

**ENCARNACIÓN MOLINA NAVARRETE**

*ATS/DUE*

**CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE**

*Catedrático. Universidad de Jaén*

**Extracto:**

**T**REINTA años después del mandato de la vigente, aunque de forma parcial e incierta, LGSS/1974, casi 20 años después del mandato, no menos inseguro, del artículo 84 LGS/1986 y tras varios proyectos frustrados, se ha producido un auténtico hito histórico en nuestro ordenamiento socio-sanitario y profesional: la aprobación del Estatuto Marco del personal al servicio de los Servicios de Salud. Ni por la originalidad de sus contenidos, que en gran medida no hacen sino recoger en un texto regulaciones ya vigentes y efectivas, por lo que se muestra de alcance material más bien limitado, ni por su capacidad de resolver los múltiples problemas aplicativos que ha ido generando un caótico y disperso conjunto de fuentes, legales, reglamentarias, convencionales, jurisprudenciales, prácticas, la Ley 55/2003 ha sabido estar a la altura de las circunstancias. En este sentido, ni tan siquiera se ha atrevido a derogar expresamente el artículo 45.2 LGSS/74, que atribuye competencias al orden social para conocer de los litigios de este personal, y que ahora puede parecer un auténtico estrambote.

Sin embargo, la importancia del colectivo de profesionales afectados, tanto por su número –más de 600.000– como por la trascendencia de su actividad, otorgan a este marco regulador una posición nuclear en la evolución de las relaciones de trabajo en el seno de los servicios públicos. Lo más relevante del Estatuto Marco es que abre un proceso de renovación jurídica del referido modelo de relaciones laborales, si bien lo remite al juego de tres principios de autonomía: político-territorial (desarrollos autonómicos), convencional (participación de los profesionales mediante el diálogo social, la concertación y la negociación colectiva) y

.../...

.../...

de gestión (primado de la planificación eficiente de los «recursos humanos» en aras de un SNS de Calidad y Coherente). La simplificación y coherencia perseguidas pueden estar en peligro de seguirse una opción extensiva por las Autonomías, pero una actitud abstencionista puede igualmente acabar con el objetivo de la Ley, por cuanto su vigencia y efectividad queda en gran medida condicionada a estos desarrollos.

En definitiva, culminado el proceso de reforma del SNS, tanto en el plano de la descentralización como en el de la financiación, especialmente a raíz de la Ley 16/2003, las exigencias de modernización vuelven su mirada hacia el «capital humano» de las organizaciones sanitarias. La inexcusable búsqueda de estabilidad en el empleo y promoción profesional, dos derechos sociales fundamentales comunes a todo trabajador, ha de conciliarse con la no menos inexcusable flexibilidad en la gestión y permanente mejora en la prestación de los servicios, objetivos también comunes a cualquier organización en un mundo globalizado y competitivo.

Muchas son las claves que, en consecuencia, ofrece este Estatuto Marco del personal al servicio de las organizaciones público-sanitarias, al que han de incluirse otros, el constitucional, el profesional (Ley 44/2003), el laboral. Descifrar algunas de ellas y ofrecer un cuadro amplio, pero no agotador, de los principales aspectos, es lo que pretende el trabajo que ofrecen los autores, combinando análisis práctico con comentarios teóricos y propuestas de solución, hoy inciertas.

---

## Sumario:

---

- I. Introducción.
- II. La imperiosa necesidad de un Estatuto Marco: sentido y alcance de la Ley.
- III. La estructura normativa del Estatuto Marco del personal al servicio del SNS.

IV. El contenido del Estatuto Marco: principales puntos críticos del régimen del personal al servicio del SNS.

1. Las cuestiones generales: naturaleza jurídica, ámbito de aplicación y marco normativo del personal estatutario en el SNS.
  - a) La calificación como función pública profesional especial de la relación de empleo del personal estatutario del SNS.
  - b) El ámbito del Estatuto Marco: la vocación de aplicación general, incluidas las relaciones laborales de empleo sanitario.
  - c) La persistente complejidad del sistema de fuentes: viejos y nuevos factores político-jurídicos y técnicos de fragmentación reguladora.
  - d) Los «principios» del modelo de relaciones laborales para el personal estatutario: entre la estabilidad y la eficiencia en la gestión.
2. La diversidad de actividades y formas de prestación de servicios del personal estatutario: su incidencia en el régimen jurídico.
3. Principios e instrumentos de la planificación participada de personal: el Foro Marco para el Diálogo Social y los Planes de Ordenación.
4. El sistema de derechos socio-laborales, individuales y colectivos, y deberes, profesionales y cívicos, del personal estatutario.
5. El régimen básico de adquisición y pérdida de la condición de personal estatutario: fijos y temporales.
6. La regulación de los sistemas de provisión de plazas, selección y promoción interna: recepción material de la Ley 30/1999.
7. Las reglas de movilidad del personal estatutario: entre la libertad de circulación y la flexibilidad de la gestión de personal.
8. El régimen de carrera profesional: entre el derecho a la promoción profesional y la gestión de calidad de las organizaciones sanitarias.
9. El régimen retributivo del personal estatutario: la estructura salarial.
10. La ordenación del tiempo de trabajo del personal estatutario: entre la garantía de continuidad del servicio y la protección de la salud.

11. Las situaciones jurídico-administrativas del personal estatutario.
  12. Régimen disciplinario: la ordenación de la responsabilidad disciplinaria.
  13. El sistema de incompatibilidades: remisión al régimen general.
  14. Los derechos colectivos de representación, participación y negociación colectiva.
- V. Las cláusulas de cierre: algunos problemas de sucesión normativa.
1. El aplazamiento del efecto derogatorio: DDU y DT 6.<sup>a</sup>.
  2. ¿Cuál es la suerte del artículo 45.2 LGSS/1974 sobre competencia del orden social para el personal estatutario?
  3. Informes sobre financiación (DF 2.<sup>a</sup>): la omnipresencia de la obsesión por el equilibrio financiero.
- VI. Valoración final provisional: «en expectativa de destino».

Bibliografía.

## I. INTRODUCCIÓN

Junto a la Ley de Ordenación de las Profesiones Sanitarias, que acaba de ser comentada, la aprobación del **Estatuto Marco** (Ley 55/2003, 16 de diciembre), casi dos décadas después de su anuncio por la Ley General de Sanidad –1986– y tras varios proyectos frustrados, constituye otro gran hito histórico para el Sistema Nacional de Salud (SNS). **Por vez primera vez en nuestro país se ordenan con rango de ley** los derechos y deberes de los profesionales sanitarios, el sistema retributivo, el de selección, las condiciones de trabajo, las relaciones contractuales, el sistema de promoción profesional..., en definitiva, todas o la mayor parte de las cuestiones que integran el *marco jurídico-laboral* de unos colectivos de «trabajadores» que, desde siempre, han aparecido, social y jurídicamente, como singularísimos y muy «conflictivos» –al menos a juzgar por la intensa litigiosidad judicial, producción normativa, en muchas ocasiones «excepcional» y anómala, y actividad sindical que generan–. A las razones puramente cuantitativas que permiten justificar la importancia de este acontecimiento normativo –más de 600.000 trabajadores del ramo sanitario se verán notablemente afectados por la reordenación–, hemos de añadir, pues, importantes razones de orden cualitativo, vinculadas a la reforma del entero modelo de organización y gestión del SNS.

Una vez culminado el proceso de transferencias de la organización y gestión de la prestación de asistencia sanitaria a las Comunidades Autónomas, y promulgada una Ley que tiene entre sus objetivos fundamentales la mejora de la coordinación del entero SNS y su modernización, según declara la Ley 16/2003, parecía ya inexcusable «*el establecimiento de un nuevo modelo de relaciones laborales para el personal estatutario de los Servicios de Salud*» (Acuerdo Parlamentario para la Consolidación y Modernización del SNS, Pleno del Congreso de los Diputados de 18-12-1997). Si en cualquier organización de trabajo, en particular en las que está en juego la gestión de un servicio público, los profesionales constituyen su «principal activo», esta convicción, más declarada que practicada, adquiere para las organizaciones sanitarias el calificativo de presupuesto tanto de la «calidad» como de la «cohesión» del SNS, como recoge la Exposición de Motivos de la Ley 16/2003 para el conjunto de profesionales sanitarios y que la Ley 55/2003 parece extender, con buen criterio, a los «*demás colectivos de personal que prestan sus servicios en los centros e instituciones*

*sanitarias de la Seguridad Social*». En un contexto de reforma organizativa e institucional global, la fijación de los principales aspectos de un «*Estatuto Profesional Común*» para todos los trabajadores del ramo, incluidos los de un emergente Sector Sanitario privado, debía ir acompañada de inmediato de un «*Estatuto Profesional Específico*» y sólo parcialmente diferenciado, para el Sector Sanitario Público.

Con la aprobación de este Estatuto Marco vuelve al primer plano del debate político-institucional y socio-laboral una cuestión, la redefinición de los modelos –no hay uno sólo– de relaciones laborales en las organizaciones públicas sanitarias–, que se vincula estrechamente a la suerte de los tres grandes problemas del SNS: organización, gestión y financiación. No es habitual, ni siquiera significativo, que los juristas del trabajo y de la protección social se acerquen a este debate, a diferencia de lo que sucede, por razones lógicas, en el sector de profesionales que viven de, y dedican buena parte de su vida a la prestación de este esencial servicio público.

Ahora bien, lo cierto es que no puede comprenderse cabalmente el significado y alcance de la nueva regulación del personal al servicio del SNS –así como el de los profesionales sanitarios en general, según algunas indicaciones realizadas en el comentario anterior–, sin tratar de aferrar o comprender el sentido profundo de los cambios, de organización, gestión y financiación, del Sistema. Si en el estricto plano técnico-jurídico contamos con algunos estudios de calidad que permiten comprender los principales aspectos del régimen «jurídico-laboral» de los profesionales sanitarios, ahora de los Servicios de Salud antes de la Seguridad Social, pues viene siendo objeto de atención por la doctrina ius-laboralista dada la persistencia del conocimiento de sus litigios «de personal» por el orden jurisdiccional social (aún no derogado, al menos expresamente, art. 45 LGSS/1974), no sucede lo mismo si se pretende ligar estrechamente, como no puede ser de otro modo, las reformas en el SNS con las cuestiones relativas al régimen de personal y retributivo.

Lamentablemente, en este limitado espacio no podemos entrar en profundidad ni en un ámbito ni en otro, por lo que habremos de limitarnos en este momento a ofrecer las principales claves del nuevo *Estatuto especial de los trabajadores* al servicio del SNS. Conviene advertir desde el principio que la expresa calificación como relación funcional especial, a tenor del artículo 1 de la Ley 55/2003, en modo alguno hace perder, como el artículo 36 de la Ley 16/2003 recoge, la cualidad jurídico-material de trabajadores de estos colectivos de profesionales ni el carácter de (sub)sistema de relaciones laborales del entramado organizativo y de gestión que se crea en torno a su prestación. La creciente incidencia en este peculiar ámbito de dirección y organización del trabajo del ordenamiento comunitario, en particular a través de una incisiva jurisprudencia del TJCE, que tanto está influyendo en la revisión de estos regímenes de personal, apunta en esta dirección, sin perjuicio de mantener su insuprimible especialidad.

La progresiva aprobación, en los casos en que se produzca, que será la mayoría ante los cambios que se vienen sucediendo en las Comunidades Autónomas, nos ofrecerá ulteriores motivos para profundizar en este análisis. Veamos ahora, esbozados, cuáles son esas claves para la comprensión del Estatuto Marco.

## II. LA IMPERIOSA NECESIDAD DE UN ESTATUTO MARCO: SENTIDO Y ALCANCE DE LA LEY

Una vez más, la lectura atenta y ordenada de la Exposición de Motivos de la Ley nos ilustra, mejor nos sintetiza, los motivos o razones que están en la base de la aprobación de un marco legislativo de la densidad y calado de los que adolece el ansiado –aunque no en estos términos– Estatuto Marco. A este respecto, entendemos que el sentido general de esta Ley queda caracterizado si se atiende a los siguientes aspectos:

*a) La actualización del régimen de relaciones laborales del personal al Servicio del SNS es un imperativo constitucional inexcusable una vez cerrado el proceso de descentralización autonómica del mismo.*

La Ley 16/2003 ya se encargó de recordar y enfatizar que no podía haber modernización seria y creíble del SNS sin una revisión del marco regulador de los profesionales sanitarios. Por eso, aunque entendió necesario fijar los principios inspiradores de los principales aspectos de la política de «planificación» de los «recursos humanos» en el entero sistema sanitario, con el consiguiente establecimiento de un marco común a estos efectos, también cuidó de salvaguardar el ámbito regulador «propio de otros sectores normativos», como el «futuro estatuto marco del personal sanitario». En esta línea insistía el artículo 41.2 de la Ley. Parecía claro, tras esta norma, que ya no cabía más demora en la aprobación de una regulación que se venía haciendo de rogar desde hace demasiado tiempo, pese a los claros mandatos legislativos en este sentido, en particular el tantas veces marginado, más por razones políticas que por sus evidentes deficiencias técnicas, artículo 84 LGS.

La necesidad de actualización, además de por un estricto principio de equidad reguladora –el personal funcionario y el personal laboral ya habrían experimentado esta renovación post-constitucional–, vendría determinada por un doble motivo. Por un lado, la referida culminación del proceso de descentralización autonómica, según el principio que caracteriza el vigente modelo. Aunque no se mencione expresamente, la incorporación del sistema sanitario público al nuevo modelo de financiación autonómico aprobado en el año 2001, que agrega el gasto sanitario de todas las Comunidades Autónomas, también tiene una importante incidencia en este cambio de actitud del Legislador, abandonando la tradicional opción abstencionista e incumplidora por otra reguladora. La inclusión de la DF 2.<sup>a</sup> confirma este estrecho ligamen, pues no hemos de olvidar que en el ingente, aunque todavía insuficiente, gasto sanitario, una partida muy importante es la destinada a los «costes de personal».

Por otro lado, se resalta expresamente la relevancia que tiene en la regulación de las relaciones laborales de los trabajadores del SNS la «nueva dimensión del servicio público» que la prestación de asistencia sanitaria adquirió con la promulgación de la Constitución. Como se sabe, a partir de este momento, y sin perjuicio de las resistencias y limitaciones que hasta la Ley 16/2003 ha venido planteando esta cuestión, con la multiplicación de «títulos jurídicos» de acceso, adquiriría un carácter universal el derecho a la protección de la salud, como se desprende con facilidad tanto en el artícu-

lo 41 CE –la prestación de asistencia sanitaria como contenido mínimo o esencial del derecho a la seguridad social– como en el artículo 43 –organización de la prestación de asistencia sanitaria como un servicio público de acceso universal y equitativo–. Si la especificidad que presenta la regulación de este sector de relaciones laborales se explica en parte, históricamente, por los rasgos que acompañaron el proceso de formación de la atención sanitaria pública, incluida en el Seguro Obligatorio de Enfermedad y gestionada por Instituciones al margen del ordenamiento jurídico-administrativo, al menos del «común», parece razonable que cuando el modelo de organización y gestión de dicha prestación cambie sustancialmente, también el régimen de personal a su servicio se vea, en parte, afectado.

*b) La garantía de un régimen «básico» igual para todo el personal estatutario del SNS, al margen del ámbito organizativo y territorial en el que trabaje.*

No es dudoso que entre los objetivos de «modernización» del régimen del personal al servicio del SNS –antes personal estatutario al servicio de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social, a su vez singular dentro del personal al Servicio de la Seguridad Social, cuya especialidad se mantuvo hasta la Ley 30/1984, continuando para el primero por mor del enigmático art. 45 LGSS/1974–, tenía que estar la simplificación y articulación coherente de un enmarañado entramado de regulaciones, tan obsoleto y disperso –estatuto médico, sanitario no facultativo, no sanitario– como incierto. El principio autonómico también incidió en el proceso de diversificación, y en ocasiones de deslocalización, de los regímenes reguladores del personal al servicio de los diferentes servicios públicos de salud. Una vía para resolver, o al menos intentarlo, estos graves problemas es la fijación de un régimen que armonice los diversos «Estatutos». Ahora bien, puesto que la Ley 55/2003 opta claramente por mantener, al menos en un plano jurídico-formal, no privado de importantes consecuencias prácticas, el carácter funcionarial, aunque profesional especial, de esta relación laboral –no identificada ya sólo con las formalizadas mediante contrato–, este objetivo sólo se puede alcanzar desde la fijación de un «régimen básico» para todo el personal estatutario del SNS.

De ahí el carácter de «normas básicas» relativas a este Estatuto Marco, conforme a las previsiones del artículo 149.1.18.<sup>a</sup> CE, según la remisión que realiza la DF 1.<sup>a</sup> de la Ley 55/2003 –salvo lo dispuesto en la DA 2.<sup>a</sup> (aplicación de la jornada de trabajo) respecto al personal laboral y la DT 1.<sup>a</sup> (personal en formación residentes), dictadas al amparo del art. 149.1.7.<sup>a</sup> CE–. Carácter «básico» de la regulación que se refuerza por la vinculación del régimen de ciertos aspectos de gran importancia –quizás, junto al sistema retributivo, el más significativo, incluso novedoso, aunque no siempre evaluable de forma positiva–, como las normas sobre jornada, a las «bases de la sanidad», conforme a la DDF 1.<sup>a</sup>.2 y Adicional 2.<sup>a</sup>, dictada en aplicación del artículo 149.1.16.<sup>a</sup> CE. El carácter administrativo-profesional de esta regulación se entremezclaría, para tales aspectos, con el sanitario.

Por su carácter básico, en línea de principio, las Comunidades Autónomas, expresamente llamadas a proceder a una regulación de desarrollo posterior, no podrían establecer un régimen sustancialmente diferente, pues en este caso se quebraría el objetivo fundamental de preservar un tra-

tamiento mínimo uniforme, sólo a partir del cual la Comunidad podrá ejercer su competencia normativa –recuérdese que en el ámbito laboral sólo existe competencia de ejecución–. Aunque el TCo. permite que estas bases puedan ser especialmente detalladas o minuciosas, salvo que ello suponga una neutralización injustificada o extrema del ejercicio de la competencia normativa autonómica (STCo. 147/1991), no es esta la opción acogida, con carácter general, por la Ley 55/2003, a tenor de la remisión amplia que realiza el artículo 3 de este Cuerpo Legal.

*c) La salvaguarda del «carácter especial» del régimen jurídico-laboral del personal estatutario del SNS, como auténtica constante histórica.*

Al carácter básico del Estatuto, típico de una norma que pretende ser sólo el «marco de regulación» general que sirva de referencia para los Estatutos propios de cada Comunidad Autónoma, la Ley 55/2003 agrega la naturaleza genuinamente «especial» del mismo. A este respecto, hemos tenido la oportunidad de referir que esta singularidad se vincula íntimamente a las propias vicisitudes formativas del sistema de atención sanitaria, tradicionalmente conformado en conexión con la Seguridad Social, originariamente «contributivo-profesional», y al margen o «extrañado» del ordenamiento administrativo común (de «organismos autónomos apartadas» llegó a hablarse por cierto sector de la doctrina ius-administrativista). Ahora bien, la propia Ley recuerda, junto a este dato histórico, que son más profundas las razones que justifican (digan lo que digan ius-administrativistas o ius-laboralistas), la necesidad, más que la conveniencia, de salvaguardar *un régimen específico y diferenciado de estos colectivos de trabajadores*.

La remarcada diferenciación respecto de los trabajadores públicos vinculados por una relación funcional profesional «común» –si es que esto verdaderamente existe, puesto que, en realidad, cada funcionario público tiene «su estatuto», sin perjuicio de un régimen, de impronta constitucional, común u ordinario–, derivaría de la «necesidad de que su régimen jurídico se adapte a las específicas características del ejercicio de las profesiones sanitarias». El énfasis en el carácter marcadamente profesional de esta actividad, en particular de la sanitaria pero también del resto de las actividades que hoy integra, con pleno título, la prestación de servicios de estos *colectivos laborales* –entendido en el sentido amplio de prestación de servicios profesionales de forma directa y personal, así como bajo un ámbito de dirección y organización, respecto del que se tiene mayor o menor autonomía, pero a cuya planificación se vincula y se sujeta la prestación–, buscaría ahuyentar los riesgos de la tradicional crítica de burocratización y rigidez que ha pesado, y aún sigue haciéndolo, sobre los regímenes funcionariales. En este sentido, debe recordarse que ya el Congreso de los Diputados, en 1997, consideró como eje fundamental de la regulación «la desburocratización y flexibilización de las relaciones profesionales» y la «personalización de las condiciones de trabajo» (individualización de las relaciones laborales).

En cambio, la especificidad respecto de los trabajadores privados vinculados por un contrato de trabajo común u ordinario se desprendería tanto de las singulares características de la prestación de servicios «sanitario-asistencial» como de las «peculiaridades organizativas del Sistema Nacional de Salud». Aunque estas peculiaridades, tanto de la actividad profesional como de la organización

de trabajo empleadora –servicio público–, nunca han impedido, ni con carácter general, ante la proliferación de los empleados públicos vinculados por contrato de trabajo, fijo o temporal, ni en el ámbito del SNS, ante la multiplicación de experiencias en las que se acoge directamente el régimen laboral, ahora el Legislador opta claramente por atribuirle expresamente el carácter funcionarial, al menos formalmente. La relatividad de esta calificación, no obstante sus relevantes consecuencias a la hora de fijar el régimen supletorio, no sólo deriva de la total ausencia de novedad, pues esta concepción es la que ya dominaba en la jurisprudencia, sino de sus efectos limitados, pues como indica el propio Legislador –cosa distinta es que luego no lo consigue, en detrimento del trabajador–, por ejemplo en relación a la regulación del tiempo de trabajo, el respeto a las peculiaridades del modelo de organización del trabajo en los centros sanitarios ha de realizarse de tal manera que **«no impliquen un detrimento de las exigencias de la protección de la seguridad y de la salud laboral de sus trabajadores»**. El reconocimiento de esta cualidad de «trabajador» y el primado, al menos teórico, de un derecho laboral, tiene continuidad en el reconocimiento de otros derechos.

