DE PIETRO, TEREANU, *Carichi di lavoro e fabbisogno di personale nelle aziende del Ssn: criticità e prospettive*, in *Mecosan*, 2005, pág. 66.
- DE PIETRO, *La gestione del personale nelle aziende sanitarie: una rassegna della letteratura*, in *Mecosan*, 2006, pág. 141.
- DIRINDIN, *La sanità italiana tra crisi ed eccellenza*, *Il Mulino*, 3, 2020.
- D’APONTE, *Razionalizzazione della spesa pubblica e stabilizzazione dei precari nella pubblica amministrazione: le ragioni di un equivoco*, in *LPA*, 2013, pág. 574.
- ESPOSITO, D’AVINO, *Il contratto a termine nella Sanità pubblica*, in Zoppoli L., Saracini (Eds.), *Riforme del lavoro e contratti a termine*, Editoriale Scientifica, 2017, pág. 257 y ss.
- ESPOSITO, *Note critiche sulla stabilizzazione del personale a termine nel comparto della sanità pubblica*, in Liguori, A. Zoppoli (Eds.), *La sanità flessibile*, Nápoles, 2012.
- ESPOSITO, *Smart work e pubblico impiego: patti chiari, agilità lunga*, in Martone (Ed.), *Il lavoro da remoto. Per una riforma dello smart working oltre l’emergenza*, *Quad. ADL*, 18, 2020, pág. 147 y ss.
- FENOGLIO, *Il contratto a tempo determinato nel pubblico impiego: luci e ombre della recente riforma legislativa*, in *LD*, 2009, pág. 283 y ss.
- FERRARA, *Salute e sanità*, Volumen 5, Milán, 2010.
- FIORILLO e Perulli, *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, Turin, 2013, pág. 628 y pág. 673 y ss.
- FONTANA, *La strana storia delle stabilizzazioni dei lavoratori precari nel settore pubblico*, in *LPA*, 2018, pág. 19.
- GARGIULO, *Lo jus variandi nel “nuovo” art. 2103 c.c.*, in *RGL*, 2015, I, pág. 619 y ss.
- GARGIULO, *La riforma del procedimento disciplinare nel lavoro pubblico*, in *VTDL*, 2020, pág. 341 y ss.
- GENTILI, MAINARDI, *Le integrazioni tra aziende sanitarie e la gestione del personale: esperienze, opportunità, prospettive*, in *LPA*, 3, 2020, pág. 73 y ss.

- GUARISO, *Cittadinanza e lavoro pubblico*, in *LD*, 2009, pág. 579
- KENNEDY, J. F., *Remarks at the Convocation of the United Negro College Fund*, Indianapolis, Indiana, 12 de abril de 1959, in [www.jfklibrary.org](http://www.jfklibrary.org).
- LA BANCA, *Nei concorsi estensione facoltativa ai lavoratori parasubordinati*, in *Sanità 24*, 2 de agosto de 2017.
- LAGRAVINESE, RESCE, *La sanità tra crisi economica e vincoli finanziari*, in Coco, De Vincenti (Eds.), *Una questione nazionale. Il Mezzogiorno da "problema" a "opportunità"*, Il Mulino, 2020, pág. 125 y ss.
- LIEBMAN, *La disciplina delle mansioni nel lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, in *ADL*, 1999, pág. 636.
- LIGUORI, ZOPPOLI A. (Ed.), *La sanità flessibile*, Editoriale Scientifica, 2012
- LOVO, *Contrattazione collettiva integrativa in Sanità: bilanci e prospettive*, in *LPA*, 2008, pág. 533.
- LUCIANI V., *Mansioni, jus variandi e progressioni in carriera nel lavoro pubblico: le ambiguità del legislatore, e le certezze della giurisprudenza*, in *LPA*, 2020, pág. 3 y ss.
- MANGIAMELI, *Il riparto delle competenze tra vicende storiche e prospettive di collaborazione*, in *DR*, 3, 2020
- MARRA, *Le funzioni di coordinamento delle professioni sanitarie, aspetti contrattuali e manageriali*, FrancoAngeli, 2010
- MAUTONE, *Stabilizzazioni. Il giudice del lavoro apre al lavoro interinale. Ordinanza cautelare, ora si attende il merito*; *Quotidiano Sanità*, 8 de julio de 2019
- MISCIONE, *Il contratto a termine davanti alla Corte di Giustizia: legittimità comunitaria del d.lgs. n. 368/01*, in *ADL*, 2006, pág. 1369
- MONDA, *Contratto di lavoro pubblico, potere organizzativo e valutazione*, Giappichelli, 2017
- MONEA, *Stabilizzazione solo per chi ha vinto un concorso*, in *Sanità24*, 14 de junio de 2017.
- NANNIPIERI, *La Corte di Giustizia e gli abusi nella reiterazione dei contratti a termine: il problema della legittimità comunitaria degli artt. 5, d.lgs. n. 368/2001 e art. 36, d.lgs. 165/2001*, in *RIDL*, 2006, pág. 742.
- NUNIN, *Impiego pubblico violazione delle regole su lavoro a termine, adeguatezza delle sanzioni. Spunti recenti dalla Corte di Giustizia*, in *RGL*, 2014, pág. 242.
- ORSI BATTAGLINI, *Fonti normative e regime giuridico del rapporto di impiego con enti pubblici*, in *DLRI*, 1993, pág. 470 y ss.
- POSTERARO, *La digitalizzazione della sanità in Italia: uno sguardo al Fascicolo Sanitario Elettronico (anche alla luce del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza)*, in *federalismi.it*, 26/2021, págs. 189-229.
- PUTATURO DONATI, *Precariato pubblico, effettività della tutela anti-abusiva e nuova questione di legittimità costituzionale*, in *ADL*, 2017, pág. 65 y ss.
- RUSCIANO, GAETA, ZOPPOLI L. (Ed.), *Mezzo secolo dello Statuto dei lavoratori. Politiche del diritto e cultura giuridica, Quad. DLM*, 8, 2020.
- RUSCIANO, *Carriera per concorso del dipendente pubblico: "imparzialità" o "buon andamento"?*, in *LPA*, 1999, pág. 215 y ss.