No obstante, la Exposición de Motivos insistirá en que *«la adecuación del Estatuto Marco a los peculiares principios organizativos del Sistema Nacional de Salud»* se revela como *«una de las piezas angulares de la nueva regulación del personal»* –primado de las peculiaridades por razón de la naturaleza de servicio público especial de la organización empleadora–. El SNS –integrado por el conjunto de los diferentes servicios de salud con un funcionamiento armónico y coordinado– se concibe como un *«modelo organizativo especial, que sólo existe en el ámbito de los servicios públicos sanitarios»* por razón del *«elevado valor social y político que en un Estado constitucionalmente tipificado como social tiene el bien salud»*. Esta constatación legislativa podría llevar a pensar que el Estatuto Marco se forja sobre una ecuación que, cierta para otras épocas, ahora ya no cuenta con respaldo ni normativo ni social: *servicio público = relación administrativa funcionarial*.

Sin embargo, las cosas distan de estar tan claras, porque de inmediato el mismo legislador recuerda los numerosos intentos de «modernización» del SNS en la última década, con vista a buscar, según se anticipó, «un nuevo modelo de relaciones laborales para el personal estatutario» basado, entre otras líneas fundamentales, en la «flexibilización» y en la «personalización» de las condiciones de trabajo, según proponía el Acuerdo Parlamentario de 1997. De nuevo, el intento de clarificación parece frustrarse y vuelven las zonas de sombra, que dejan emerger nuevas pistas sobre la persistente ambivalencia del régimen regulador del personal estatutario, que normativamente nunca dejó de ser una relación funcionarial especial. La invocación del referido Acuerdo Parlamentario, objeto de fuertes debates y polémico en sí mismo, evidencia que el Legislador no tiene ninguna voluntad de estancar el Estatuto Marco en una relación funcionarial profesional al uso.

*d) La modernización del modelo de gestión de las relaciones laborales del personal estatutario, basada sobre la flexibilización, el incentivo individual y la autonomía de los centros de provisión de los servicios.*

Antes al contrario, con el Estatuto Marco el Legislador ha pretendido impulsar o promover, más allá o al margen de su consideración jurídico-formal como funcionarial, una profunda renova-

ción el modelo de gestión de las prestaciones de servicios profesionales en el ámbito de dirección y organización de los centros sanitarios públicos. A tal fin, dos son básicamente los objetivos a perseguir. Por un lado, implantar un adecuado sistema de incentivos para los profesionales sanitarios, y, por otro, de forma paralela, abandonar la precedente «burocratización y rigidez de las relaciones profesionales» en el seno de estas organizaciones.

De ahí que identifique las «líneas maestras» de ese nuevo modelo –naturalmente menos original de lo que podría parecer en este momento–, con las recogidas en el Acuerdo Parlamentario referido, sin perjuicio de establecer algunas matizaciones y supresiones, precisamente aquellas que habían resultado más conflictivas. En este sentido, los objetivos que aspira a realizar serían:

- Promover *nuevas fórmulas retributivas*, en las que realmente se incentive la actividad de calidad y la participación de los profesionales en la toma de decisiones de los centros. La consiguiente reasignación de capacidades y responsabilidades directivas que este sistema de incentivos, basado sobre el desarrollo profesional (art. 40 de la Ley 16/2003), exige ser convenientemente evaluada y retribuida conforme a su rendimiento.
- *Flexibilizar el régimen de dedicación* –tiempo de trabajo–, mediante una mayor personalización de las condiciones de trabajo.
- Fomentar la *descentralización de los procesos* de selección y promoción profesional en el plano de las organizaciones proveedoras, garantizando con criterios objetivos la calidad de los servicios y el mantenimiento permanente de la motivación personal.
- *Adecuar o Ajustar las «dotaciones de personal»* –plantillas– a las necesidades efectivas de las instituciones. Fuera ha quedado, igualmente, la referencia expresa a la posibilidad de «promover soluciones legales para el ajuste por los centros de las mismas».
- *Profesionalizar la función directiva* y establecer mecanismos consecuentes de evaluación de los equipos de dirección.
- *Impulsar la autonomía de gestión* de los servicios, centros e instituciones, de ahí que en el Acuerdo Parlamentario se promoviera la negociación en el ámbito de cada centro –modelo convencional descentralizado–.

En este Acuerdo Parlamentario también se impulsaba, paralelamente, una regulación de las profesiones sanitarias, mediante una ordenación específica que diera amplia participación de colegios, sociedades científicas y asociaciones profesionales; que resolviera el problema de las titulaciones pendientes y adecuara las especialidades sanitarias a las necesidades asistenciales, profundizando en el sistema de formación especializada (residencia), a través de criterios de troncalidad dando paso a especialidades emergentes, y promoviendo las áreas de capacitación específica. Aunque con bastante menor calado en orden a algunas de estas cuestiones, tal y como se señaló en el anterior comentario, tales objetivos han sido recogidos en la Ley 44/2003.

e) *La búsqueda de un principio de aplicación general: la apertura del Estatuto Marco al personal laboral del SNS.*

En cierta medida, la Ley tiene también el sentido de buscar una recuperación del principio de generalidad aplicativa de la relación estatutaria, a raíz de la multiplicación de experiencias en las que el régimen dominante para formalizar la prestación de servicios sanitarios era el laboral. Así, se ve en diversos momentos.

Por un lado, en que deroga el régimen estatutario precedente configurado por los tres estatutos de personal y por las disposiciones que los modificaron, complementaron o desarrollaron, sustituyéndolo por el marco básico de este Estatuto, aplicable no sólo al personal sanitario sino a todo el personal estatutario que desempeñe su función en centros e instituciones sanitarias de los Servicios de Salud (art. 2.1). Generalidad aplicativa no quiere decir uniformidad, porque ya hemos visto que se abre a regulaciones diferenciadas, dentro del margen de la normativa «básica», a cargo de las Comunidades Autónomas sin perjuicio de remitir a las disposiciones de desarrollo que, en el marco de su propia competencia, incumbe a cada Comunidad Autónoma. Por otro, a tenor del artículo 2.3, las normas del Estatuto Marco son aplicables también al personal sanitario laboral, en los términos previstos en este precepto. Además, se prevén facilidades que tiende a reconocer para que se integren en él otros regímenes jurídicos (Cláusulas de Cierre), así como la DA 2.<sup>a</sup> y la DT 1.<sup>a</sup>, tal y como reconoce la DF 1.<sup>a</sup> (Títulos de Habilitación Competencial).

### III. LA ESTRUCTURA NORMATIVA DEL ESTATUTO MARCO DEL PERSONAL AL SERVICIO DEL SNS

A alcanzar estos objetivos la Ley dispone un amplio elenco de normas. La complejidad del Estatuto se comprueba a partir de su extensa dimensión. Su contenido se articula en torno a 14 capítulos, en los cuales se van regulando los aspectos generales y básicos de las diferentes materias que componen el régimen jurídico del personal estatutario. La Ley finaliza –se cierra– con las habituales reglas de coordinación –disposiciones adicionales (14)–, de derecho intertemporal –disposiciones transitorias (7), algunas de gran importancia reguladora–, de modernización y coherencia del ordenamiento –disposición derogatoria única– y de eficacia –disposiciones finales (3)–.

En el *Capítulo I (normas generales)* se fija con rotundidad **el carácter funcional especial de la relación estatutaria**. También se recoge su voluntad de aplicación general y uniforme, sin perjuicio de la remisión a las normas específicas a dictar, en su desarrollo, por las Comunidades Autónomas respecto de su propio personal.

En el *Capítulo II* se fijan los criterios para la **clasificación (profesional) del personal estatutario**, basados en las funciones a desarrollar y en los niveles de titulación, que debe completarse con el artículo 14 (ordenación del personal). Asimismo, en el marco de las **modalidades de vínculo**

**los estatutarios**, atendiendo a la duración del nombramiento, figura la ordenación del personal temporal, junto al fijo, «cuya importancia y necesidad en el sector sanitario deriva de la exigencia de mantener permanente y constantemente en funcionamiento los distintos centros e instituciones».

Sin embargo, se parte de la sacralización de una situación de hecho anómala, que en modo alguno viene impuesta por una pretendida «esencia» de la actividad sanitaria. La garantía de la continuidad del servicio pasa por sistemas de trabajo adaptados a esa exigencia ineludible, como el mantenimiento de un sistema de trabajo a turnos, el fomento del trabajo en equipo..., pero no necesariamente por un crecimiento significativo del personal temporal, salvo en lo que refiere a la figura de las «sustituciones», dado que estamos ante un servicio público «intensivo» en personal y vista la propia naturaleza de las prestaciones a realizar –asistencia, cuidados...–. La extremada frecuencia con que en este ámbito organizativo ha habido que acudir a procesos extraordinarios, y pretendidamente excepcionales, de «consolidación de empleo temporal», en particular respecto de las figuras de los interinos, más por vacante que por sustitución, como acredita la situación en la que aún estamos inmersos, parece que se resistirá a desaparecer en el futuro próximo o inmediato.

El *Capítulo III* enumera los **mecanismos de Planificación y ordenación del personal** de cada uno de los servicios de salud, según una de las líneas inspiradoras de la entera reforma del SNS, según refleja la Ley 16/2003, de Cohesión y Calidad del mismo. En este ámbito regulador dominan las normas de carácter organizativo y de procedimiento (normas de derecho reflexivo), destacando el desarrollo que se hace del *Foro Marco para el Diálogo Social* que, por su carácter estrictamente «laboral», tiene entre sus competencias básicas el servir de espacio de información-consulta para la promoción de un desarrollo armónico de las condiciones de trabajo del personal estatutario del SNS, como ya previera el artículo 35.3 a) de la Ley 16/2003.

Asimismo, son especialmente reseñables las diversas remisiones que realiza a la *negociación colectiva como instrumento de participación* en el entero proceso de planificación de «recursos humanos», como sucede en relación a los denominados «Planes de Ordenación de Recursos Humanos» (art. 13). Las garantías de transparencia, calidad y cohesión requerirán, igualmente, la previsión de los característicos Registros de Personal (art. 16). Como sucede en los previstos por la Ley de Profesiones Sanitarias, que también afectan a la Ley 55/2003, también estos Registros se integrarán en el Sistema de Información Sanitaria que establece la Ley 16/2003.

El *Capítulo IV* recoge un nutrido catálogo de **derechos y deberes de este personal**. Por lo que se refiere a la carta de *derechos*, aunque en términos sustanciales viene a coincidir con el sistema de protección socio-laboral con el que cuentan todos los trabajadores en general, lo cierto es que tanto la estructura normativa como el contenido del listado se diferencian notablemente de las propias del artículo 4 del ET, que sería el precepto análogo. La clasificación es dicotómica y responde a la clásica distinción entre «*derechos individuales*» (art. 17), incluyéndose no sólo los derechos estrictamente laborales sino también los de protección social –Seguridad Social, Asistencia y Acción Sociales–, y «*derechos colectivos*» (art. 18), incluyendo, llamativa y quizás superfluamente, el derecho a «*disponer de servicios de prevención y de órganos representativos en materia de seguridad laboral*».

Por lo que refiere a los *deberes* (*profesionales y cívicos*), es claro que el aún más amplio catálogo incorporado al texto legal viene fuertemente determinado por la función de protección de la salud que desempeñan (art. 19). Lo que supone la proyección de un fuerte carácter unilateral a la regulación y una exaltación del compromiso del profesional con los fines institucionales, pues la regulación estaría pensada más en atención a la eficaz –y eficiente– tutela del interés público que persigue el servicio sanitario que en los intereses de los trabajadores. No obstante, como veremos, en toda la regulación aparece tanto una importante dimensión convencional que puede, y debe, ayudar a mantener el necesario equilibrio entre ambos intereses en juego, el general o social y el colectivo de los profesionales de las organizaciones sanitarias públicas.

El *Capítulo V* regula los requisitos y condiciones para la **adquisición** de la condición de personal estatutario, así como los supuestos de pérdida de la misma (**régimen de acceso, continuidad y pérdida**). En cambio, la **provisión** de plazas, la **selección** de personal y la **promoción interna** se regulan en el *Capítulo VI*. Nos encontramos ante una típica regulación de las relaciones funcionariales, por lo que en gran medida la regulación de estos aspectos refleja un régimen común previsto para el acceso y pérdida de la condición de funcionario público, en cuanto que se ligan estrechamente a los principios y derechos constitucionales (arts. 23 y 103.3 CE).

El *Capítulo VII* regula un aspecto especialmente importante para la gestión de personal en cualquier organización compleja, ya sea pública ya privada, y que aspire a alcanzar la mayor eficacia y eficiencia en tal gestión, como es la **movilidad del personal**. Los principios que rigen este aspecto son los de igualdad de oportunidades y la libre circulación de los profesionales en el conjunto del SNS [art. 2 letra f) de la Ley 16/2003; art. 4 d) de la Ley 55/2003].

Esta movilidad general, básica para dotar al Sistema Nacional de Salud de cohesión y coordinación, se configura igualmente como un mecanismo para el desarrollo del personal. De ahí, la regulación complementaria que recoge el *Capítulo VIII*, dedicado al régimen de **carrera profesional**. La parca regulación contenida a este respecto por el Estatuto Marco (art. 40), que responde a una deliberada opción de política jurídica favorable a remitir esta trascendental cuestión al desarrollo que haga, «previa negociación en las mesas correspondientes», cada Comunidad Autónoma, ha de completarse con la ordenación general del sistema de desarrollo profesional recogido en la Ley de Ordenación de las Profesiones Sanitarias, sin perjuicio del mandato de adaptación a las peculiaridades de la organización sanitaria del Servicio de Salud «o de cada uno de sus centros» –obsérvese de nuevo el celo legislativo por evidenciar el principio de autonomía de gestión de cada centro «proveedor» de servicios–.

El *Capítulo IX* contiene las reglas básicas del que, sin ninguna duda constituye, junto al tiempo de trabajo, el aspecto más relevante y conflictivo de la regulación de este personal, como en general de todos los colectivos de «trabajadores» –incluidos los de administración de justicia, a comenzar por los jueces–. Naturalmente, nos referimos al **régimen retributivo**. Junto a la garantía de un «modelo común en relación con las retribuciones básicas (art. 41.1), así como su estricta dependen-

cia de las «correspondientes Leyes de Presupuestos» (art. 41.3), la regulación busca igualmente abrir las retribuciones complementarias a un modelo retributivo más individualizado, que incentive tanto la motivación personal como, en consecuencia, la mayor y mejor dedicación al cumplimiento de los objetivos de la organización sanitaria. Esta regulación será aplicable de modo general a todo el personal estatutario, incluido el personal con nombramiento temporal, si bien mantiene la tradicional exclusión de los «trienios». Un régimen retributivo peculiar se prevé para «los aspirantes en prácticas» (art. 45).

Pero el aspecto de mayor trascendencia, por su significado y por su conflictividad, y sin duda más novedoso, en gran medida como consecuencia de la incidencia de la regulación comunitaria, es el regulado en el *Capítulo IX*, relativo al **tiempo de trabajo**, tanto en lo que concierne a la jornada laboral como a los permisos y licencias. Consta de 2 Secciones. La 1.<sup>a</sup> transpone dos directivas comunitarias relativas a la protección de la seguridad y salud de los trabajadores a través de la regulación de los tiempos de trabajo y del régimen de descansos, la 93/104/CE, del Consejo, de 23 de noviembre –el plazo de transposición venció el 23-11-1996–, y la 2000/34/CE del Parlamento y del Consejo, de 22 de junio –el plazo venció el 1-8-2003, salvo para los médicos en formación, que lo hará el 1-8-2004–. No obstante, estas Directivas han sido derogadas por la *Directiva 2003/88/CE*, del Parlamento y del Consejo, si bien no perjudica las obligaciones de trasponer aquellas Directivas (art. 27) pues se trata de una versión consolidada de ambos textos.

La transposición de tales Directivas ha tenido en cuenta el derecho a la protección de la salud *ex* artículo 43.1 CE, que supone el reconocimiento de la «especial importancia que, tanto a nivel individual como familiar y social, tienen las prestaciones de carácter sanitario». Lo que determinaría, conforme a su apartado 2, una especial obligación de mantenimiento de este servicio público las 24 horas del día: atención continuada, con lo que ello conlleva de «modelo de organización funcional específico», esto es, en condiciones de atender en cualquier momento las demandas de prestación sanitaria que puedan producirse (las razones de buen funcionamiento del servicio público sanitario). Por otro lado, y como contrapunto, se destaca el mandato del artículo 40.2 CE, relativo a la función de velar por la seguridad e higiene en el trabajo, lo que entre otras medidas supone garantizar el descanso necesario mediante la limitación de la jornada laboral y las vacaciones periódicas retribuidas.

La articulación coordinada de ambas previsiones constitucionales debe suponer que las necesarias peculiaridades del modelo de organización de los centros y establecimientos sanitarios no impliquen un detrimento de las exigencias de protección de la seguridad y de la salud de sus trabajadores. Por ello, se ha entendido conveniente regular mediante Ley las condiciones generales que garanticen ambos imperativos. En este sentido, conviene advertir que esta necesidad también es exigida por el servicio: lo delicado de la tarea requiere que no haya posibilidades de distribución irregular, donde se acumulen períodos de altísima actividad con otros de baja intensidad. Todo lo contrario de lo que suele suceder en la práctica. El descanso es garantía del derecho del personal pero también de los usuarios de este especialísimo servicio, en el que un error puede ser fatal para dos de los bienes de la personalidad más preciados –vida y salud–.

Se busca igualmente asegurar un «régimen común», aplicable con carácter general a los diferentes centros y establecimientos sanitarios, con el fin, de nuevo, de garantizar el crucial principio de funcionamiento armónico de todos los servicios de salud. Entre las características generales que la Ley señala, en este momento introductor, cabe destacar la fijación de unos límites máximos para la duración de la jornada ordinaria de trabajo, así como para la duración conjunta de ésta y de la jornada complementaria que resulte necesario realizar para atender al funcionamiento permanente de los centros sanitarios, por un lado, y la determinación de los tiempos mínimos de descanso diario y semanal, articulando regímenes de descanso alternativo para los supuestos en los que la necesaria prestación continuada de servicios impida su disfrute en los períodos señalados, por otro. La regulación resultante, como veremos, dista mucho de ser satisfactoria para realizar el proclamado objetivo de equilibrar los diferentes intereses en juego, al tiempo que contiene ciertos aspectos que podrían considerarse regresivos.

La Sección 2.<sup>a</sup> regula el régimen de Jornada Parcial, fiestas y permisos.

El *Capítulo XI* vuelve a regular un aspecto propio o característico de la relación funcional, las denominadas «**Situaciones de personal**», incluidas las de excedencia y suspensión de funciones. Por su parte, el *Capítulo XII* regula el **Régimen disciplinario**, de una forma especialmente detallada y exhaustiva, si bien carece de significativa novedad, pues olvida –o silencia deliberadamente– algunas situaciones que hoy aparecen en diversos proyectos legislativos y acuerdos colectivos, como el «acoso moral en el trabajo», de especial incidencia en el sector sanitario, como en general los riesgos psicosociales. Sí aparece expresamente, recogiendo el concepto de acoso ambiental comunitario, la sanción por acoso sexual, si bien distingue la gravedad en atención a que se trate de un acoso ambiental (grave) o cuando suponga agresión o chantaje (muy grave). El *Capítulo XIII* contiene una regla de remisión general y otras donde se fijan algunas particularidades en torno a la importante cuestión del **Sistema de Incompatibilidades**.

Finalmente, dentro del cuerpo articulado del Estatuto, el *Capítulo XIV* determina el **Sistemas de representación del personal y negociación colectiva**, y en este régimen podemos encontrar algunas singularidades de cierta importancia. En todo caso, revela una opción de política jurídica que, con todas sus limitaciones, unas normativas y otras estructurales u organizativas, pretende convertir la negociación colectiva en un instrumento fundamental tanto de regulación como de gestión del personal al servicio de las organizaciones sanitarias.

La regulación que podemos encontrar en las que venimos denominando «*cláusulas de cierre*» –y que algunos llaman «extravagantes»– ofrece un especial interés, de lo que da ya prueba la extensión de las mismas. La estructura de este conjunto de disposiciones «externas» al cuerpo normativo se articula de siguiente modo. A saber:

Las *disposiciones adicionales*, nada menos que 14, recogen el régimen de situaciones determinadas que reúnen, por diversas razones, caracteres o rasgos específicos que requieren una clarificación o precisión de tipo particular, bien para excepcionar la regulación aplicable con carácter gene-

ral bien para extenderla –v. gr. la aplicación universal o general del régimen de jornada y descansos, al margen de la naturaleza del «vínculo jurídico de su relación de empleo»; «promoción horizontal»...–. Las *disposiciones transitorias*, que son siete, establecen un marco regulador que permita la aplicación gradual o progresiva de las innovaciones que contiene el nuevo régimen de personal que introduce, especialmente respecto de colectivos que precisan de una especial atención, como el personal en formación mediante residencia (DT.1.<sup>a</sup>) o el tradicional «personal de cupo y zona» (DT 3.<sup>a</sup>), así como respecto de determinados aspectos de la regulación.

La *disposición derogatoria*, única, busca la coherencia del sistema, aunque con un éxito relativo –p.ej., no hay referencia alguna al enigmático art. 45.2 LGSS/1974–, para lo cual ha procedido a derogar tanto el artículo 84.1 LGS cuanto los tres Estatutos de personal hasta el momento vigentes –personal médico, sanitario no facultativo y no sanitario–, así como las normas de rango Legal que regularon aspectos parciales de estos Estatutos. Las *disposiciones finales*, tres, precisan ciertos aspectos de técnica jurídica –habilitación competencial y vigencia– y financieros, de forma análoga a lo que se vio respecto de la Ley de profesiones sanitarias.

Realizada esta visión panorámica o de conjunto del Estatuto Marco, pasaremos ahora a realizar un comentario, no exhaustivo sino sucinto, de los principales puntos críticos o de las claves básicas que presenta. A tal fin, el objetivo es ofrecer las necesarias concordancias o correspondencias entre las nuevas reglas legislativas y el sistema de fuentes vigente con anterioridad a la entrada en vigor del Estatuto Marco, así como dejar aflorar, aunque sea en este momento de modo testimonial, algunas de las principales carencias del mismo, que las tiene y muchas.

#### **IV. EL CONTENIDO DEL ESTATUTO MARCO: PRINCIPALES PUNTOS CRÍTICOS DEL RÉGIMEN DEL PERSONAL AL SERVICIO DEL SNS**

##### **1. Las cuestiones generales: naturaleza jurídica, ámbito de aplicación y marco normativo del personal estatutario en el SNS.**

*a) La calificación como función pública profesional especial de la relación de empleo del personal estatutario del SNS.*

El *Capítulo I*, que reza como «Normas Generales», ofrece una regulación de cuatro cuestiones que, precisamente por su alcance general, presenta un particular interés para toda la comprensión del régimen del personal, y no sólo del estatutario, al servicio del SNS. Así, junto al «objeto» de la Ley (art. 1), se precisa, de forma expansiva, el «ámbito de aplicación» de la misma (art. 2), el «*sistema de fuentes*» o marco normativo del personal estatutario (art. 3), y los «*principios y criterios*» inspiradores de este régimen estatutario (art. 4). De estas cuatro grandes cuestiones, no nos cabe ninguna duda que las más relevantes son las relativas tanto a la vocación expansiva con que se deter-

mina el ámbito de aplicación, buscando configurar este Estatuto como un marco normativo aplicable también al personal sanitario laboral y funcionarial, más allá incluso de los «recursos humanos» procedentes de los procesos de transferencias del extinto INSALUD –*vid.* art. 2.3 en relación a DD.AA 2.<sup>a</sup> y 5.<sup>a</sup>–, además de al personal estatutario no sanitario, como la llamada a la regulación de desarrollo por parte de las Comunidades Autónomas.

Ni la expresa calificación del vínculo entre el personal y la organización sanitaria como «relación funcionarial especial» (art. 1), ni el reconocimiento, obligado, del carácter supletorio de «las disposiciones y principios generales sobre función pública de la Administración correspondiente» (art. 2.2), representan novedad alguna, ni formal ni material. Ya se adopte una perspectiva diacrónica o histórica –*vgr.* Ley del Seguro Obligatorio de Enfermedad, de 14-12-1942 y normas reglamentarias– ya se siga una perspectiva sistemática, atenta a una interpretación integradora del ordenamiento jurídico vigente –art. 1.2 y DA 16.<sup>a</sup> Ley 30/1984; art. 3.2 del Estatuto del Personal Médico–, el régimen del personal sanitario ha sido siempre el de un régimen profesional funcionarial, acorde con el carácter de servicio público de su actividad y la organización para la que se presta el trabajo, pero eso sí, muy especial. Así lo entiende, aunque la discusión en la doctrina ha sido importante y aún más en la propia jurisprudencia del TS, la Sala de lo Social, al menos desde 1991, sin distinguir entre titulares e interinos <sup>1</sup>.

No existe, sin embargo, la misma unanimidad a la hora de establecer el grado de incomunicación entre el «estatuto laboral» y el «estatuto funcionarial». Para la opción mayoritaria la desconexión es total, al no aplicarse aquél ni subsidiaria ni analógicamente (STS 19-4-1991). Para otra, minoritaria, al menos cabe predicar una aplicación supletoria de segundo grado respecto del Estatuto de los Trabajadores (SSTS 4-12-1993, 13-5-1993). En este sentido, aún persisten algunos ecos de aquella construcción doctrinal y jurisprudencial que pretendió construir, no sin algunas válidas razones, «un *tertium genus*» de profesionales sanitarios «asalariados», ni «laborales» ni «funcionarios», pues persisten las decisiones judiciales que reafirman el sometimiento a un «régimen estatutario especial», que no sería laboral sino de carácter jurídico-público, de modo que la integración de sus carencias habrá de buscarse con el ordenamiento funcionarial, «a los que dada su naturaleza administrativa se aproxima», pero «*sin perjuicio de que, por la razón de constituir una relación de prestación de servicios, pueda verse también excepcionalmente influida por la normativa laboral en aspectos peculiares de ésta no contemplados en la regulación administrativa*» (STS 6-2-1995).

Naturalmente, no es este el momento para entrar ni tan siquiera mínimamente a analizar la corrección, o la conveniencia, incluso el sentido profundo, de este debate, que nos parece en gran medida artificial y estéril. La incomprensión del significado que tiene esta remisión a un «Estatuto» propio de la relación de empleo del personal al servicio del SNS nos parece, dicho sea con todos los respetos para tantos y tan autorizados autores que se han acercado al tema, una constante. El carác-

<sup>1</sup> *Vid.* SSTS de 11-5-1992, 29-10-1993, 25-4-1994, 11-2-1997, 14-9-1998, 11-5-1999, 9-11-1999, por citar sólo algunas en el mismo sentido.

ter estatutario que tiene toda regulación profesional y el proceso de creciente e imparable, aunque no lineal, convergencia entre los «Estatutos» Laboral y Funcionario, nos parecen datos demasiado infravalorados en los análisis al uso, incluso en el actuar del Legislador.

Además, no se puede ignorar una marcada evolución de la práctica jurídica, tanto en el plano normativo –Fundaciones Privadas al amparo del Real Decreto-Ley 10/1996; Ley 15/1997, 25 de abril; artículo 111 de la Ley 50/1998, en relación a las Fundaciones Públicas Sanitarias– como en el de la gestión ordinaria, que huye –en paralelo al movimiento global de «huida del Derecho Administrativo»– de toda equiparación del Estatuto del personal sanitario del SNS con un régimen jurídico-administrativo, hasta el punto de derivar en crecientes ocasiones, si quiera sea con un objetivo experimental altamente discutible en la opción y, sobre todo, en sus resultados, hacia la configuración como estrictamente laboral. Estos procesos de diversificación de los modelos de regulación del personal al servicio de las organizaciones sanitarias han tenido fortuna desigual en las diferentes Comunidades Autónomas, pues si en algunas ha llegado a convertirse la laboralización como modelo regulador general –ej. Cataluña–, en otras se ha activado un proceso inverso de funcionarización –ej. Navarra–. Ahora bien, ha quedado suficientemente claro desde la puesta en práctica del modelo diseñado por la Ley General de Sanidad (1986), que la búsqueda de formas alternativas de organización y gestión de los servicios sanitarios, practicadas en todos los Servicios Públicos de Salud, se vinculaban, en un alto grado, a la paralela búsqueda de técnicas de organización y gestión más flexibles y menos burocratizadas de personal, vistos y «tratados» cada vez más como «recursos humanos», por lo que con ellos se ensaya, con mayor o menor intensidad, con mayor o menor éxito, algunas de las principales claves de organización «eficiente» y de «calidad» elaboradas para el ámbito de las organizaciones económicamente productivas.

Cierto, en el momento actual la opción político-jurídica favorable a una reconducción, incluso en el plano jurídico-formal, del régimen del personal al servicio de las organizaciones públicas sanitarias hacia el ordenamiento laboral, ha quedado descartada como modelo general. La doble formulación legislativa aquí comentada, el reconocimiento del carácter funcionario de la relación y la expresa llamada, como Derecho Supletorio, al ordenamiento funcionario, ya deducible del artículo 1.5 de la Ley 30/1984, así lo evidencian con nitidez, descartando algunas propuestas que existían en tal sentido (*vid.* INSALUD. *Plan Estratégico. El Libro Azul*. Madrid.1998; ya antes el *Informe de la Comisión de Análisis y Evaluación del SNS*, conocido como «Informe Abril», 1991). Pero no menos cierto es que, como la propia Exposición de Motivos de la Ley 55/2003, y su regulación articulada, se encargan de confirmar, aunque deficientemente, de este movimiento orientado a incorporar en las organizaciones público-sanitarias técnicas de gestión de personal privadas, por su mayor, real o aparente, eficacia y eficiencia, ha quedado la convicción sobre la necesidad de un nuevo modelo de relaciones laborales para este personal, más flexible e individualizado, conforme al acuerdo parlamentario de 1997, en parte deudor de aquellas propuestas «laboralizadoras», que la Ley 55/2003 implementa.

Pero si carente de novedad aparece esta calificación como funcionario, por venir ya aceptada en el sistema de fuentes, y si se muestra, en el fondo, relativa, por las razones arriba esbozadas, no pueden ignorarse, como enseña igualmente un nutrido cuerpo de jurisprudencia, las notabilísi-

mas diferencias que se derivan, en diferentes planos, de esta condición funcionarial. Aunque no podemos entrar ahora a criticar, como merecería, el fundamento de estas interpretaciones, para nosotros de muy dudosa legitimidad constitucional, sí recordaremos algunas de las decisiones más relevantes en este sentido diferenciador. Así, por ejemplo, el personal estatutario no goza del beneficio de justicia gratuita que sí alcanza a los trabajadores por cuenta ajena, en congruencia con el carácter de personal funcionario especial que se les ha atribuido según lo antes dicho (SSTS, 8-4-1998; 2-6-1998, 23-2-2000), naturalmente, salvo que se trate demanda en solicitud de declaración de fijeza, fundada en la existencia de un fraude de Ley y sea reconocida la condición de laboral. Por la misma razón, es doctrina de la Sala Social su exclusión del beneficio que exime de la constitución del depósito para recurrir. Quedan igualmente excluidas normas protectoras del régimen retributivo de los trabajadores asalariados, como las relativas al derecho a la remuneración mayor correspondiente al puesto efectivamente desempeñado (STS 28-4-1993, 9-6-1995) o las horas extraordinarias (STS 10-7-1995, 20-12-1999).

En ocasiones, esta diferente cualidad de trabajador, funcionarial en vez de laboral en sentido estricto, tiene consecuencias positivas para la protección de este personal. Así, por ejemplo, las reglas de prescripción para el ejercicio de las acciones, de modo que queda descartado el plazo más reducido de 1 año del artículo 59.2 LET, siendo de aplicación hoy, no sin dudas anteriores, el mayor de 5 años del artículo 46 LGP (STS 26-11-1998), salvo la regla específica prevista en la DA 1.ª del Real Decreto 1181/1989, habilitado por el ahora derogado Real Decreto-Ley 3/1987, para la reclamación de los trienios reconocidos por servicios prestados antes del nombramiento en propiedad (SSTS 31-3-1999; 7-10-1999). Aunque se trata de una regla especial para la jurisprudencia estaríamos ante una excepción a la regla general de prescripción ampliada, por lo tanto de interpretación restrictiva. Igualmente se revela como más tuitiva, en garantía de la estabilidad en el empleo, el descarte del derecho de la organización empleadora a optar cuando se produzca un cese sin «justa causa», de modo que no estaríamos sino ante actos ilegales que sólo admiten la nulidad (STS 25-1-2000).

En algunos supuestos, la referida calificación de «*tertium genus*» de esta relación de empleo público, que llevaba a crear un espacio propio al margen tanto de la relación funcionarial como de la laboral, ha estado en la base de una práctica de gestión perjudicial para el personal estatutario. Éste es el caso resuelto por la interesante STCo. 99/1999, de 31 de mayo.

Esta sentencia reprocha a una Comisión de Selección encargada de determinar los criterios de valoración del baremo de méritos, relativo al acceso a un puesto de Jefe de Servicio de Medicina Interna de un Hospital, el tratamiento discriminatorio que realizó respecto del personal estatutario de la Seguridad Social, al decidir no valorarle determinado mérito –la posesión de grado personal–, a diferencia de lo sucedido no sólo respecto del personal funcionario sino también del personal laboral fijo. A juicio del TCo., esta equiparación analógica entre funcionarios y personal laboral fijo, a efectos de puntuación por la posesión de un determinado grado personal –figura esta sólo prevista en principio en el marco funcionarial [arts. 20.1 a) y 21.2 de la Ley 30/1984]–, no hay razón para no extenderla al personal estatutario de la Seguridad Social, por aplicación del propio criterio material que se aplicó al aspirante en régimen laboral fijo.

Una aplicación que, dicho sea de paso, evidencia igualmente un proceso de convergencia, siquiera sea parcial, no lineal y progresivo, entre los diferentes regímenes. En este sentido, el TCo. no reprocha a la Comisión de Selección que aplicara este criterio material o sustantivo en relación con el personal laboral fijo, entendiendo que, si bien la institución del grado personal o se contempla en la normativa laboral, cabe puntuar por el referido apartado a dicho personal. Y ello considerando el desempeño del puesto de trabajo durante dos años desde la adquisición de la condición de laboral fijo como equivalente a la consolidación de un grado personal, habida cuenta que el grado personal (de los funcionarios públicos) se consolida por el desempeño de un puesto durante dos años continuados o tres con interrupción. Lo que cuestiona el TCo., declarándolo discriminatorio y, por tanto, inconstitucional, es que en relación con el personal estatutario y respecto de ese mismo apartado del baremo de méritos, mantuviera el Tribunal ordinario un criterio formalista.

El correcto juego de la supletoriedad del Derecho del Trabajo en relación al personal estatutario queda fijado en la STSJ de Andalucía/ Málaga, 7-2-2000, que lo aplica para resolver un problema de movilidad funcional en relación a los ATS del Servicio Andaluz de Salud. Conforme ha venido sucediendo en los últimos años, desde mediados de la década de los noventa, al menos, y según confirma el artículo 2.2 de la Ley 55/2003, en relación al referido artículo 1.5 de la Ley 30/1984, ante la ausencia de una regulación específica en el régimen estatutario, ha de acudir al funcional en primera instancia. Ahora bien, a falta de una solución concreta, incluso adecuada en atención a los principios generales que inspiran el régimen estatutario específico, cuya especialidad no puede anularse con una aplicación automática del régimen funcional supletorio, puede acudir al ordenamiento laboral (STS 29-10-2003), ordenamiento común de la actividad profesional dependiente. El criterio doctrinal que, de modo radical, descarta cualquier supletoriedad del ordenamiento laboral no tendría tampoco sostén en el artículo 2.2 de la Ley 55/2003.

*b) El ámbito del Estatuto Marco: la vocación de aplicación general, incluidas las relaciones laborales de empleo sanitario.*

Como precisan los artículos 1 y 3, y aclara la DF 1.<sup>a</sup> de la Ley 55/2003, el nuevo marco regulador es de aplicación al «personal estatutario» de los servicios de salud, de modo que, dado el carácter funcional del mismo, sólo puede entenderse como «normativa básica» a desarrollar por las Comunidades Autónomas. Ahora bien, precisamente por esa vocación o voluntad de convertirse en la Ley que fija «las bases reguladoras» del personal que presta sus servicios para el SNS, el Legislador ha evidenciado con nitidez su pretensión de ir más allá, para convertir este régimen en la ordenación básica de todas las relaciones de empleo en el seno de este tipo de organizaciones.

A este respecto, conviene recordar lo ya evidenciado en orden a los procesos de diversificación de regímenes de personal al servicio de las organizaciones públicas sanitarias, que incluyen claras manifestaciones de «laboralización» –ej. Fundaciones Sanitarias de Alcorcón y Manacor; Hospital Costa del Sol, de Málaga; Hospital de S. Agustín, Linares; Empresas de Emergencias Públicas Sanitarias 061...-. En cierta medida, puede entenderse que este legislador estatutario «especial», funcional y profesional, pretende afrontar un proceso inverso de modo que, al margen de la natura-

leza del vínculo de la relación de empleo que actualmente se mantenga, el marco normativo fundamental sea el de la Ley 55/2003. En consecuencia, podría igualmente concluirse, aunque al respecto la situación es equívoca, que persigue evitar manifestaciones de «fuga del vínculo estatutario» como las recogidas en años anteriores, si bien a cambio de haber aceptado, al mismo tiempo, una flexibilización, desburocratización e individualización del modelo de relaciones laborales sobre el que se construye el nuevo régimen estatutario.

A tal fin, el Legislador emplea diversas técnicas jurídicas. Por un lado, la inclusión dentro de su entero ámbito aplicativo, junto al *personal estatutario del SNS* –sea de los Servicios Autonómicos de Salud, sea del ámbito que, de forma residual, queda todavía en manos de la Administración General, una vez culminado el proceso de transferencias<sup>2</sup>–, «*al personal sanitario*», *funcionario o laboral*, que preste servicios en los centros del SNS «*gestionados directamente por Entidades creadas por las distintas Comunidades Autónomas para acoger los medios y recursos humanos procedentes de los procesos de transferencias*» del extinto INSALUD (art. 2.3). Ahora bien, esta aplicación expansiva o extensiva requiere la concurrencia simultánea de dos condiciones. Por un lado, que las soluciones aportadas por el régimen estatutario *no se oponga a su normativa específica*. Por otro, que esté prevista por *las disposiciones, administrativas o convencionales*, aplicables al personal funcionario y al personal laboral de cada Comunidad Autónoma.

Conforme precisan las Disposiciones Adicionales, queda incluido en esta normativa el personal de todas las Comunidades Autónomas, con especial referencia a la Comunidad de Navarra, dadas las peculiaridades derivadas de su régimen foral (DA 1.<sup>a</sup>, que transcribe la DA 1.<sup>a</sup> de la Ley 30/1999). En el ámbito de la Administración General del Estado, y más particularmente dentro de las Entidades Gestoras de la Seguridad Social, también se hace referencia a la inclusión en el ámbito aplicativo del Estatuto Marco al personal estatutario del Instituto Social de la Marina (DA 11.<sup>a</sup>). Esta última regla incluyente tiene un valor meramente declarativo y clarificador, pues viene tan sólo a confirmar la solución dada por la jurisprudencia, que ante las dudas que suscita el artículo 69 del Decreto 1867/1970, 9 de julio, había aceptado desde antaño el carácter estatutario del personal sanitario del Instituto Social de la Marina (SSTS 3-7-1991; 25-9-1992, 21-12-1993). En cambio, queda excluido el personal militar que preste sus servicios en los centros, establecimientos y servicios sanitarios integrados en la Red Sanitaria Militar (DA 13.<sup>a</sup> 1).

Pero el Estatuto Marco no sólo es de aplicación al personal sanitario, sino también a las diferentes categorías o grupos profesionales que prestan servicios en el seno de estas organizaciones. En estos casos, no sería ya la especificidad de la actividad sino las peculiaridades de la organización empleadora las que evidenciarían la necesidad de un régimen básico común a todos los empleados en este ámbito, al margen de la concreta actividad que realicen. Así, la DA 10.<sup>a</sup> habilita a los servicios de salud para aplicar el régimen estatutario básico también a sus «estruc-

<sup>2</sup> Incluye esta referencia «el órgano o la entidad gestora de los servicios sanitarios de la Administración General del Estado, así como el órgano competente de la Comunidad Autónoma cuando su correspondiente servicio de salud no sea el titular directo de la gestión de determinados centros o instituciones» (DA 8.<sup>a</sup>).

turas administrativas y de gestión» de cada uno de ellos, en la medida en que el artículo 2.1 de la Ley 55/2003 no integra sólo al personal sanitario, facultativo –médicos– o no –ATS/DUE–, sino también al no sanitario, que ahora se define como aquel que, en virtud de nombramiento, desempeñan «funciones de gestión» o cualquier profesión u oficio que no tenga carácter sanitario en centros e instituciones sanitarias del SNS.

Pero no es la de la inclusión indiscriminada y directa dentro de su ámbito aplicativo la única técnica que, para expresar esta voluntad de aplicación generalizada del Estatuto Marco, utiliza el Legislador. En segundo lugar, también acude a una *técnica de irrupción o irradiación de aspectos concretos* de este régimen en relaciones de personal al servicio de organizaciones públicas sanitarias que, conforme al referido proceso de diversificación y flexibilización organizativa y de gestión de recursos humanos, mantienen un vínculo diferente. Así sucede, por ejemplo, respecto a la jornada de trabajo y descansos. A tal fin, la DA 2.<sup>a</sup> considera aplicable esta regulación, contenida en la Sección 1.<sup>a</sup> del Capítulo X, *al personal sanitario en general*, definido conforme a criterios profesionales expresados en el artículo 6 del Estatuto –y la Ley de Profesiones Sanitarias–, al margen de cuál sea la naturaleza jurídica, funcionarial o laboral, de su relación de empleo –también las plazas vinculadas *ex DA 9.<sup>a</sup>*–.