- RUSO, *Il personale del servizio sanitario*, in Esposito, Luciani, A. Zoppoli, L. Zoppoli, *La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Turin, 2018, pág. 417.
- SAGAN, WEBB, AZZOPARDI-MUSCAT, DE LA MATA, MCKEE, FIGUERAS (Ed. by), *Health systems resilience during COVID-19: Lessons for building back better*, Organización Mundial de la Salud, 2021.
- SAITTA, *Incarichi di direzione di struttura complessa nelle aziende sanitarie: una giurisdizione... case by case?*, in *LPA*, 2016, pág. 205 y ss.
- SANTINI, *Le “nuove” relazioni sindacali nel comparto sanità*, in *RIML*, 2019, 1, pág. 95.
- SPINELLI, *Le potenzialità del lavoro agile nelle pubbliche amministrazioni: da modalità ordinaria di gestione dell'emergenza a volano per l'innovazione?*, in *LPA*, 2, 2020.
- TARONI, GIORGI, *I regionalismi sanitati in Italia nel contesto internazionale: lezioni dalla pandemia*, in *Costituzionalismo.it*, 2, 2020, pág. 64.
- TOGNETTI BORDOGNA, *Ripensare il Sistema Sanitario Nazionale senza mortificarlo*, <https://mappeser.com/2020/06/05/ripensare-il-sistema-sanitario-nazionale-senza-mortificarlo-di-mara-tognetti-bordogna-in-paradoxaforum-com-4-giugno-2020/>, 2020 (último acceso del 17/11/2021).
- VICARELLI, *Regionalismo sanitario e Covid-19: punti di forza e di debolezza*, in Vicarelli, Giarelli (Ed.) *Libro Bianco Il Servizio Sanitario Nazionale e la pandemia da Covid-19 Problemi e proposte*, Franco Angeli, 2021.
- ZAPPALÀ, *La proceduralizzazione bifasica delle nomine dei manager della sanità: problemi applicativi del nuovo dosaggio di fonti regolative dopo la riforma madia*, in *LPA*, 2019, pág. 16.
- ZOLI, *Contrattazione collettiva e flessibilità dei contratti di lavoro*, in Liguori, Zoppoli A. (Ed.), pág. 199 y ss.
- ZAPPALÀ, *La proceduralizzazione bifasica delle nomine dei manager della sanità: problemi applicativi del nuovo dosaggio di fonti regolative dopo la Riforma Madia*, in *LPA*, 1, 2019, pág. 16 y ss.
- ZOPPOLI A., *Dirigenza e managerialità*, in Liguori, Zoppoli A. (Ed.), *La sanità flessibile*, Editoriale Scientifica, 2012, pág. 213.
- ZOPPOLI L., *A dieci anni dalla Riforma Bassanini: dirigenza e personale*, in *LPA*, 1, 2008.
- ZOPPOLI L., *Dopo la digi-demia: quale smart working per le pubbliche amministrazioni italiane*, in *wp c.s.d.l.e. “Massimo D’Antona”.IT - 421/2020*.

Abreviaturas:

RIML: Revista Italiana de Medicina Legal (y de Derecho en el ámbito sanitario)

SPP: Sanidad Pública y Privada