Queda claro que esta irrupción del régimen estatutario en el régimen laboral no convierte a éste en estatutario en sentido estricto, pues se mantiene intacta la naturaleza jurídico-laboral del vínculo. En este sentido, debe recordarse el rechazo que la jurisprudencia social ha tenido respecto a la proyección del régimen estatutario en el régimen laboral, en línea con la animadversión, hoy no muy comprensible, que la jurisprudencia contencioso-administrativa mantiene respecto a la irrupción del régimen laboral en el funcionarial. Una de las manifestaciones más relevantes se ha venido produciendo en el marco regulador del régimen retributivo, ante la negativa a proyectar el régimen del personal estatutario (SSTS 20-9-1991; 24-7-1996; 19-2-1997, 20-3-1997, entre muchas). Ahora bien, en todo caso, esta opción legislativa favorable a una mayor permeabilidad entre diferentes regímenes de personal que presta servicios en la misma organización sanitaria, no dejaría de significar un dato más para ilustrar el proceso de convergencia reguladora, también apreciable en el «Estatuto Profesional Común» promovido por la Ley 44/2003, entre las diferentes relaciones de empleo.

Un proceso de convergencia que tiene su máxima plasmación en el concepto ampliado de trabajador sobre el que se construye el ordenamiento comunitario, fundamento del carácter expansivo de la regulación sobre el tiempo de trabajo, sin perjuicio de reconocer ciertas excepciones. Precisamente en atención a esta previsión flexible del régimen comunitario, la aplicación al personal sanitario especializado en formación tiene un régimen gradual, conforme a la DT 2.<sup>a</sup>. Esta relación es netamente laboral y, conforme a la DA de la Ley 44/2003, de ordenación de las profesiones sanitarias, constituirá una relación laboral especial.

La vocación universal o de aplicación generalizada de este régimen regulador del tiempo de trabajo y descansos llega, asimismo, a las formas de gestión indirecta o descentralizada de los servicios sanitarios por parte del SNS. Así, caen también dentro de este régimen el personal sanita-

rio de los centros vinculados o concertados con el SNS, cuando tales centros estén formalmente incorporados a una *red sanitaria de utilización pública*. No ha de confundirse este supuesto con la situación que genera la prestación de servicios a una empresa, por parte de un profesional sanitario vinculado a una organización pública sanitaria, en virtud de un concierto celebrado con aquella como colaboradora voluntaria en la gestión del Régimen General de Seguridad Social, por cuanto el vínculo estatutario no se ve afectado por este acuerdo (STS 25-3-1993).

La irrupción del régimen estatutario en el régimen laboral admite dos modalidades, como se verá en su momento. Una *supletoria*, en *ausencia de regulación* concertada sobre jornada y descansos en los convenios colectivos aplicables a este personal. Otra *directa*, si, aun existiendo tal regulación convencional, las previsiones del Estatuto *resultan más favorables* que las convencionales (DA 2.<sup>a</sup>).

En este segundo caso, pues, nos encontramos con una clara formulación de un principio de aplicación de normas que, arraigado en el más general principio de favor hacia el trabajador, tiene claras evocaciones netamente laborales (art. 4.1 Ley de Relaciones Laborales/76; art. 3.3 LET/1995). Aunque es claro que el ámbito laboral en el que estas prestaciones se desenvuelven permite la aplicación de este principio, rechazado en el ámbito de la función pública por la jurisprudencia de la Sala 3.<sup>a</sup>, no es dudoso que tras esta regla se encuentran las exigencias del principio de igualdad de trato y la garantía de coherencia del sistema sanitario en su conjunto. En este sentido, la búsqueda de regulaciones homogéneas y equitativas entre el personal al servicio de instituciones sanitarias públicas y el de instituciones sanitarias privadas, ya recogida igualmente en la referida Ley de Profesiones Sanitarias, cuenta con significativos precedentes (ej. Fundación Jiménez Díaz, STS 22-12-1993).

En tercer lugar, este principio de aplicación general encuentra otra manifestación en la Ley, de mayor radicalidad, por cuanto no pretende racionalizar la diversidad mediante una aplicación general y uniforme, sin perjudicar la subsistencia de la pluralidad de vínculos organizativos y de gestión de personal al servicio del SNS, sino lisa y llanamente eliminando la diversidad. Así queda claramente expresado en la DA 5.<sup>a</sup> –en realidad es trascripción de la D.A 6.<sup>a</sup> de la Ley 30/1999–, en cuya redacción subyace el deseo del Legislador, compartible por muchas razones en el plano teórico pero que ha encontrado siempre grandes resistencias en la práctica, de acabar con la irracionalidad que supone mantener diferentes regímenes jurídicos para el mismo o análogo trabajo. La proclamada, y ansiada, «integración» de estos diversos regímenes de personal buscaría «*homogeneizar las relaciones de empleo del personal...*»<sup>3</sup>.

<sup>3</sup> No obstante, este favor por la incorporación al vínculo estatutario no es nuevo. Así, la OM de 29-3-1990, que desarrollaba el Real Decreto 1206/1989, que a su vez era desarrollo del artículo 39.5 de la Ley 37/1988, LGP/1989, preveía la opción para los médicos de urgencia hospitalaria, con vínculo laboral (STS 31-7-1991), al Estatuto Médico.

La complejidad de este proceso de retorno a un solo régimen, el estatutario profesional especial, explicaría el carácter potestativo del mismo para las Administraciones Públicas y voluntario para el personal afectado. Una previsión análoga a la que se realiza respecto del tradicional, y muy conflictivo judicialmente, personal que percibe haberes por el antiguo sistema de cupo y zona (arts. 112.3 y 115 LGSS/1974). También para ellos se prevé la posibilidad de una integración paulatina, en la forma, plazo y condiciones que en cada Servicio de Salud se fije, en el sistema de prestación de servicios, de dedicación y de retribuciones estatutario (DT 3.<sup>a</sup>). Los médicos, practicantes-ATS o matronas de asistencia pública domiciliaria que, en virtud del artículo 115 LGSS/1974 y diferentes normas reglamentarias, tienen la obligación de atender las tareas propias del personal de la Seguridad Social, mantienen la condición de funcionarios públicos de los denominados Servicios Sanitarios Locales (STS 30-4-1993). No obstante, la cuestión relativa a su retribución viene siendo especialmente problemática, como veremos al exponer el régimen retributivo (STS 5-10-1999).

*c) La persistente complejidad del sistema de fuentes: viejos y nuevos factores político-jurídicos y técnicos de fragmentación reguladora.*

Pero este objetivo de simplificación del marco normativo del personal al servicio del SNS encuentra también momentos de quiebra, en unos casos por razones justificadas, al obedecer a los principios de autonomía –territorial y colectiva– que, con sus ventajas e inconvenientes, definen nuestro Estado, en otros por motivos estrictamente ligados a razones de deficiente técnica jurídica. Unas y otros evidencian un peligro cierto de perpetuar, cuando no incrementar, la enorme complejidad reguladora que desde hace décadas viene caracterizando este régimen de personal, muy por encima de lo que es habitual en un ámbito de regulación socio-laboral, lo que ya es significativo si se tiene en cuenta la estructura normativa plural que tiene cualquier espacio de relaciones laborales, y las que tienen lugar en las organizaciones públicas sanitarias lo son. En esta complejidad, a veces gratuita, residiría parte de la confusión e incertidumbre reinante en este ámbito normativo, con importantes disfunciones aplicativas, por cuanto tanto la localización de la norma «verdaderamente» aplicable como el sentido de la misma se vienen revelando como tareas hermenéuticas de una dificultad extremas, si bien no dejan de ser una manifestación cualificada de las quiebras de seguridad jurídica que produce la deficiente técnica jurídica seguida para regular las materias sociales.

A este respecto, no se elimina por completo ninguno, y en ocasiones se agravan algunos de los numerosos e incisivos factores de dispersión político-jurídica (*profesional* –diferentes categorías: médicos, sanitarios no facultativos, no sanitarios–, *territorial* y *convencional* –fragmentación de las unidades de negociación–), y de índole técnico-normativa (ruptura progresiva de la vocación unitaria de los «estatutos de personal» iniciales; predominio de normas coyunturales; deficiente articulación de las situaciones de sucesión normativa...) que desde mediados de la década de los años ochenta convulsionan este ámbito. Por ello, el inexcusable ejercicio de los poderes de autonomía a los que remite la regulación básica, que sin duda activará un extenso e intenso proceso de diversificación

reguladora en desarrollo de tales bases, deberán tener bien presentes, no ya la vocación generalizadora y uniformadora de la Ley, aunque la primera esté más conseguida que la segunda, sino las exigencias de eficacia y coherencia que están en la base de la reforma del SNS, que la secuencia de Leyes promulgada en el año 2003 ha pretendido cerrar o culminar.

En este contexto, la delimitación del marco normativo sobre personal estatutario del SNS queda conformada, como decíamos, a través de una doble remisión a poderes de autonomía. La *primera remisión* se hace a la aprobación de «*los estatutos y las demás normas aplicables al personal estatutario de cada servicio de salud*».

La remisión viene obligada por el carácter básico de las disposiciones del Estatuto Marco. A falta de una identificación del núcleo regulador mínimo indisponible para las Comunidades Autónomas, salvo en materia de selección de personal y provisión de plazas, dado el carácter básico de la Ley 30/1999, ha debido ser la jurisprudencia, tanto de la Sala Social como de la Sala Contencioso-Administrativa, la que afrontara, de modo casuístico, tan difícil y delicada tarea (SSTS, Sala 3.ª, 28-12-1990, 22-10-1998; Sala 4.ª, 9-2-2000, en relación al régimen retributivo previsto por el Real Decreto-Ley 3/1987). La materia relativa al régimen jurídico del personal estatutario pertenece formalmente a la función pública (DF 1.ª en relación al art. 148.1.18.ª; STS, Sala 4.ª, 14-4-1994), si bien concurre igualmente la competencia en materia sanitaria (art. 149.1.16.ª CE: bases y coordinación general), fundamento normativo de la DA 2.ª. Sólo quedan excluidas de esta caracterización las normas que inciden en el régimen estrictamente laboral, como sucede en relación al personal de este tipo de los centros referidos en la DA 2.ª y al personal especializado en formación –residentes– ex DT 1.ª, que se dicta en el ejercicio de la competencia exclusiva en materia laboral (DF 1.ª, 3).

Como es sabido, dada la diversidad de cauces procedimentales previstos en la Constitución Española para el acceso a la Autonomía, no todas las Comunidades Autónomas han adquirido al mismo tiempo el mismo grado de autogobierno y número de competencias. Esta diferencia de niveles competenciales se proyectó en el ámbito de la gestión de los servicios de salud, de modo que hasta hace bien poco tiempo sólo las Comunidades Autónomas de la llamada «vía rápida» (las del art. 151 CE) contaban con una plena capacidad de organización y gestión en este ámbito. Pero en este momento, todas las Comunidades Autónomas han asumido las competencias para la gestión de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social, al tiempo que han recibido las correspondientes transferencias de bienes materiales y recursos humanos procedentes del extinto INSALUD, por lo que todas ellas podrán desarrollar normativamente el Estatuto Marco en sendos Estatutos Autonómicos.

Ahora bien, la fórmula empleada para concretar esta remisión deja mucho que desear, y deberá ser objeto de una interpretación correctora, a comenzar por los titulares del poder normativo autonómico, por cuanto deja la vía abierta para que haya, al menos teóricamente, más de un Estatuto y, lo que es peor, normas sectoriales de aplicación, quebrando la vocación unitaria que deberían tener. Esta incongruencia legislativa, que pone en peligro la propia vocación de simplificación y articulación coherente del régimen del personal del SNS, ya fue advertida en fase de Enmienda, sin embar-

go fue, como tantas otras, rechazada, lo que carece de justificación técnica –y política– alguna. Cada Autonomía –además de la Administración General del Estado– podría, en apariencia, volver a fragmentar subjetivamente la regulación –tantos Estatutos como categorías profesionales– y multiplicar las normas sectoriales con incidencia en esta regulación.

Este amplio margen de decisión autonómica difícilmente podrá ser corregido en el plano material o de fondo. Las *pautas* o *criterios orientadores* que el Legislador central establece, conforme dispone el párrafo segundo del artículo 3 de la Ley 55/2003, admiten un amplísimo juego al legislador autonómico, pues, con carácter general, y sin perjuicio de aspectos concretos de la regulación de las condiciones de trabajo –las normas sobre jornada son mínimas– y retributivas –la retribución básica es uniforme–, las normas autonómicas no estarán vinculadas más que por «los *principios*» establecidos en la Ley, las «*peculiaridades*» del *ejercicio profesional sanitario* y las «*características organizativas de cada servicio de salud y de sus diferentes centros e instituciones*». Este último criterio se orienta más a reforzar la especificidad organizativa y, por tanto, las posibilidades de diferenciación autonómica en atención a la concreta opción organizativa y de gestión, que a asegurar un régimen suficientemente compacto o uniforme.

De este modo, tanto la vertiente positiva –orientaciones generales para todo el Estado– como la negativa –límites al ejercicio del poder normativo autonómico– de la normativa básica (STCo. 25/1983) quedan, a nuestro juicio, un tanto diluidas. A este respecto, baste ahora con evidenciar las diferentes opciones de política organizativa y de gestión del personal seguidas por los Servicios Autonómicos, pues si ha dominado hasta el momento la opción abstencionista, de modo que la mayor parte de las Comunidades Autónomas se han limitado a seguir la regulación estatutaria estatal, sin perjuicio de diversificar las fórmulas de ordenación –ej. Andalucía, Valencia (*vid.* arts. 34 y 36 de la Ley 3/2003, de 6 de febrero)...– cabe identificar al mismo tiempo diversas tendencias, que van desde la plena laboralización –Cataluña–, a la reconducción progresiva al régimen funcional general –Navarra–, hasta una reordenación completa del régimen estatutario –País Vasco–.

Pero esta estructura normativa articulada sobre un complejo sistema de relaciones separación-competencia entre bases estatales y desarrollos autonómicos, ya de por sí fuente de conflictos, queda afectada en el diseño legislativo por un tercer sujeto regulador: la autonomía colectiva. La remisión al desarrollo autonómico aparece condicionada por una segunda remisión, de carácter eminentemente procedimental, pero no privada de consecuencias sustantivas: el *Estatuto Autonómico de desarrollo ha de ser previamente negociado* colectivamente. La incidencia de este nuevo poder de autonomía normativa, para cuya regulación se remite al régimen común –y básico– previsto para los funcionarios públicos en la Ley 9/1987, implica igualmente un factor de diversificación, pues es sabido que no existe una única unidad de negociación colectiva, pues a las Mesas Generales y Sectoriales se une la posibilidad de unidades de negociación específica dentro del sector (art. 31.1.3.º y 4.º LORAP). Una opción que, en el marco de la potenciación de la *autonomía de gestión de cada centro*, queda igualmente reflejada en la Ley, en general –art. 3– y de forma concreta –ej. art. 47.1–.

Pero como antes anticipábamos, las quiebras o erosiones del carácter «uniforme» del Estatuto de personal empleado en cada Servicio Autonómico de Salud no se producen sólo por la influencia o el juego de los diferentes poderes de autonomía normativa –y de gestión– a los que remite el Legislador, y que ya venían funcionando en esta dirección fragmentadora, sino también por la incidencia de las normas sectoriales, que rompen la vocación unitaria de todo Estatuto de Personal. Ciertamente, estas fallas de ordenación sistemática se producen ya en el mismo ámbito central de regulación, por cuanto el Estatuto Marco remite la regulación sustancial de varios de sus núcleos de regulación al ordenamiento común, sin perjuicio de salvaguardar o establecer ciertas «peculiaridades», de mayor o menor envergadura o alcance. Ahora bien, también en el ámbito de los desarrollos autonómicos se permite, según el tenor literal del artículo 3, párrafo primero, inciso final, esta incidencia de la legislación sectorial –«y las demás normas aplicables al personal estatutario de cada servicio...»–.

Esta aplicación del ordenamiento «común», unas veces se hace por remisión al régimen *funcionarial* –por ejemplo, estructuras de representación y sistema de negociación colectivos (art. 79 Ley 55/2003); normas sobre conciliación de la vida laboral y familiar; régimen de incompatibilidades (arts. 76 y 77); también, aunque en bastante menor medida, dada la extensión del régimen específico, las situaciones administrativas, pues el Capítulo XI hace frecuentes remisiones al régimen funcionarial (ej. art. 62.3; art. 64)–. Pero en otras se remite a la ordenación *laboral* –régimen de la libertad sindical y el derecho de huelga; el nuevo régimen reforzado de tutela antidiscriminatoria introducido por la Ley 62/2003; la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, PRL, sin perjuicio de sus desarrollos específicos y reglas de adaptación; ¿la legislación procesal?...–. Además, ha de tenerse en cuenta, una vez aprobada la Ley 44/2003, la *legislación profesional, al menos en relación a los colectivos de personal sanitario* –ej. art. 40.4: remite a una aplicación adaptada del sistema general de reconocimiento del desarrollo profesional–.

Asimismo, aunque sí queda clara la voluntad de acabar con la ordenación sectorial de ciertos aspectos del régimen de este personal, que hasta el momento han contado con una regulación legislativa y/o reglamentaria específica, al margen de los Estatutos de Personal iniciales, una vez más el confuso y aplazado juego de las normas relativas a la *sucesión normativa*, impiden que esta finalidad legislativa sea una realidad de presente, por lo que habremos de esperar a la entrada en vigor plena de la nueva regulación. La vocación abrogatoria del Estatuto Marco, que le lleva a considerar formalmente derogados los Estatutos de personal que han venido hasta el momento, si bien ya de forma muy parcial y en todo caso inadecuada, rigiendo esta materia, queda inmediatamente corregida o en suspenso, en virtud de la DT 6.<sup>a</sup> (aplicación paulatina). Analizaremos esta situación al comentar el alcance, muy diluido, de la DD Única.

*d) Los «principios» del modelo de relaciones laborales para el personal estatutario: entre la estabilidad y la eficiencia en la gestión.*

En cumplimiento de la vertiente positiva del carácter básico de una normativa, el Estatuto proporciona algunas orientaciones de carácter general que, dada su consideración como «estatuto míni-

mo uniforme» en todo el Estado, ha de regir el desarrollo autonómico. A estas pautas o guías, el artículo 4 las denomina genéricamente el Legislador como «principios y criterios» informadores de la ordenación del nuevo régimen.

Queda claro que la calidad de técnica jurídica brilla por su ausencia, pues una vez más encontramos una amalgama de cosas. Pues mientras que unos principios son comunes a cualquier regulación –ej. el *principio de legalidad*, formal y material; el *principio de lealtad institucional*...–, otros son comunes a toda relación funcional –*principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad* en el acceso a la condición de personal estatutario–, incluso comunes, al menos en teoría, a toda relación profesional dependiente –el *principio de estabilidad en el empleo*, el *principio de igualdad de oportunidades*; la *libertad de circulación de trabajadores*, el *principio de participación de los trabajadores, a través de las organizaciones sindicales, en la fijación de las condiciones de trabajo*–. Además, unas reglas representan auténticos principios jurídicos informadores del modelo de ordenación de las relaciones laborales del personal estatutario, y otras son más bien garantías de efectividad de los mismos –ej. dedicación prioritaria al servicio público y transparencia de las actividades privadas; responsabilidad en el ejercicio profesional y objetividad como garantía de imparcialidad y calidad en el desempeño de las funciones...

En realidad, es difícil encontrar en este elenco de principios y garantías criterios seguros y comprometidos de regulación para los legisladores, y negociadores, autonómicos. En este sentido, el claro refuerzo de la «estabilidad en el empleo», exigiendo una «*programación periódica de las convocatorias*», ciertamente supondría, de cumplirse, una auténtica «revolución» en la práctica de acceso a los servicios sanitarios, habituados a permanentes consolidaciones extraordinarias y excepcionales de empleo (la compleja e incierta gestión de los procesos de selección y provisión abiertos por la Ley 16/2001 son un buen ejemplo). Lo mismo podría decirse de una gestión planificada, eficiente, transparente, objetiva..., pues un mínimo conocimiento de la situación de improvisación, caos e inequidad en que se desenvuelve la práctica ordinaria de gestión de los Servicios de Salud evidencia que no será suficiente con estas precisiones para eliminar años y años de modelos y experiencias viciadas. La insistencia formal en valores y garantías de «transparencia» es comparable al «oscurantismo» y anomalía que usualmente domina la gestión en este sector.

En esta misma dirección de resaltar no sólo la vacuidad práctica de algunas de estas formulaciones teóricas, sino sus contradicciones en el funcionamiento diario, es oportuno recordar el énfasis que la Exposición de Motivos pone en la «*importancia y necesidad en el sector sanitario*» del personal temporal. El reconocimiento del tradicional principio de estabilidad en el empleo, además de no representar novedad alguna como formulación legal, encontraría un claro desmentido con la proliferación de modalidades de empleo temporal, que, con su «consolidación fáctica», luego determinarán un proceso, primero convencional –corporativo– y luego legislativo, «extraordinario» de consolidación jurídica... y vuelta a empezar. Inestabilidad e inseguridad jurídica son dos monedas de uso corriente en este ámbito, tal y como viene reconociendo la mucha jurisprudencia recaída en estas cuestiones.

## 2. La diversidad de actividades y formas de prestación de servicios del personal estatutario: su incidencia en el régimen jurídico.

La prestación de servicios para las organizaciones públicas sanitarias admite múltiples modalidades de ejercicio y ordenación, acorde con la complejidad organizativa y la pluralidad de actividades que caracterizan este servicio público. Los tres criterios que habitualmente han marcado con mayor intensidad las diferencias de régimen jurídico de estos diferentes colectivos de profesionales son: el nivel del título exigido, la función desarrollada, sanitaria o no, y el tipo de nombramiento, fijo o temporal. Estos 3 criterios aparecen recogidos ahora en el artículo 5 y desarrollados a lo largo del Capítulo II.

Atendiendo a la función desarrollada, se distingue entre «*personal sanitario*» (art. 6) y «*personal de gestión y servicios*» (art. 7). El primero ostenta esta condición en virtud de nombramiento expedido «*para el ejercicio de una profesión o especialidad sanitaria*» (art. 6.1), mientras que el segundo lo es para el desempeño de «*funciones de gestión o para el desarrollo de profesiones u oficios que no tengan carácter sanitario*» (art. 7.1). En consideración al nivel académico del título exigido para el ingreso, el personal estatutario sanitario se clasifica (art. 6.2) distinguiendo entre personal de *formación universitaria* (Licenciados –con título de especialista en Ciencias de la Salud o Sanitarios– y Diplomados –título de Especialista en Ciencias de la Salud y Sanitarios–) y de *formación profesional* (Técnicos Superiores y Técnicos). Por lo que respecta al personal de gestión y servicios (PGS), junto al de formación universitaria (Licenciados y Diplomados o título equivalente) y profesional (Técnicos Superiores y Técnicos o títulos equivalentes), se reconoce una categoría residual, que considera como «otro personal» a las categorías en las que se exige «certificación acreditativa de los años cursados y de las calificaciones obtenidas» en la ESO, o título o certificado equivalente (art. 7.2).

Al margen de recordar la conexión de este aspecto con el ordenamiento educativo, universitario y formación profesional, así como el profesional –Ley 44/2003–, lo más destacado es determinar si esta diversidad de categorías profesionales llevará, en las diferentes regulaciones autonómicas de desarrollo, a mantener la diversidad de Estatutos de Personal en atención a la «categoría profesional», como ha venido sucediendo hasta ahora. Más allá de constatar la nítida vocación de generalidad aplicativa de la Ley 55/2003, cualquier solución aparece incierta, tanto en el plano normativo como en el plano práctico. En el plano normativo, la llamada a salvaguardar en todo caso las peculiaridades de las profesiones sanitarias y el carácter potestativo que, para los Servicios de Salud, tiene la extensión del régimen estatutario básico a los servicios administrativos y de gestión, son datos que manifiestan una opción contraria a la anulación radical de la diversidad, que llevaría a una regulación uniforme que las propias diferencias de actividad hacen inviable.

En esta misma dirección diversificadora apunta una interpretación sistemática del artículo 3 y la DT 6.<sup>a</sup> de la Ley 55/2003. Mientras el primero hace una remisión en plural a los «Estatutos» de cada Servicio de Salud, el punto 1 letra b) de la DT 6.<sup>a</sup> mantiene la vigencia, «en tanto se procede a su regulación en cada servicio de salud», de los Estatutos iniciales relativos a «categorías profesio-

nales» del personal estatutario y a las funciones de las mismas. Como se sabe, se trata del Estatuto jurídico del personal médico de la Seguridad Social, aprobado por Decreto 3160/1966, de 3 de diciembre, y las disposiciones que lo modifican, complementan y desarrollan; el Estatuto de personal sanitario no facultativo, aprobado por la Orden de 26-4-1973; el Estatuto de personal no sanitario de las instituciones sanitarias, aprobado por la Orden de 5-7-1971, y las disposiciones que lo modifican, complementan y desarrollan. Las críticas sobre su desfase u obsolescencia y sus incoherencias son tan ácidas y difundidas, desde hace ya décadas, que no merece la pena en este momento volver sobre ellas, por lo que sólo hay que esperar que el desarrollo autonómico se produzca en el menor tiempo posible para no neutralizar por completo la voluntad de remozadora del Estatuto.

Por su parte, la jurisprudencia que ha venido interpretando los muchos y complejos conflictos suscitados por esta incierta e incoherente regulación reglamentaria deja clara constancia de la existencia de un marco de soluciones comunes, en particular a la dinámica de constitución y funcionamiento de la relación de prestación de servicios, al tiempo que otras cuestiones, más vinculadas a la actividad asistencial típica de las organizaciones sanitarias, como tiempo de trabajo y régimen retributivo complementario –no así el básico–, admiten y requieren reglas específicas. La propia evolución de las regulaciones sectoriales ha ido en la línea de unificar la regulación de diferentes aspectos que, hasta ese momento, aparecían dispersos y variados (ej. Real Decreto-Ley 3/1987).

En todo caso, conviene evidenciar que entre un extremo u otro existen situaciones intermedias que quizás respondan mejor al objetivo de aplicación general, pero no necesariamente uniforme, del Estatuto Marco del personal al servicio de las organizaciones públicas sanitarias. La vocación expansiva, recogida en el artículo 2.1, es y debe ser compatibilizada con la especificidad de cada categoría profesional y cada función realizada en el seno de estas organizaciones, como por lo demás suele suceder en el ámbito de esos específicos «Estatutos profesionales» que constituyen los convenios colectivos, que permiten una regulación en texto único de situaciones diferentes. A este respecto, no debe olvidarse que los Estatutos Autonómicos deben ser negociados (*vid.* art. 3 y art. 11.4). Un principio de seguridad jurídica, e incluso otro de economía normativa, llevaría a respetar en el mayor grado posible el objetivo de simplificación reguladora que inspira el Estatuto Marco, aunque luego no haya sido suficientemente preciso al respecto.

Pero si la suerte reguladora de la diversidad de Estatutos en atención a «categorías profesionales» –Estatutos «de categoría»– es incierta, no sucede lo mismo respecto del otro criterio diferenciador relevante para la ordenación del personal estatutario, el que atiende a la duración del vínculo por el que se formaliza la prestación de servicios. A este respecto, en coherencia con una marcada evolución normativa y de la jurisprudencia constitucional, así como comunitaria, a favor del reforzamiento de la igualdad de trato, la Ley 55/2003 es bastante clara a la hora de extender los derechos y condiciones de trabajo que regula al personal temporal (art. 9.5).

Ahora bien, en lo que ya no es suficientemente preciso, antes al contrario, es en relación a cuál va a ser la política de los Servicios de Salud en relación a esta forma temporal de acceso al empleo público sanitario y prestación profesional de servicios. La proclamación de la estabilidad en el empleo

no es en modo alguno garantía para corregir las profundas anomalías que, al respecto, sufren los diferentes Servicios Sanitarios, en los que prolifera el recurso a diferentes modalidades de empleo temporal, en particular en la forma de contrato laboral, más flexible, pese a contemplar los Estatutos de personal, todavía hoy vigentes, modalidades de contratación no fijo. La gravedad y extensión de este fenómeno, que alcanza la calificación de auténtica «patología» de gestión, queda perfectamente constatada con la frecuencia que se recurre a normas de carácter extraordinario para consolidar, más bien para «regularizar», en vía jurídica lo que se impone en vía fáctica, por supuesto con la tolerancia y permisividad sindical. Es cierto que estas anomalías patológicas, que llevan al crecimiento continuo del personal temporal, son «males» extendidos en el empleo público, pero también es cierto que son más graves en organizaciones que presuponen las ventajas de la estabilidad para garantizar la calidad del servicio que prestan.

La Ley define lo que entiende por «personal estatutario fijo», que es el que obtiene un nombramiento permanente, forma actualizada de designar la arraigada idea de «titular en propiedad», STS 15-10-1996. La Ley silencia, por completo, el alcance del engendro jurisprudencial relativo al «personal indefinido no fijo» –personal indefinidamente temporal, conforme a la última jurisprudencia en materia, pero que habrá de entenderse aplicable cuando concurren los presupuestos–. Pero lo más relevante del capítulo se dedica a regular la figura del «personal estatutario temporal». A tal fin, regula las causas habilitantes para formalizar prestaciones de este tipo, las modalidades adecuadas para su cumplimiento, las causas de cese de los correspondientes nombramientos y una regla de garantía de derechos de este personal. Si en relación a las modalidades previstas de nombramiento no hay sustancial diferencia entre la regulación actual y la de los Estatutos preexistentes, sí se produce, en cambio, una significativa reordenación de las causas, más acorde con la comprensión que en el ordenamiento laboral se tiene de aquellas figuras, si bien tampoco pueden entenderse como coincidente.

A este respecto, entendemos perfectamente apreciable el denunciado favor por introducir un régimen más flexible a la hora de acudir a estas formas de prestación temporal, quizás con la idea de provocar un desplazamiento del actual uso masivo de las figuras de contratos temporales, laborales, por un retorno a estas modalidades estatutarias de personal temporal. Aunque es claro que la promulgación de esta regulación no impide que los Servicios Públicos de Salud puedan seguir acudiendo a las modalidades laborales, como no lo ha impedido hasta ahora la existencia de un régimen análogo, no parece descabellado pensar que la aprobación de los desarrollos autonómicos provoque una reorientación de esta política. No obstante, tampoco confiamos en que, vista la experiencia de años, tal situación correctora se produzca.

A las razones de urgencia y de desarrollo de programas de carácter temporal, coyuntural o extraordinario, que admiten algún control sobre la corrección de su uso, se añade una auténtica cláusula general que deja en manos de las organizaciones empleadoras el recurso al personal temporal: «por razones de necesidad» de funcionamiento del servicio, en especial para la garantía de prestación continuada (art. 9.1 y 9.3). A tal fin, distingue tres modalidades de nombramiento temporal, regulando tanto la causa de la contratación como los motivos de cese. Si el de interinidad por vacan-

te (art. 9.2) y el de (interinidad por) sustitución (art. 9.4) responden, en su sustancia, a sus homónimos en el ámbito laboral, es evidente que el *nombramiento de carácter eventual* tiene un alcance más extenso que el contrato eventual. Se prevé para:

- Prestar servicios concretos de carácter temporal, coyuntural o extraordinaria.
- Prestar servicios necesarios para garantizar el funcionamiento continuado.
- Para servicios complementarios de una reducción de jornada ordinaria.

A la vista de estos supuestos queda patente que el nombramiento eventual pierde cualquier connotación residual o marginal para evidenciar un uso normalizado del mismo, en la medida en que cubre situaciones tanto típicamente temporales como ordinarias. Aunque el tercer supuesto sugiere su conexión con la modalidad de sustitución, la nueva regulación descarta la posibilidad de acudir al nombramiento eventual para sustituir plazas ocupadas durante la baja justificada de quien tiene reserva de puesto, como sí prevé el todavía vigente artículo 14 del Estatuto del Personal Sanitario no Facultativo. Naturalmente, esta diferencia tiene efectos igualmente en el momento del cese, pues es claro que éste se producirá cuando se realice o cumpla la causa que lo motivó (nombramiento sometido a condición resolutoria), venza el plazo fijado (nombramiento a término) o se amortice el puesto ocupado. En la situación precedente –pero todavía vigente en virtud de la DT 6.<sup>a</sup>–, la distinción con nombramiento de sustitución se diluía en el momento del cese (SSTS 25-7-1995, 7-3-1997, 7-7-1998).

Como instrumento o regla de control preventivo de situaciones fraudulentas se prevé que cuando se realicen «*más de dos nombramientos para la prestación de los mismos servicios por un período acumulado de 12 o más meses en un período de dos años, procederá el estudio de las causas que lo motivaron, para valorar, en su caso, si procede la creación de una plaza estructural en la plantilla del centro*» (párrafo 2.º, art. 9.3). Los interrogantes que esta regulación inicialmente tuitiva de la estabilidad en el empleo presenta son múltiples, pues se establece una garantía muy debilitada, por cuanto no genera ningún derecho ni tan siquiera expectativa jurídica, sino tan sólo un deber de analizar la situación o valorarla, manteniendo la discrecionalidad de la Administración. Además, no se sabe a quién corresponde ese deber de análisis o valoración, si es unilateral o debe ser compartida con los sindicatos. En todo caso, sí ha de valorarse positivamente el que se trate de llevar a este ámbito socio-laboral algunas de las previsiones de la normativa comunitaria sobre relaciones de duración determinada –Directiva 99/70/CE–, que pese a su transposición al ordenamiento laboral adolece de importantes carencias.

En cambio, no hay ninguna regla expresa en torno a las usuales limitaciones temporales para los nombramientos de interinidad por vacante. Sí podemos encontrar una previsión de este tipo en los Estatutos de personal por «categoría profesional», insistimos que vigentes hasta que no se aprueben los desarrollos autonómicos, como el artículo 51.1 del Estatuto del Personal Médico, que prevé

una duración de 9 meses como máximo para el vínculo de quien desempeñe una plaza de forma interina y a falta de cobertura reglamentaria. No obstante, es también sabido que la jurisprudencia no da a este plazo un valor extintivo por sí mismo, sino un alcance de mandato a la Administración para que proceda al cumplimiento de sus deberes (STS 21-9-1994).

A este respecto, es jurisprudencia consolidada que la superación de los topes máximos de carácter temporal señalados para la interinidad no priva al interino de continuar con la prestación, que se mantendrá hasta que sea cubierta «en propiedad», admitiéndose incluso la novación de la causa que propició el nombramiento (SSTS 16-6-1994, 15-12-1997). Alguna excepción se prevé en determinados supuestos, cuando medie una decisión judicial, que se entiende título suficiente para extinguir el vínculo (STS 4-10-1994). Ahora bien, esta superación del tiempo tampoco da fijeza al vínculo, ni manteniendo su carácter estatutario (STS 21-9-1993) ni trocándolo en laboral, aunque se aluda a «personal contratado», pues las irregularidades de gestión no pueden desnaturalizar el tipo de vínculo (SSTS 14-10-1996, 13-7-1998). En consecuencia, la solución es análoga, en sus resultados, a la que derivaría de aplicar la construcción jurisprudencial sobre el «personal indefinido pero no fijo» de plantilla, como regla transaccional para conciliar la aplicación de los principios del Derecho Administrativo y del Derecho del Trabajo (STS 10-11-1998).

Por tanto, una vez más se comprueba la relatividad de la doctrina jurisprudencial favorable a excluir, en el plano formal al menos, la intercambiabilidad de estatutos normativos. Una idea que, sin embargo, el Estatuto Marco y su vocación de aplicación generalizada parece rechazar o, cuando menos, cuestionar.

### **3. Principios e instrumentos de la planificación participada de personal: el Foro Marco para el Diálogo Social y los Planes de Ordenación.**

La planificación de los «recursos humanos» constituye uno de los ejes cardinales del proceso de modernización del SNS, en los términos en que queda promovido por la Ley 16/2003, definiendo principios e instrumentos de organización y gestión principales a tal fin (Capítulo III). Pues bien, el Capítulo III del Estatuto desarrolla este aspecto fundamental del nuevo modelo de relaciones laborales al que aspira, en garantía de la calidad y la coherencia del SNS, lo mismo que sucediera con la Ley 44/2003.

Como afirma el artículo 12.1, si bien de una forma extremadamente genérica e imprecisa, la planificación de los recursos humanos en los Servicios de Salud «*estará orientada a su adecuado dimensionamiento, distribución, estabilidad, desarrollo, formación y capacitación, en orden a mejorar la calidad, eficacia y eficiencia de los servicios*». Los objetivos prioritarios son, pues, la racionalización de los recursos, tanto en lo que refiere a su programación, que habrá de ser periódica, cuanto a su distribución en el entero Servicio Público, incluyendo la «*reasignación de efectivos*». La planificación perseguiría, en última instancia, hacer compatible la estabilidad con la *flexibilidad del modelo* de gestión del personal que se diseña.

Fijados esos principios orientadores básicamente en las dos Leyes más generales, organizativa y profesional, la normativa incluida en el Estatuto tiene un significado eminentemente instrumental, en cuanto que profundiza en la atribución de competencias y funcionamiento de los órganos ya creados en aquellas Leyes, como la Comisión de Recursos Humanos del SNS, en el plano administrativo, y el Foro Marco para el Diálogo Social. Nos encontramos, pues, ante una típica regulación reflexiva, en la que se establecen reglas de competencia, organización y procedimiento que favorecen o estimulan la autorregulación por los sujetos implicados. La planificación se pretende participada, mediante su concierto institucional y negociación colectiva.

Desde esta perspectiva, de las tres estructuras que prevé –Consejo Interterritorial del SNS, Comisión de Recursos Humanos y Foro Marco–, no cabe duda de que en este ámbito la ordenación más importante es la que prevé respecto de este último. A tal fin, determina tanto la composición como las competencias, configurando el Foro Marco para el Diálogo Social como el «*ámbito de diálogo e información de carácter laboral*» con vista a «promover el desarrollo armónico de los recursos humanos» del SNS (art. 11.1). No es, en cambio, ni un sujeto titular de derechos ni un ámbito de negociación colectiva en sentido propio, aunque sí servirá de marco o lugar para fijar criterios comunes en orden a facilitar o propiciar la constitución y funcionamiento de las correspondientes Mesas de Negociación que, conforme a la LORAP, son los titulares del poder de negociación colectiva. Este es el sentido, a nuestro juicio, del artículo 11.4 aunque su redacción sea bastante confusa y dificulte la comprensión de su verdadero sentido y alcance.

En todo caso, es evidente la voluntad legislativa no sólo de crear espacios de intercambio de información y concertación, técnicas típicas del Diálogo Social, sino también de hacer de la planificación una actividad negociada colectivamente, no unilateralmente, decidida previa evacuación de trámites o consultas a los órganos responsables de esta participación. El reforzamiento de este derecho es manifiesto, a partir no ya del principio de participación mediante la negociación colectiva, sino de sus continuas concreciones. Así, se recoge la obligación de negociar las decisiones derivadas de la reasignación de efectivos y programación periódica (art. 12.2), pero también los «*planes de ordenación de recursos humanos*» (art. 13.2), pues antes de ser aprobados y publicados –o notificados– en la forma que cada Servicio de Salud determine, serán «previamente objeto de negociación en las mesas correspondientes». Lo que no garantiza es el acuerdo. Lo mismo sucede en el artículo 14.2, que obliga a negociar lo que se prefigura como auténticos *sistemas de clasificación profesional*, que de forma elíptica alude como «sistemas de agrupamiento y enumeración de dichos puestos o plazas» (*vid.* arts. 14 y 15).

La Ley también indica cuáles son los instrumentos básicos predispuestos para canalizar esta política concertada, negociada y coordinada de planificación. A saber:

a) *Los planes de ordenación* de recursos humanos (art. 12).

Representan «el instrumento básico de la planificación global de los mismos» dentro de cada Servicio. En ellos se especificarán «*los objetivos a conseguir en materia de personal y los*

*efectivos y la estructura de recursos humanos que se consideren adecuados para cumplir tales objetivos. Asimismo, podrán establecer las medidas necesarias para conseguir dicha estructura, especialmente en materia de cuantificación de recursos, programación del acceso, movilidad geográfica y funcional y promoción y reclasificación profesional». Tienen, pues, un contenido obligatorio y otro potestativo. Además, de fijar el contenido se establecen reglas de forma: libertad de forma para aprobación y publicación, remitiendo a cada Servicio, por un lado, necesidad de negociación por otro.*

*b) La «clasificación profesional» (arts. 14 y 15).*

Aunque no aparece como tal es claro que lo presume. Así, se recoge en los artículos 14 y 15. El primero establece la norma habilitante, más el mandato de realización. Así, dispone que de acuerdo «con el criterio de agrupación unitaria de las funciones, competencias y aptitudes profesionales de las titulaciones y de los contenidos específicos de la función a desarrollar, los servicios de salud establecerán las diferentes categorías o grupos profesionales existentes en su ámbito» (art. 14.1). Precisamente, la integración del personal estatutario en los centros se realizará mediante la «incorporación a una plaza, puesto de trabajo o función».

Los sistemas de agrupamiento y enumeración de dichos puestos o plazas es competencia de cada Servicio de Salud, que en todo caso deberá negociarlo en las Mesas correspondientes. Por su parte, el artículo 15 remite a cada Servicio de Salud la competencia para crear, modificar o suprimir las categorías de personal estatutario. A tal fin, se remite igualmente a las previsiones del Capítulo XIV –negociación– y, en su caso, del artículo 13 (Planes de ordenación de recursos humanos). Se establece igualmente una regla que carga con un deber de información a los Servicios de Salud: deber de comunicar al Ministerio de Sanidad y Consumo las categorías existentes, así como los cambios experimentados en el catálogo de las mismas, a fin de proceder, en su caso, a la homologación, en los términos previstos en el artículo 37.1.

*c) Los Registros de Personal (art. 16).*

Aparecen igualmente como instrumento básico para la planificación de los recursos humanos: en ellos se inscriben todos los que prestan servicios en los respectivos centros e instituciones sanitarios, en los términos fijados por cada Servicio. Una vez más en la búsqueda, sentida casi como obsesión, de la coordinación y funcionamiento armónico del SNS, se fija una regla en tal sentido: el Consejo Interterritorial del SNS acordará los requisitos y procedimientos para posibilitar el tratamiento conjunto y la utilización recíproca de la información contenida en estos registros de personal, integrándose en el Sistema de Información Sanitaria del SNS. Asimismo, este intercambio de información contenida en los Registros de Personal se recoge, previa formalización del correspondiente Convenio entre el Ministerio de Defensa y el Ministerio de Sanidad y Consumo, entre el SNS y la Red Sanitaria Militar (DA 13.<sup>a</sup> 2).

#### 4. El sistema de derechos socio-laborales, individuales y colectivos, y deberes, profesionales y cívicos, del personal estatutario.

Ningún *Estatuto de Personal* que se precie puede prescindir de contener un catálogo o listado, más o menos exhaustivo, más o menos depurado técnicamente, de derechos y deberes del colectivo de trabajadores al que afecta. Por supuesto así aparece en el ámbito de las relaciones de trabajo regidas por el ordenamiento laboral, y así sucede en el de relaciones de trabajo regidas por el ordenamiento funcionarial. Pero también lo hemos visto en relación al Estatuto Profesional Común para las profesiones sanitarias, diseñado en la Ley 44/2003. En consecuencia, el Estatuto Marco no podía prescindir de la regulación de este aspecto. Lo que sí se le podía haber pedido al Legislador es un mayor cuidado a la hora de redactar el catálogo, de modo que evite deficiencias técnicas fácilmente resolubles, como es la reiteración de situaciones o la ausencia de la debida coordinación con otras normas que resultan de aplicación, especialmente si son recientes.

Los **derechos** se dividen, según una formulación clásica, entre individuales (art. 17) y colectivos (art. 18). En el primer grupo, se recogen no sólo derechos laborales, específicos o socio-profesionales e inespecíficos o personales, sino también de protección social. Aunque cumple una función análoga a la del artículo 4 del ET, su estructura y contenidos divergen significativamente, aunque algunas formulaciones evocan el precepto laboral. Entre los *derechos profesionales* se recogen la **estabilidad** en el empleo y la garantía del **ejercicio efectivo** de la profesión (recuerda el derecho laboral a la ocupación efectiva); la **formación**, incluida la continuada y la **promoción**, incluida la movilidad y el desarrollo, **profesionales, el derecho a percibir puntualmente la retribución** e indemnizaciones por razón del servicio.

Entre los *derechos netamente laborales*, se encuentra el derecho a recibir **protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo**, así como sobre riesgos generales en el centro sanitario o derivados del trabajo habitual, y a la información y formación específica en esta materia conforme a lo dispuesto en la LPRL; el derecho **al descanso necesario**, mediante la limitación de la jornada, las vacaciones periódicas retribuidas y permisos en los términos que se establezcan; el derecho **a ser informado** de las funciones, tareas, cometidos, programación funcional y objetivos asignados a su unidad, centro o institución, y de los sistemas establecidos para la evaluación del cumplimiento de los mismos. Como derechos que desbordan el ámbito socio-laboral y profesional para aferrar, al mismo tiempo, los *derechos de la persona* del trabajador, se incluyen el derecho a que **se respete su dignidad e intimidad personal** en el trabajo y a ser tratado con corrección, consideración y respeto por sus jefes y superiores, sus compañeros y sus subordinados; o **a la no discriminación** por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión, orientación sexual o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

Como *derechos de protección social*, se recogen expresamente el derecho a su  **encuadramiento en el Régimen General de la Seguridad Social**, con los derechos y obligaciones que de ello derivan, por lo que la referencia expresa, y salvo lo que luego se dirá, **al derecho a la jubilación**, en los términos y condiciones establecidos en las normas en cada caso aplicables, carece de

justificación técnica, pues es prestación recogida en el RGSS; también se lista, con una formulación ciertamente original el derecho **a la acción social**, en los términos y ámbitos subjetivos que se determinen en las normas, acuerdos o convenios aplicables.

Un derecho específico, que expresa el interés público fundamental que está en la base del servicio público que prestan estos trabajadores, es el relativo a **recibir asistencia y protección de las Administraciones Públicas** y servicios de salud en el ejercicio de su profesión o en el desempeño de sus funciones.

Está claro que no podemos entrar a considerar en profundidad el significado y alcance de esta secuencia de derechos que, por otro lado, tampoco constituyen novedad sustancial al estar ya comprendidos en el sistema de fuentes que venía atribuyéndose, al menos formalmente, otro caso es su práctica, a este personal. Sí llamaremos la atención en este momento sobre algún aspecto que creemos especialmente relevante. En primer lugar, es criticable la alambicada formulación que se da en relación al derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo, pues hubiera bastado con remitir a la LPRL, que ya prevé las peculiaridades propias para la Administración Pública, en cuyo ámbito se inserta este conjunto de relaciones laborales.

En segundo lugar, carece de justificación las deficiencias en la redacción dada al derecho a la no discriminación –un caso especialmente significativo ha sido el del impago de las cuotas colegiales obligatorias para el desempeño de su actividad de ATS/ DUE, a diferencia del personal médico (SSTS 11-7-2001, 24-1-2002, 14-11-2003), en la medida en que *no se recogen, incomprensiblemente, los avances conceptuales ya introducidos en legislaciones que son de aplicación a este colectivo de profesionales*. Así sucede, por ejemplo, respecto de *las discriminaciones indirectas o la prohibición del acoso*, en los términos que resulta de la Ley 62/2003, LMFAOS, de aplicación también al sector público, en coherencia con el ámbito general de la normativa comunitaria.

A este respecto, **deben tenerse en cuenta las modificaciones, aplicables también al personal estatutario, del artículo 31.1 b) de la LRFP** (art. 50 Ley 62/2003), que recoge estos conceptos. La absurda convicción sobre la necesidad de mantener formalmente aislados ambos Estatutos, el laboral y el funcionarial, pese a introducir idénticas regulaciones materiales, lleva a estas reformas deslocalizadas, de modo que pese a existir un Capítulo dedicado a una específica cuestión –la lucha discriminatoria–, luego hay que rastrear como «sabueso» sus efectos por diferentes lugares de esa macro norma legal. El artículo 51 de la Ley 62/2003 ha introducido las correspondientes reformas en la ya rancia y desfasada Ley de Funcionarios Civiles del Estado (Decreto 315/1964), que bien se tiene ganado ya un «digno entierro»,

La formulación de los *derechos colectivos* es aún más deficiente, pues ofrece una imagen claramente reiterativa –el **derecho a la libre sindicación** incorpora el derecho a la **actividad sindical**; el derecho a la seguridad y salud incluye, como parte esencial, el disponer de servicios de prevención–, por un lado, y por otro incompleta –se recoge el **derecho a disponer de órganos de representación en materia de seguridad laboral**, y en general la **participación de las con-**

**diciones de trabajo, pero no se formula** con carácter general, no obstante aparecer como principio general, el **derecho a participar en la organización y gestión del Servicio**, más allá de sus condiciones de trabajo. No obstante, es positivo que se formule en sede legal el reconocimiento de **derechos como la huelga** –a falta de regulación específica la jurisprudencia ha terminado aceptando, no sin resistencias y matices, la aplicación del Real Decreto-Ley 17/1977– **y la negociación colectiva** para el personal estatutario, que tantas dudas ha venido suscitando en la jurisprudencia contencioso-administrativa respecto de los funcionarios. Asimismo, nos parece acertado que se realice, implícitamente, una remisión formal a los ámbitos sectoriales en los que se regulan estos derechos socio-laborales fundamentales de todo trabajador –incluido el **derecho de reunión** laboral y sindical–, sin que esta sectorialización reguladora implique, a diferencia de otras, dispersión o fragmentación injustificadas.

Pero si extenso es el listado de derechos, no se queda atrás el de deberes. Aquí la mezcla de situaciones diferentes alcanza un grado sumo, en línea con la crítica que ya se hizo respecto de la Ley de profesiones sanitarias. El listado, sin embargo, carece de originalidad o innovación. Sumariamente, podemos ordenar el listado en:

*a) Deberes de respeto, institucional y de los derechos de los demás.*

(las normas constitucionales, estatutarias y legales –*deberes cívicos*–; dignidad e intimidad personal de los usuarios; prestar colaboración profesional cuando así sea requerido por las autoridades como consecuencia de la adopción de medidas especiales por razones de urgencia o necesidad...)

*b) Deberes modales: de buena fe, diligencia y corrección.*

(ejercer las funciones con lealtad; cumplir las instrucciones recibidas de sus superiores jerárquicos;...)

*c) Deberes profesionales.*

(ejercer las funciones con observancia de las normas técnicas y deontológicas, o diligencia especial o profesional; mantener debidamente actualizados los conocimientos; cumplir el régimen de horarios y jornada; informar debidamente, de acuerdo con las normas y procedimientos existentes, a los usuarios y pacientes sobre su proceso asistencial y sobre los servicios; mantener la debida reserva y confidencialidad de la información y documentación; cumplimentar los registros, informes y demás documentación clínica).

*d) Deberes de cooperación.*

(colaborar leal y activamente en el trabajo en equipo; participar y colaborar eficazmente en la fijación y consecución de objetivos;...)

En un cierto número de casos responde a la contrapartida del derecho –ej. deber de cumplir con las normas relativas a la seguridad y salud en el trabajo; deber de mantener debidamente actualizados los conocimientos profesionales, reverso del derecho a la formación continua adecuada–. En este sentido, no deja de ser llamativo que el derecho a que se respete su dignidad no sea considerado un deber de cada uno, y sólo se mencione la de los usuarios. Desde luego que es una deficiencia técnica apreciable, incluso relevante, pero sin ninguna consecuencia sustancial, por cuanto está subsumido en otros muchos –deberes cívicos, deberes de buena fe...–.

## **5. El régimen básico de adquisición y pérdida de la condición de personal estatutario: fijos y temporales.**

Los requisitos para el acceso a un puesto de empleo público y para su mantenimiento constituye un aspecto típico del régimen de cualquier relación funcional, regulando las cuestiones relativas a la adquisición y pérdida de la condición de «funcionario», aunque sea en un régimen tan peculiar o especial como es éste. El régimen aquí previsto no tiene excesivas peculiaridades respecto de la ordenación común, por lo que nos limitaremos a destacar sólo los aspectos más señeros, especialmente en relación a la pérdida de la condición de personal estatutario, como son las cuestiones relativas a la nacionalidad, por la actualidad de este tema, y a la jubilación, por la polémica que ha suscitado.

La condición de personal estatutario fijo se adquiere por el cumplimiento sucesivo de los siguientes requisitos –la regulación responde a lo que es una situación absolutamente común y generalizada en el régimen funcional, por lo que en este contexto no requiere mayor comentario–:

- a) *Superación de las pruebas de selección.*
- b) *Nombramiento conferido por el órgano competente (vid. la regulación en el art. 32).*
- c) *Incorporación, previo cumplimiento de los requisitos formales en cada caso establecidos, a una plaza del servicio, institución o centro que corresponda en el plazo determinado en la convocatoria, y siempre que el retraso no le sea imputable o carezca de causa justificativa, pues de lo contrario se produciría el decaimiento de su derecho a obtener la condición de personal (art. 20.3).*

En cambio, son causas de extinción de la condición de personal estatutario fijo:

- a) *Renuncia (art. 22).*
- b) *Pérdida de nacionalidad tomada en consideración para el nombramiento (art. 23).*

- c) Sanción disciplinaria firme de separación del servicio (art. 24).
- d) Penas –principal o accesoria– de inhabilitación absoluta o, en su caso, especial para empleo o cargo público o para el ejercicio de la correspondiente profesión (art. 25).
- e) Jubilación (art. 26).
- f) Incapacidad permanente (art. 27).

En relación a la nacionalidad advertimos el mantenimiento de este arcaico requisito. El artículo 23 establece que la *«pérdida de nacionalidad española, o de la de otro Estado, tomada en consideración para el nombramiento, determina la pérdida de la condición de personal estatutario, salvo que simultáneamente se adquiera la nacionalidad de otro Estado que otorgue derecho a acceder a tal condición»*. A este respecto, el artículo 30.5 a) establece que para poder participar en los procesos de selección de personal estatutario fijo será necesario *«poseer la nacionalidad española o la de un Estado miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo, u ostentar el derecho a la libre circulación de trabajadores conforme al Tratado de la Unión Europea o a otros tratados ratificados por España, o tener reconocido tal derecho por norma legal»*.

Es obvio que el último inciso evidencia el práctico vaciamiento de este requisito. Así, los ciudadanos de aquellos países que, sin disfrutar del régimen de libertad de circulación, introducen un principio de igualdad de trato, una vez que tienen la condición de residente legal tienen derecho a acceder y mantener la plaza.

Por otro lado, el principio de igualdad de trato que establece el artículo 3 LOExIS y la prohibición de discriminación del artículo 22 LOExIS, así como la equiparación plena a los residentes permanentes *ex* artículo 32, determinan que cualquier extranjero residente legal en España pueda ser equiparado, a los efectos de acceso al empleo público, a un nacional –o comunitario–. Aunque esta constatación supondrá revisar un buen abanico de leyes y normas de desarrollo, entendemos que es la única solución adecuada al principio de igualdad recogido en nuestro ordenamiento.

Por lo que refiere a **la jubilación**, y en coherencia con su conformación como funcionario, por tanto en sentido opuesto al régimen laboral, no sólo aparece como derecho sino también como auténtico deber (DA 15.ª Ley 30/1984). El artículo 26.1 reconoce que la *«jubilación puede ser forzosa»*, que será declarada al cumplir la edad de 65 años, salvo que se solicite la prolongación del servicio activo hasta cumplir, como máximo, los 70 años, *«siempre que quede acreditado que reúne la capacidad funcional necesaria para ejercer la profesión o desarrollar las actividades correspondientes a su nombramiento»* y cuente con la debida autorización por el servicio de salud correspondiente, *«en función de las necesidades de la organización articuladas en el marco de los planes de ordenación de recursos humanos»*.

Aunque con una redacción, de nuevo, innecesariamente confusa, que está provocando la proliferación de consultas a diferentes instituciones en orden a determinar cuál es la situación generada, la nueva regulación reduce la edad de jubilación, que está prevista en los Estatutos de personal aún vigentes en los 70 años, y si bien algún Acuerdo Colectivo, previó la jubilación obligatoria a los 65 años, la jurisprudencia consideró que esta materia quedaba fuera de la negociación (STS 9-2-1995). Los condicionantes que la norma legal pone al ejercicio de la facultad de solicitar y obtener autorización para prolongar su vida activa determina, a nuestro juicio, una clara anticipación de la edad de jubilación forzosa para este personal, de modo que no existe un derecho potestativo, como sucede para otras relaciones funcionariales de corte profesional especial, como es el caso de los cuerpos docentes universitarios (*vid.* apdo. 5 DA 15.ª Ley 30/1984, en la redacción dada por la Ley 27/1994).

Sí procederá, en todo caso, la prórroga en el servicio activo, a instancia del interesado y siempre que se acredite capacidad funcional para la profesión, cuando en el momento de cumplir la edad de jubilación forzosa «*le resten seis años o menos de cotización para causar pensión de jubilación*» (art. 26.3). Esta prórroga no podrá ir más allá del momento en que sea completado dicho período de carencia. También se admite la prolongación para el personal estatutario fijo que, a la entrada en vigor de la Ley, cumpla 60 años.

Se trata de un régimen transitorio para evitar los perjuicios que la nueva regulación podría producir, de ahí que sí aparezca como un derecho. Así, en este supuesto, se reconoce la posibilidad de solicitar la prolongación de su edad de jubilación hasta alcanzar los 35 años de cotización a la Seguridad Social, con el límite de un máximo de 5 años sobre la edad fijada en artículo 26.2 –65 años– y siempre que acredite la referida capacidad funcional (DT 7.ª).

Por otro lado, el personal estatutario podrá optar a la jubilación voluntaria, total o parcial, cuando reúna los requisitos establecidos en la legislación de Seguridad Social. Los órganos competentes de las Comunidades Autónomas «*podrán establecer mecanismos para el personal estatutario que se acoja a esta jubilación como consecuencia de un plan de ordenación de recursos humanos*» (art. 26.4, *in fine*). La jubilación aparece en estos casos, como en el ámbito de las relaciones privadas, como un instrumento orientado tanto a la reestructuración de las organizaciones, buscando la reducción de costes, como a la promoción de políticas de reparto de empleo, si bien en este ámbito se ha mostrado más ineficaz. En cualquier caso, debe recordarse que la política de anticipación de la edad de jubilación constituye, en estos momentos, una opción que tiende a configurarse de forma restrictiva, favoreciendo en cambio la opción contraria, favorable a la continuidad en la vida activa, en el marco del fomento de una política de jubilación flexible y gradual (Ley 35/2002, 12 de julio, desarrollada por el Real Decreto 1132/2002, 31 de noviembre).

La recuperación de la condición de personal estatutario fijo depende, como es lógico, de la causa que motivó la pérdida (art. 28). Si se debió a la pérdida de nacionalidad, se podrá recuperar una vez desaparecida la causa que la motivó. Si, en cambio, se vinculó a una situación de Incapacidad Permanente –total, absoluta o gran invalidez–, podrá recuperarse en el caso de que

proceda una revisión de tal declaración, en los términos previstos por la legislación de Seguridad Social. El derecho a la (re)incorporación lo será a la plaza de la misma categoría y área de salud en que prestaba sus servicios cuando aquella revisión se hubiera producido dentro de los dos años siguientes a la fecha de la declaración de IP. En cualquier otro caso, la recuperación de la condición de personal estatutario, sólo supondrá «la simultánea declaración del interesado en la situación de excedencia voluntaria». Por tanto, para que el interesado pueda reincorporarse de forma efectiva al servicio activo deberá cumplir los trámites previstos en el artículo 69 (procedimientos de reingreso al servicio activo), sin que le sea exigible un tiempo mínimo de permanencia en la situación de excedencia voluntaria.

## **6. La regulación de los sistemas de provisión de plazas, selección y promoción interna: recepción material de la Ley 30/1999.**

El modo de acceso a un empleo público mediante una relación funcionarial es, probablemente, el aspecto más directamente influenciado por el ámbito de especialidad que la propia Constitución reserva para la ordenación de este tipo de prestación de servicios, de ahí que precise una regulación particular, inspirada por los principios de igualdad, mérito y capacidad y publicidad. Por ello, aunque tanto la LGSS/1974 como ya antes los propios Estatutos de personal de las instituciones sanitarias regularon los sistemas de selección y provisión del personal estatutario, el legislador, aunque por vías de técnica legislativa más que discutibles, ha buscado desde hace tiempo introducir una regulación más adaptada a las exigencias constitucionales, sin perjuicio de buscar fórmulas que faciliten o flexibilicen el acceso. La regulación vigente antes de la Ley 55/2003 estaba en la Ley 30/1999 que, fruto de la necesidad de dar respuesta a la situación de profunda incertidumbre generada por la anulación de la normativa legal y reglamentaria que había regido la cuestión y a cuyo amparo se habían realizado decenas de convocatorias de plazas (STCo. 203/1998; SSTS, Sala 3.ª, 1-12-1998, 26-2-1999), supuso un claro anticipo de la regulación que ahora contiene el Estatuto Marco.

El contenido de la Ley 30/1999 ha sido en gran medida recibido por la regulación estatutaria, de ahí que la DD Única la derogue de forma definitiva y sin aplazamiento, a diferencia de lo que sucede con el Real Decreto-Ley 1/1999, 8 de enero, del que trae causa la Ley 30/1999. El Real Decreto-Ley 1/1999, que prácticamente se limitó a reproducir los contenidos de las normas legales y reglamentarias anuladas por los Tribunales (art. 34 LPGE para 1990; Real Decreto 118/1991), se mantendrá en vigor, si bien con rango estrictamente reglamentario –así lo preveía ya la DD Única de la Ley 30/1999– y sin carácter básico –recuérdese que existen normas autonómicas en esta materia, como el Decreto 7/2003, de 28 de enero, por el cual se aprueba el Reglamento de Selección y Provisión de Plazas de Personal Estatutario al Servicio de Instituciones sanitarias de la Generalitat Valenciana–, en tanto se produce la modificación por cada Servicio de Salud [DT 6.ª, 1 letra c)]. La regulación resultante evidencia la búsqueda de un equilibrio entre las exigencias de tutela de los derechos de los profesionales, la transparencia necesaria para la tutela del interés público, y la flexibilidad que requiere la modernización. Así aparece con claridad en los criterios generales (art. 29) establecidos por la Ley, entre los que destaca la libertad de circulación y el derecho a la movilidad,

así como el refuerzo de la participación de los profesionales y la planificación eficiente y racional, insistiendo en la periodificación de las convocatorias con vista a corregir la insufrible situación de interinidad que sufre el conjunto del SNS y que, en atención a lo que sucede en la actualidad, no parece que acepte ser revisada a corto plazo.

Las enormes dificultades para llevar a la práctica este nuevo modelo de ordenación de la selección y provisión de plazas de personal estatutario, incluso presumiendo la buena voluntad de todos los sujetos implicados, aparece con claridad, como dijimos, a la vista tanto de las situaciones que ha tenido que afrontar como las generadas por la Ley 16/2001, 21 de noviembre, por la que se establece un proceso extraordinario de consolidación y provisión de plazas de personal estatutario. Aunque, extrañamente, esta Ley no ha sido impugnada ante los Tribunales, lo que evidencia un cierto acuerdo de todos los implicados en la utilidad de la norma para resolver la inestabilidad ocupacional padecida por el entero SNS, su aplicación está siendo objeto de fuertes polémicas y fuente al mismo tiempo de conflictos e incertidumbres. Particularmente litigiosa está resultando el Baremo de la OPE extraordinaria de consolidación de empleo, especialmente en relación a los criterios de valoración de la experiencia profesional obtenida en el desempeño de puestos de trabajo de las correspondientes organizaciones como personal estatutario y los de la formación en el concurso de la fase de selección del proceso extraordinario de consolidación, así como la denominada «Guía de Valoración» del mismo, elaborada por la Comisión de Desarrollo y Seguimiento del proceso (DA 5.ª de la Ley 16/2001 y Orden SCO /982/2002, 30 de abril).

Los mayores problemas se están planteando en orden a determinar los períodos computables de prestación de servicios profesionales realizada por determinados colectivos. Así, aquellos que han obtenido el título de Especialista acogiéndose al procedimiento excepcional previsto en el Real Decreto 1497/1999 (MESTOS), que solicitan atender a toda su experiencia profesional, esto es, incluso los servicios prestados con anterioridad a la obtención del título; o aspirantes que, para la obtención del título de especialista, hayan cumplido el período completo como médico (programa MIR), farmacéutico (programa FIR), químico (QUIR), biólogo (BIR) o radiofísico hospitalario interno residente (RHIR), o bien un período equivalente –en España o en el Espacio Europeo– de formación teórica y práctica, a tiempo completo en centro hospitalario y universitario, o en organismos competentes o bajo su control, participando en la totalidad de las actividades y responsabilidades médicas del Servicio donde se imparta la formación, incluidas las guardias y habiendo obtenido a cambio remuneración, conforme a la Directiva 93/16/CEE, 5 de abril. Están en esta situación los médicos Especialistas que obtuvieron su título con arreglo al Real Decreto 1776/1994, 5 de agosto, que introduce un procedimiento complementario de los mecanismos transitorios previstos en el Real Decreto 127/1984, ante la insuficiencia de dichos mecanismos para determinados licenciados en Medicina y Cirugía. Las divergencias son tales que hay diversos Informes que recogen soluciones diferentes (CC.OO.; Abogado del Estado-Jefe), manteniendo una posición transaccional el reciente artículo 56 de la Ley 62/2003.

El carácter excepcional, no convencional, de este procedimiento –que afecta a miles de profesionales–, explicaría que el propio legislador del Estatuto Marco salve su desarrollo, de modo que no queda afectado por la nueva regulación (DT 5.ª). Aunque no faltan las remisiones

de la Ley 16/2003 a la Ley 30/1999, queda claro que de tratarse de un proceso reconducible a su ámbito regulador no hubiera sido necesario una Ley adicional, por lo que se trata de una Ley Excepcional, cuya constitucionalidad ha sido aceptada si bien sobre parámetros estrictos. El motivo de esta compleja regulación, que actúa como sistema excepcional de selección y provisión de personal, reside en el grave problema de estabilidad en el empleo del personal estatutario del extinto INSALUD, si bien se ha aplicado a diversas Comunidades Autónomas que ya tenían transferidas por completo las competencias en esta materia.

Esta alta precariedad en el empleo no sólo sería incompatible con un modelo eficiente de gestión de recursos humanos en el ámbito público, sino que habría ocasionado importantes problemas en el mantenimiento de la continuidad asistencial, generando una gran incertidumbre entre los profesionales. La finalidad es, pues, transformar el actual empleo temporal en nombramientos estatutarios fijos, procedimiento que se agotará con su resolución. Las dificultades que está encontrando el proceso está quebrando uno de los objetivos buscados con esta solución de excepción, reducir en varios años una estabilización que de aplicarse la Ley 30/1999 –hoy el Estatuto Básico– se hubiera demorado, pues casi 3 años después la situación dista de haber encontrado solución unitaria y definitiva. De ahí, la incidencia en este ámbito de otras Leyes de coyuntura o extraordinarias, aunque se produzcan año a año, como son las Leyes de acompañamiento a los PGE, en este caso el artículo 55 de la Ley 62/2003, que ha prorrogado de nuevo el proceso –hasta 31-12-2004–.

No para estos procedimientos excepcionales, aunque la práctica los haya configurado como «normalizados», sino para los procedimientos ordinarios o convencionales, aunque hasta el momento en la práctica se hayan revelado *rara avis*, queda fijada la regulación en los artículos 30 y siguientes. Las cuestiones afrontadas, una vez fijado los referidos criterios generales, son la convocatoria de selección y requisitos de participación (art. 30; DA 7.<sup>a</sup>); los Sistemas de selección (art. 31) nombramientos de personal estatutario fijo (art. 32) y la selección de personal temporal (art. 33). La promoción interna con vocación indefinida se regula en el artículo 34, y la temporal en el artículo 35. Aunque muchas cuestiones merecerían un mínimo detenimiento –ej. la ponderación del conocimiento de las lenguas autonómicas en las pruebas de acceso, que se sigue revelando como litigioso; cuestiones de nacionalidad, por cuanto se mantiene una regulación tradicionalista; acceso de quienes no tienen la titulación académica pero cuentan con habilitación legal o reglamentaria (DA 7.<sup>a</sup>)...–, aquí nos detendremos a dejar constancia de algún aspecto especialmente relevante.

Así, destaca la regla que fija el cupo a favor de las personas con discapacidad. El artículo 30.6 reserva obligatoriamente «un cupo no inferior al cinco por ciento, o al porcentaje que se encuentre vigente con carácter general para la función pública, de las plazas convocadas para ser cubiertas entre personas con discapacidad de grado igual o superior al 33 por ciento...». El objetivo es alcanzar de forma progresiva el 2% de los efectivos totales de cada servicio de salud naturalmente siempre que «superen las pruebas selectivas y que, en su momento, acrediten el indicado grado de discapacidad y la compatibilidad con el desempeño de las tareas y funciones correspondientes».

La norma legal vuelve a reiterar la vigencia en este ámbito no ya sólo del principio de no discriminación, recientemente reforzado con la transposición de las Directivas aprobadas en esta materia el año 2000 –especialmente la 78/2000/CE–, sino también el *principio de igualdad de oportunidades*, lo que sin duda implica incluir medidas compensatorias de las desventajas. Así, se reconoce la obligación de proceder, cuando sea necesario, «a la adaptación de las pruebas de selección a las necesidades específicas y singularidades de estas personas». La regla es general para cualquier otro ámbito de empleo público, a raíz de la nueva DA 19 de la Ley 30/1984, con la modificación introducida por la Ley 53/2003, sobre empleo público de las personas con discapacidad.

Por lo que refiere a los sistemas de selección, aunque el artículo 31 contempla los habituales –sistema de oposición; sistema de concurso–, formula una preferencia por el *concurso-oposición*. Es conocida esta preferencia, que permite una mayor discrecionalidad y mayor atención a quienes ya están realizando actividad profesional, preferenciándolos claramente sobre aquellos que obtengan mejor puntuación pero carezcan de esa experiencia. De interés, que se incorpore a los «baremos de méritos» en las pruebas selectivas también las «actividades de cooperación al desarrollo o ayuda humanitaria en el ámbito de la salud», norma que incentiva el voluntariado.

El artículo 31.6 permite que los Servicios de Salud prevean supuestos en los que se admite, si bien con carácter extraordinario y excepcional, la selección de personal a través de un concurso, o un concurso-oposición, a través de sistemas de «evaluación no baremada» de la competencia profesional de los aspirantes. Esta evaluación deberá ser realizada a través de un Tribunal, tras la exposición y defensa pública por los interesados de su currículo profesional, docente, discente e investigador. Se admite igualmente, si se prevé en la convocatoria, «un período formativo, o de prácticas, antes de obtener el nombramiento como personal estatutario fijo –regulado en el art. 32–» (art. 31.7). Durante este período, inaplicable a las categorías o grupos profesionales para los que se exija título académico o profesional específico, los interesados ostentarán la condición de *aspirantes en prácticas*.

Reglas particulares que se prevén para la selección del personal temporal (art. 33). Las reglas son las siguientes:

- a) Se efectuará a través de procedimientos que permitan la máxima agilidad en la selección, naturalmente siempre respetando tanto el principio de mérito y publicidad como el carácter participado o negociado de tales procedimientos de selección. Son aplicables los requisitos previstos en el artículo 30.5. Aunque no se hace expresa referencia, son conocidas, por usuales y problemáticas, las «bolsas de trabajo», ordenadas en atención a los méritos de los aspirantes.
- b) Podrá estar sujeto a un período de prueba, durante el que será posible la resolución de la relación estatutaria a instancia de cualquiera de las partes y cuya duración se fija en atención a la cualificación del tipo de personal: tres meses máximo para el previsto en los artículos 6.2. a y 7.2 a), y dos meses máximo para el resto del personal.

Por otro lado, en ningún caso el período de prueba podrá exceder de la mitad de la duración del nombramiento, si ésta está precisada en el mismo. Se exime del sometimiento a este período a quien ya lo hubiera superado con ocasión de anteriores nombramientos temporales para la realización de funciones de las mismas características y en el mismo servicio de salud en los dos años anteriores a la expedición del nuevo nombramiento. Ante el principio de movilidad y coordinación no deja de llamar la atención este último criterio, además de que el período es muy amplio en relación a la previsión contenida respecto a dos o más nombramientos temporales, que es de tan sólo un año –aunque en un período de dos años– (art. 9.3).

Una atención peculiar se dedica igualmente a los procedimientos de promoción interna (STS 22-10-1998), objeto recientemente de reformas por mor de la Ley 62/2003, que afecta al artículo 22 LRFP. A tal fin, se ordenan en dos grandes supuestos: con vocación de permanencia (art. 34) o de carácter temporal –por necesidades del servicio–.

La primera se configura como un derecho del personal estatutario. No sólo porque así se recoge en el catálogo, sino porque la regulación de este precepto presupone el deber de facilitar la promoción interna del personal estatutario fijo. Se establecen ciertos límites –dentro de su servicio de salud de destino, a nombramientos correspondientes a otra categoría que requiera título igual o superior, respeten el principio de igualdad y mérito–. Se admite la posibilidad de contemplar convocatorias específicas «si así lo aconsejan razones de planificación o de eficacia en la gestión» (art. 34.3). Se fijan también los requisitos necesarios para participar en los procesos selectivos para la promoción interna. En cambio, por necesidades del servicio «y en los supuestos y bajo los requisitos que al efecto se establezcan», se prevé la posibilidad de «ofrecer al personal estatutario fijo el desempeño temporal, y con carácter voluntario» a funciones de igual o superior nivel.

El tiempo que dure esta prestación se mantendrá en servicio activo en su categoría de origen, si bien percibirá las retribuciones correspondientes a las funciones efectivamente desempeñadas, con excepción de los trienios, que serán los correspondientes a su nombramiento original. Este período de prestación de servicios no servirá para la consolidación de derecho alguno de carácter retributivo o profesional, si bien puede considerarse como mérito en los sistemas de promoción interna regulados en el artículo anterior.

## **7. Las reglas de movilidad del personal estatutario: entre la libertad de circulación y la flexibilidad de la gestión de personal.**

Entre los principios básicos de la planificación de los recursos humanos, la Ley 16/2002 puso especial énfasis en la «movilidad» dentro del SNS, pues la garantía de esta libertad circulatoria se revela como «uno de los aspectos esenciales de su cohesión» (art. 43). Pero el reforzamiento del régimen de movilidad del personal estatutario no aparece sólo como expresión de un derecho de los profesionales, a circular libremente entre los diferentes Servicios que integran el SNS, y una garan-

tía de efectividad de uno de los ejes ordenadores del mismo, la coherencia, sino también como una exigencia para la planificación eficiente del personal. De ahí, que el Estatuto Marco aporte una regulación ordenada en torno a dos grupos de supuestos de movilidad diferentes:

- a) Movilidad por razón del servicio (art. 36; art. 39).
- b) Movilidad voluntaria (art. 37).

Para el ejercicio de las facultades de movilidad atribuidas a las organizaciones públicas sanitarias se establece el respeto a ciertas garantías, tanto causales como procedimentales. En este sentido, se precisa resolución motivada en acreditadas razones de **buen funcionamiento del servicio**. El ámbito de movilidad viene determinado por el destino a un centro o unidad que supere el ámbito contemplado en el nombramiento. La regulación es la prevista en las «*normas o los planes de ordenación de recursos humanos de su servicio de salud, negociadas en las mesas correspondientes*», que fijarán los criterios que rijan esta política de movilidad y las correspondientes garantías.

Un supuesto especial de movilidad por razones del servicios es el recogido en el artículo 39, si bien con carácter temporal: Comisiones de Servicios. En este caso, junto a las necesidades del servicio, se requiere igualmente que exista una plaza vacante o temporalmente desatendida, pudiéndose cubrir con carácter temporal por personal estatutario de la correspondiente categoría y especialidad.

En estos casos, se garantiza la percepción de una retribución por el trabajo efectivamente percibido, salvo que sea inferior a la percibida en origen, en cuyo caso se mantendrá. También se prevé este supuesto para la cobertura, igualmente temporal, de funciones especiales no adscritas a una determinada plaza o puesto de trabajo (art. 39.2), en cuyo caso las retribuciones siempre serán las de origen. Asimismo, se garantiza el derecho a la reserva de su plaza o puesto de trabajo de origen. Sin embargo, no se establece ningún límite temporal a esta Comisión, pese a que algunas Enmiendas proponían una técnica de control de este tipo.

Para la **movilidad voluntaria**, el presupuesto es la libertad de circulación, que exige garantizar la movilidad en términos de igualdad efectiva. Estamos en una movilidad dentro del entero SNS. De ahí que se establezcan diferentes garantías, como la homologación de las distintas clases o categorías funcionales de personal estatutario y la igualdad de condiciones a todo el personal estatutario fijo de la misma categoría y especialidad (derecho a la igualdad de oportunidades). Para mayor fluidez del procedimiento tendrán carácter periódico, preferentemente cada dos años –la práctica actual es bien diferente–, y el plazo de toma de posesión será de un mes cuando se derive cambio en el servicio de salud de destino. En cambio, para mayor seguridad de los profesionales, los destinos obtenidos por esta movilidad son irrenunciables, salvo que dicha renuncia esté motivada por la obtención de plaza en virtud de la resolución de un procedimiento de movilidad voluntaria convocada por

otra Administración, y se le considerará en excedencia voluntaria por asunto de interés particular quien no se incorpore al destino obtenido en un procedimiento de movilidad, salvo causas suficientemente justificadas.

Para su facilitación se prevé la formalización de convenios de colaboración que posibilitan que el personal funcionario de carrera y estatutario fijo de los servicios de salud puedan acceder, indistintamente, a los procedimientos de movilidad voluntaria establecidos para ambos tipos de personal (DA 12.<sup>a</sup>). Este principio de colaboración se refleja en el artículo 38, que prevé la coordinación y colaboración en las distintas convocatorias de provisión, selección y movilidad, siempre que afecten a varios servicios públicos de salud. Corresponde a la Comisión de Recursos Humanos fijar los criterios y principios de aplicación. El artículo 43 de la Ley 16/2003 prevé la aprobación de un Real Decreto, tras acuerdo del Consejo Interterritorial del SNS y previo informe del Foro Marco por el Diálogo social, que establezca los criterios básicos y las condiciones de las convocatorias y de los órganos encargados de su desarrollo, sin perjuicio de las competencias atribuidas a las Administraciones Sanitarias.

La movilidad también se promueve fuera del ámbito sanitario (DA 3.<sup>a</sup> y en la DA 6.<sup>a</sup>).

## **8. El régimen de carrera profesional: entre el derecho a la promoción profesional y la gestión de calidad de las organizaciones sanitarias.**

La regulación de este importante aspecto, garantía de la calidad buscada con el proceso de modernización del SNS, en el Estatuto se muestra igualmente tributario de la configuración realizada por la Ley 16/2003, en el plano organizativo-institucional, y por la Ley 44/2003, en el plano profesional. Como en estas Leyes, el derecho a la carrera profesional supone el derecho de los profesionales a «progresar, de forma individualizada, como reconocimiento a su desarrollo profesional en cuanto a conocimientos, experiencia y cumplimiento de los objetivos de la organización a la cual prestan sus servicios» (art. 40.2). Los criterios generales del sistema de desarrollo profesional recogidos en la Ley de Ordenación de las Profesiones Sanitarias se acomodarán y adaptarán a las condiciones y características organizativas, sanitarias y asistencias del servicio de salud o de cada uno de sus centros, sin detrimento de los derechos ya establecidos. Su repercusión en la carrera profesional **será negociada**.

De este modo, se comprueba con nitidez la opción del legislador por una regulación estrictamente procedimental y abierta, que renuncia a fijar líneas o criterios suficientemente precisos, más allá de las vagas formulaciones que aporta, para remitir prácticamente en blanco a los poderes de autonomía, tanto territoriales como convencionales. Así, **competente a la Comunidad Autónoma, previa negociación, establecer los mecanismos de carrera profesional** «de acuerdo con lo establecido con carácter general en las normas aplicables al personal del resto de sus servicios públicos, de forma tal que se posibilite el derecho a la promoción de este personal conjuntamente con la mejor gestión de las instituciones sanitarias».

A una razón subjetiva, la tutela del patrimonio profesional del trabajador de la organización sanitaria, se añade una razón institucional, la mejora permanente de la calidad –y eficiencia– de estas organizaciones. La necesidad de no poner en peligro la Coherencia del SNS, hace que la norma sí cuide de establecer una vía para tratar de garantizar la plena coordinación de modelos de carrera profesional. Así, compete a la Comisión de Recursos Humanos del SNS establecer «*los principios y criterios generales de homologación de los sistemas de carrera profesional de los diferentes servicios de salud, a fin de garantizar el reconocimiento mutuo de los grados de la carrera, sus efectos profesionales y la libre circulación de dichos profesionales en el conjunto del Sistema Nacional de Salud*». La promoción profesional y la libertad de circulación, como derechos básicos del personal estatutario y como principios inspiradores del SNS, vuelven a aparecer estrechamente vinculados.

## 9. El régimen retributivo del personal estatutario: la estructura salarial.

La elección del modelo concreto de retribución aplicable al personal estatutario se vincula estrechamente al paradigma de gestión en cada momento impulsado por los servicios sanitarios, en unos casos más propios de una actividad organizada conforme a criterios sustancialmente análogos a las organizaciones basadas en la competencia gestionada, en otros más próximos a una actividad organizada como servicio público. La constatación del peso real de los salarios en el gasto total de la Sanidad Pública es un dato igualmente revelador, ahora en el plano cuantitativo, de la importancia que asume la ordenación del sistema de retribución del personal al servicio del SNS. En definitiva, cómo y cuánto pagar al personal estatutario, en particular a los profesionales sanitarios, se ha convertido en una cuestión estratégica en el actual marco de reformas, en particular en orden a conseguir tanto un mayor nivel de calidad como de eficiencia en la gestión del Servicio de Salud. La cuestión de la individualización de las retribuciones, como fórmula de implicación del profesional a través de un sistema más adecuado de incentivos retributivos, emerge también en este ámbito de relaciones laborales como uno de los aspectos de la revisión de los modelos clásicos de retribución «salarial».

No puede extrañar, por tanto, que el Estatuto Marco, como ya preveía el artículo 84 LGS, afronte esta cuestión desde el reconocimiento de la necesidad de implantar parámetros de este tipo, típicos de organizaciones competitivas (art. 41.2), si bien se limita básicamente a recoger la estructura salarial, en términos análogos a los ya vigentes en virtud del Real Decreto-Ley 8/1987. Esta norma de rango legal vino, a su vez, a desplazar al sistema retributivo vigente por mor del artículo 116.2 LGSS/1974, la Sección 1.ª del Capítulo IV del Estatuto del Personal Médico y la OMSC 8-8-1986, que derogó la forma de retribución típica de los facultativos de cupo o coeficiente (SSTS 5-6-1991, 15-1-1992, 29-6-1995, 14-4-1997), transitoriamente en vigor para este colectivo, incluidos los médicos especialistas (STS 24-5-1991) como sistema excepcional de retribución, pese a que en realidad el sistema de cupo-base no tiene finalidad retributiva sino que configura el criterio para la creación de plazas médicas. En todo caso, *la transición de un modelo a otro se ha revelado especialmente*

*conflictiva* como muestra el elevado número de litigios resuelto ante los Tribunales (la STS 4-5-1995 aplica al personal de cupo y zona la DT 2.<sup>a</sup> del Real Decreto-Ley que fija la imposibilidad de actualización de trienios conforme a las Leyes de Presupuestos, pese a criterios diferentes de doctrinas de suplicación, como la STSJ Valencia que casa), y que una vez más evidencia las imprecisiones e inseguridad del legislador a la hora de regular las cuestiones de sucesión normativa en este ámbito, y de las que da nueva prueba el Estatuto Marco.

La característica más relevante del nuevo sistema retributivo es, además de la búsqueda de una mayor simplificación de su régimen regulador (SsTS 5-10-1992, 24-3-1995), hasta entonces extremadamente disperso y heterogéneo, la adopción de unos esquemas típicamente funcionariales, de modo que a las retribuciones básicas –sueldo, trienios y pagas extraordinarias– añaden las retribuciones complementarias, que retribuyen aspectos concretos –complemento específico, complemento de destino, de productividad y de atención continuada–. Aunque la nueva regulación incorpora alguna novedad de relieve, como la creación de un nuevo complemento, el *complemento de carrera*, si bien queda condicionado en su implantación al efectivo funcionamiento del sistema de reconocimiento del desarrollo profesional, lo cierto es que su alcance se agota sustancialmente en incluir en un texto único la regulación sectorial realizada en aquel Real Decreto-Ley, objeto de una importante actividad de interpretación jurisprudencial, hasta el punto de que prácticamente no hay cuestión, general o particular, que haya quedado al margen de pronunciamientos judiciales (la incompatibilidad del sistema con los anteriores en la STS 5-6-1991, que recuerda además la vinculación a las limitaciones presupuestarias; la STS 8-4-1998, realiza una elaborada tarea de integración de diversas normas y categorías conceptuales en juego, con motivo de identificar los conceptos que entraban para calcular el complemento por jubilación previsto en el artículo 151 del Estatuto del Personal sanitario no facultativo).

Asimismo ha dado lugar a una intensa producción de acuerdos del Consejo de Ministros, bien en el ejercicio de su potestad reglamentaria en materia de retribuciones, expresamente prevista en la DF 1.<sup>a</sup> del Real Decreto-Ley 3/1987 (ej. Acuerdo de 15-4-1988, por el que se aprueba la aplicación del régimen retributivo previsto en el Real Decreto-Ley al personal facultativo y ATS/DUE de los Equipos de atención primaria y servicio de urgencias; Acuerdo de 9-2-1990, en relación a su aplicación a determinadas categorías profesionales que prestan servicios en el extinto INSALUD...) bien recibiendo formalmente acuerdos negociados con los representantes de los trabajadores sanitarios (ej. Acuerdo de 17-6-1999 suscrito entre la Administración, el INSALUD y las Organizaciones más representativas sobre la mejora de prestaciones e implantación de nuevos servicios, que contiene normas sobre retribuciones del personal de «refuerzo», así como sobre la asignación de los complementos de destino y específicos a los nuevos puestos de trabajo creados en los Equipos de Soporte de Atención Domiciliaria –ESAD–, en los centros coordinadores y unidades móviles de urgencias). La anómala técnica seguida para la aprobación de la mayor parte de ellos, conforme al procedimiento de actos administrativos y no conforme al de disposiciones generales, que reafirma la usual desidia por la técnica jurídica, y por la seguridad, ha determinado impugnaciones ante los Tribunales, considerándolos nulos (STS, Sala 4.<sup>a</sup>, 10-3-1993).

La finalidad del régimen de retribuciones básicas es la de garantizar *un modelo común* en relación con la satisfacción de las necesidades elementales, mientras que la de las retribuciones complementarias se orientan a dar satisfacción al principio de incentivo, recogido con carácter general, y a la mejora de la calidad del servicio. Por ello, mientras que las primeras deberán ser iguales en todo el territorio español (STS, Sala 3.<sup>a</sup>, 28-12-1990; STS, Sala 4.<sup>o</sup>, 9-2-2000), viniendo su cuantía limitada por las correspondientes Leyes de Presupuestos (STS, Sala 4.<sup>a</sup>, 5-6-1991), no sucede lo mismo con las complementarias –los complementos no pueden variar pero las cantidades con que se retribuyen sí–, en consecuencia, la conflictividad que deriva de la actual diversidad retributiva entre personal de diferentes Servicios Autonómicos de Salud, fuente de movilizaciones y reivindicaciones permanentes en orden a conseguir la equiparación respecto a las más elevadas, no se frenará, más bien se alimentará, con la nueva regulación. Las diferencias no pueden justificarse, sin embargo, en atención al carácter fijo o temporal del nombramiento.

El *sueldo base* es el determinado por cada categoría –los arts. 2.2 y 3 del Real Decreto-Ley 3/1987 toman como referencia el grupo profesional; STS 10-3-1994– en función del título exigido para su desempeño –transitoriamente se mantiene, a efectos funcionales y retributivos, la equiparación a los grupos de clasificación de los funcionarios públicos, en los términos previstos en la DT 2.<sup>a</sup>–. Ya hemos hecho referencia a la doctrina judicial que rechaza el derecho del personal a devengar las cantidades mayores, correspondientes a las tareas efectivamente realizadas (SSTS 17-5-1994, 9-6-1995).

Los *trienios* representan una cantidad determinada para cada categoría profesional por cada tres años de servicios, conforme a una regla típica de la función pública que, sin embargo, inicialmente el extinto INSALUD negó para el personal estatutario al rechazar su condición de funcionarios de carrera, pese a un copioso cuerpo de doctrina del TCT que entendió incluyó al personal estatutario dentro de la Ley 70/1978, sobre reconocimiento de trienios (STCT 17-6-1986; ahora Real Decreto 1181/1989 y SSTS 19-4-1986, 20-2-1989, 11-4-1995, 21-3-1995). La regulación de retribuciones básicas se completa, de conformidad con el régimen general de función pública acogido por el Real Decreto-Ley (STS 18-10-1993), con las *pagas extraordinarias* –dos al año, devengadas preferentemente en los meses de junio y diciembre–. El importe de cada una de ellas será, como mínimo, de una mensualidad del sueldo base y trienios, al que se añadirá la catorceava parte del importe anual del complemento de destino (*vid.* Acuerdo Administración-Sindicatos para el período 2003-2004, para la modernización y mejora de la Administración Pública).

El artículo 43 recoge los mismos complementos que se percibían de conformidad con el Real Decreto-Ley 8/1987, todavía vigente en tanto en cuanto no se desarrolle el Estatuto por las Autonomías, salvo el nuevo, relativo a la carrera profesional. A saber:

- a) *Complementos de destino*: es el que corresponde al nivel del puesto que se desempeña –se asimila a un complemento objetivo o de puesto de trabajo conforme a la norma laboral; STS 17-5-1996; art. 2.3, párrafo a) Real Decreto-Ley 3/1987–. El importe anual se abonará en 14 pagas.

b) *Complemento específico*: retribuye las condiciones particulares de algunos puestos en atención a su especial dificultad técnica, dedicación –SSTS 28-1-1994; 27-6-1995, 9-6-1998–, responsabilidad, incompatibilidad, peligrosidad o penosidad. No puede haber más de uno por puesto y circunstancia. Llama la atención la peligrosidad o penosidad en este ámbito, pues recuerda los viejos complementos de peligrosidad, toxicidad y penosidad, que deben ser erradicados conforme a los nuevos principios y nueva cultura derivados de la LPRL.

c) *Complemento de productividad*: retribuye el especial rendimiento, el interés o la iniciativa del titular del puesto, así como su participación en programas o actuaciones concretas y la contribución del personal a la consecución de los objetivos programados, previa evaluación de los resultados conseguidos.

La DT 3.<sup>a</sup> del Real Decreto-Ley 3/1987 establece algunos criterios orientadores para su aplicación, si bien se han considerado como no vinculantes (STS 24-3-1995). En ocasiones se ha interpretado que incluso conceptos no retributivos, al menos en el ámbito laboral, pueden ser incluidos en este complemento, como el plus de transporte (STS 28-3-1994). La actualización del mismo no se ha vinculado a las Leyes de Presupuestos sino a la norma específica (STS 26-10-1998), si bien la referencia genérica del artículo 41.3 ha de corregir esa jurisprudencia, sin que obste a ello la remisión el artículo 42.2 a la legislación de funcionarios sólo para sueldo y trienios, en coherencia con su objetivo de igualdad para esta estructura básica.

d) *Complemento de atención continuada*: remunera al personal para atender a los usuarios de los servicios sanitarios de manera permanente y continuada.

La jurisprudencia ha venido descartando que se pueda remunerar con él las «guardias médicas» (SS 24-5-1994, 15-5-1998), que se retribuye conforme al régimen precedente y por realización efectiva (STS 18-3-1994). En cambio, sí se ha venido entendiendo, de forma discutible, que retribuía el exceso de jornada, sin que quepa considerar los excesos como horas extraordinarias (SSTS 22-12-1995, 18-11-1997, Sala General, 22-9-1998). El nuevo artículo 48 del Estatuto regula lo que denomina «jornada complementaria» para atender este tipo de servicios, de modo que, de forma análoga a lo que sucede con el concepto homónimo previsto para el trabajo a tiempo parcial (art. 12 LET), se rechaza el concepto de «hora extraordinaria». El exceso de horas sobre el máximo tampoco permite aumentar su cuantía (STS 24-3-1994).

e) *Complemento de carrera*: retribuye el grado alcanzado en la carrera profesional cuando tal sistema de desarrollo profesional se haya implantado en la correspondiente categoría, de conformidad con lo previsto en el artículo 40.

Como se desprende del carácter potestativo atribuido a la fórmula empleada por el artículo 43, no todos estos complementos tendrán que aparecer necesariamente en cada desarrollo autonómico, que tampoco podrá recoger otros diferentes a los aquí indicados, ni unilateral ni conven-

cionalmente fijados. Asimismo, no pueden acumularse dos complementos retributivos de la misma naturaleza (SSTS 14-4-1996 y 2-10-1998). Expresamente se prohíben sistemas retributivos que prevean la participación en los ingresos atribuidos a los servicios de salud como contraprestación de cualquier servicio. Al mismo tiempo, confirma la corrección de la jurisprudencia que, de conformidad con la legislación general de funcionarios a partir de 1988, entiende legítima la deducción de haberes, proporcional a la parte de jornada no realizada por causas imputables al interesado, sin que tenga carácter sancionador. Lo mismo se establece en relación al ejercicio del derecho de huelga.

Las retribuciones del personal temporal son las mismas, con exclusión de trienios (art. 44). En cambio, la retribución de los denominados aspirantes en prácticas se remite con entera libertad a cada Servicio de Salud, si bien se determina un mínimo: las retribuciones básicas, excluidos trienios, del grupo al que aspiren a ingresar (art. 45).

## **10. La ordenación del tiempo de trabajo del personal estatutario: entre la garantía de continuidad del servicio y la protección de la salud.**

### *10.1. El nuevo marco comunitario, normativo y jurisprudencial, de referencia.*

No cabe duda de que es la regulación quizás más importante de la que contiene el Estatuto Marco, por su relieve en la ordenación del servicio, tanto en relación a los derechos del personal, las necesidades del servicio y derechos de los usuarios. La propia densidad y complejidad de las reglas que se recogen expresamente así lo deja claramente de manifiesto. A este respecto, conviene recordar que la nueva regulación atiende especialmente a la jurisprudencia comunitaria que, en interpretación de la Directiva 93/104/CE, del Consejo, relativa a determinados aspectos de la ordenación, el tiempo de trabajo, incluidos los límites de jornada máxima semanal, entendió aplicable tal regulación al personal sanitario (*STJCE 3-10-2000*, asunto SIMAP). Esta decisión del TJCE, de gran calado, fue provocada por una Cuestión Prejudicial planteada por el TSJ Valencia, en relación al personal médico de los equipos de atención primaria.

Conforme a la jurisprudencia comunitaria, las SSTS 4-10-2001 y 1-4-2002, que resuelven dos recursos de casación ordinaria en relación con sendos conflictos colectivos planteados por el Sindicato de Médicos de Asistencia Pública frente a la Consellería de Sanidad de la Comunidad Valencia, extendieron a los referidos colectivos la Directiva mencionada. En consecuencia, se aceptó que, con carácter general, la jornada máxima **no podía ser de 48 horas en 7 días, en un período máximo de referencia de dos meses. El cómputo de la jornada máxima incluye en su totalidad el tiempo de las guardias de presencia física, y no el tiempo de las guardias de localización**, salvo el correspondiente a la prestación efectiva de servicios durante las mismas. Asimismo, los médicos de atención primaria, como los especialistas concernidos en los conflictos, han de ser calificados *«como trabajadores a turnos, en el sentido que la expresión tiene en la Directiva 93/104, pero no son tra-*

*bajadores nocturnos*», de acuerdo con la propia regulación comunitaria, que exige el desempeño durante el período nocturno de «una parte no inferior a tres horas de su tiempo de trabajo diario, realizado normalmente» [(art. 2.4 b)].

Con posterioridad, como ya se advirtió, la Directiva fue modificada por la Directiva 2000/34/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, y ambas derogadas, sin perjuicio de la obligatoriedad de los plazos de transposición fijados en aquéllas, por la Directiva 2003/88/CE, de 4 de noviembre, del Parlamento Europeo y del Consejo –DOUE 18-11-2003–. Por su parte, *la STJCE 9-9-2003, Caso Jaeger* –médico que trabaja en Hospital alemán, con servicio de atención continuada –, confirma la doctrina Simap, de modo que es contraria al ordenamiento comunitario cualquier disposición nacional que, como la controvertida, «*se consideran tiempo de descanso los períodos del servicio de atención continuada durante los que no se requiere efectivamente que el médico efectúe una tarea profesional y éste puede descansar, pero ha de estar presente y mantenerse disponible en el lugar determinado por el empresario con objeto de prestar sus servicios en caso de necesidad o cuando se le pida que intervenga*».

En este marco normativo y jurisprudencial ha de entenderse, pues, el régimen que introduce el Estatuto Marco. Sumariamente, pues la complejidad y densidad de estas cuestiones requieren un estudio específico, la ordenación se articular en torno a:

#### 10.2. Tiempo de Trabajo y régimen de descansos.

Las normas contenidas en esta primera sección tienen un carácter eminentemente tuitivo o protector. La finalidad básica es la de establecer las disposiciones mínimas para la protección de la seguridad y salud del personal estatutario en materia de ordenación del tiempo de trabajo.

A tal fin, incluso se aporta la definición de determinados conceptos con un carácter exclusivamente funcional o teleológico, esto es, sólo se tendrán en cuenta a los efectos buscados en esta normativa, «sin que tenga influencia en materia de compensaciones económicas u horarias», cuya regulación queda remitida a las «*normas, pactos o acuerdos que, en cada caso, resulten aplicables*» (art. 46.1). Así, sucede con definiciones de (art. 46.2):

- Centro sanitario –remite al art. 29 LGS– y Personal Estatutario.
- Tiempo de trabajo efectivo.
- Período de localización –situación de disponibilidad–.
- Período de descanso –el que no es de trabajo–.

- Período nocturno y Personal nocturno.
- Trabajo por turnos y Personal por turnos.
- Programación funcional del centro –instrucciones establecidas por los responsables en el ejercicio de su potestad de organización y dirección del trabajo sanitario-asistencial–.

Por tiempo de trabajo se entiende todo el «período en el que el personal permanece en el centro sanitario, a programación del mismo y en ejercicio efectivo de su actividad y funciones». Su cómputo se realiza siempre en programa a la presencia en el puesto de trabajo, tanto al comienzo como al final. También se considera como tal el servicio prestado fuera del centro sanitario, siempre que responda al «modelo de organización asistencial o deriven de la programación funcional del centro». La regulación del tiempo de trabajo se ordena en torno a las siguientes instituciones.

*a) Jornada ordinaria de trabajo (art. 47).*

Además de remitir su fijación a las normas, pactos o acuerdos correspondientes, se prevé la posibilidad de establecer la distribución irregular de la jornada a lo largo de todo el año mediante la «programación funcional» del Centro. El artículo 51.1 establece una jornada ordinaria máxima, que es de 12 horas ininterrumpidas, que puede ser ampliada mediante la programación funcional –poder de dirección– hasta 24 horas para determinados servicios o unidades sanitarias, con carácter excepcional y cuando así lo aconsejen razones organizativas o asistenciales –igual previsión se realiza respecto del personal nocturno en el art. 55–. En estos casos, se prevé la ampliación de los períodos mínimos de descanso, remitiendo su concreción a los «correspondientes procesos de negociación sindical», si bien respetando «la debida progresividad para hacerlos compatibles con las posibilidades de los servicios y unidades afectados por las mismas».

*b) Jornada complementaria (art. 48).*

Para la prestación de servicios de atención continuada y sólo para determinadas categorías profesionales o unidades de servicio, se habilita a la dirección para fijar jornadas complementarias, a fin de garantizar la adecuada atención permanente al usuario de los centros sanitarios. Estas categorías son: o el personal que ya venía realizando tal atención continuada mediante la realización de guardias u otro sistema análogo o el personal que determine previa negociación.

La duración máxima conjunta de los tiempos de jornada complementaria y jornada ordinaria será de 48 horas semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo semestral, salvo que mediante acuerdo, pacto o convenio colectivo se establezca otro cómputo –la referencia aquí al convenio colectivo no tiene sentido, dado que se aplicaría al personal laboral, salvo que esté refiriendo a un Convenio de aplicación conjunta, lo que no deja de suscitar problemas a tenor de

la actual jurisprudencia– (art. 48.2) <sup>4</sup>. No se tomarán en consideración los períodos de localización para el correspondiente cómputo, salvo que sea requerido efectivamente para la prestación de servicio, como es lógico, en cuyo caso se computará como jornada también el tiempo de desplazamiento. La jornada complementaria no será considerada, a ningún efecto, como hora extraordinaria, por lo que será ajena tanto a las limitaciones como a la compensación o retribución adicional correspondiente a estas horas, aunque se prevé que tengan una retribución específica, remitiendo su cuantía a las «normas, pactos o acuerdos que, en cada caso, resulten de aplicación» (art. 48.3).

*c) Jornada Especial (art. 49).*

La hegemonía que las razones del servicio tiene en esta materia, por encima del derecho a la salud que se dice proteger, queda igualmente patente en el reconocimiento legal de una posibilidad más de superar la jornada ordinaria, así como la complementaria. Tres grupos de normas encontramos en el artículo 49 para regular lo que se llama «jornada especial»:

- Causa o presupuesto habilitante: cuando la fijación de una jornada complementaria no sea suficiente para garantizar la adecuada atención continuada y permanente, y siempre que existan razones organizativas o asistenciales que así lo justifiquen.
- Límites:
  1. Causales: «siempre que existan razones organizativas o asistenciales que así lo justifiquen».
  2. Formales: se precisa consentimiento manifestado por escrito, individualizada y libremente. En este sentido, se exige que el Centro asegure la garantía de indemnidad para aquellos trabajadores que no presten tal consentimiento, fuera del lucro cesante que supone no aceptar esta mayor dedicación [art. 49.3 a)].
  3. Temporales: los excesos de jornada, que tendrán el carácter de complementaria, no podrán ser superiores a 150 horas al año.
  4. Garantías sustanciales: «se respeten los principios generales de protección de la seguridad y salud». Las autoridades administrativas o laborales competentes tienen competencia para prohibir o limitar tal posibilidad.
- Normas de organización y procedimiento.

<sup>4</sup> Esta limitación del tiempo de trabajo será aplicable de forma progresiva al personal en formación mediante residencia, pasando de las 58 horas semanales promedio en cómputo anual previstas para el período 1 de agosto 2004-31 de julio 2007, a 56 en el período que va desde 1 de agosto 2007 hasta el 31 de julio de 2008, para reducirse a 48 a partir del 1 de agosto de 2008 (DT 1.<sup>a</sup>).

Por un lado se posibilita que se fijen los requisitos para otorgar por parte del personal el consentimiento previsto, especialmente en lo relativo a la duración mínima del compromiso. Por otro, deberá asegurar la existencia de registros actualizados de personal que desarrolle este régimen de jornada, «que estarán a disposición de las autoridades administrativas o laborales competentes, que podrán prohibir o limitar, por razones de seguridad o salud laboral del personal, los excesos sobre la duración máxima de la jornada prevista en el artículo 48.2» [art. 49.3 letra b)].

El tiempo de descanso, en el que ni se presta servicios ni se está en situación de localización, en cambio, se ordena en atención a las siguientes figuras:

- a) Pausas en el trabajo (art. 50) –no inferior a 15 minutos cuando la jornada exceda de 6 horas continuadas, supeditándose su disfrute a un momento en que no perjudique la continuidad del servicio, y considerándose como tiempo de trabajo efectivo, en la forma que establezca la norma, pacto o acuerdo de aplicación, según el art. 58.1–.
- b) Descanso diario (art. 51): período mínimo de descanso ininterrumpido de 12 horas entre el fin de una jornada y el comienzo de la siguiente, salvo que concurra causa de reducción, como son el cambio de equipo en el trabajo a turnos que no le permita disfrutar de ese descanso o la sucesión, en intervalos menores de 12 horas, de la triple jornada –ordinaria, complementaria normal y complementaria especial–. En estos casos, será de aplicación «el régimen de compensación por medio de descansos alternativos» (art. 54).
- c) Descanso semanal (art. 52) –ha de entenderse siempre referido a períodos naturales, según la cláusula general del art. 57–: período mínimo de descanso ininterrumpido con una duración media de 24 horas semanales, al que se incrementará el diario, lo que hace 36 horas, en los términos previstos en el ET. El período de referencia para el cálculo de este descanso será de dos meses, lo que permite un mayor juego o disponibilidad para la potestad organizativa y de dirección del servicio. La falta de disfrute del mismo determinará el juego de la compensación prevista a través del régimen de descansos alternativos. Como el período de descanso diario, no tendrán la consideración de trabajo efectivo ni podrán ser tenidos en cuenta, por tanto, para el cumplimiento de la jornada ordinaria.
- d) Vacaciones anuales (art. 53): un período no inferior a 30 días naturales por año trabajado. El momento de su disfrute queda remitido a la competencia de la programación funcional del correspondiente centro, de modo que aquí no se remite al acuerdo colectivo, como hubiera debido ser. El período vacacional no admite compensación económica, salvo que se produjera la finalización de la prestación de servicios (art. 53.3). Este período –como el de baja por enfermedad– tendrá una consideración «neutra» a la hora de calcular los promedios previstos en materia de tiempo de trabajo y períodos de descanso (art. 58.3).
- e) Régimen de descansos alternativos (art. 54).

Al objeto de compensar las eventuales –que serán muy frecuentes en la práctica– reducciones de los períodos mínimos de descanso, se prevén períodos alternativos, cuya duración no podrá ser inferior a la reducción sufrida. No obstante, esta compensación no operará en todo caso de no disfrute de los períodos mínimos, sino cuando sólo se haya disfrutado, en cómputo trimestral, un promedio semanal de 96 horas de descanso, incluyendo los descansos semanales disfrutados, computando a tales fines todos los períodos de descanso de duración igual o superior a 12 horas consecutivas. El disfrute de estos descansos compensatorios tampoco son intercambiables por dinero o contraprestación económica, salvo «finalización de la relación de servicios o de las circunstancias que pudieran derivar del hecho insular» (art. 54.3 *in fine*).

Objeto de mención o referencia específica, que no de regulación especial, es el personal a turnos. El artículo 56 se limita a remitir el mismo régimen de jornada y descansos establecidos en la Sección 1.ª con carácter general. Por su parte, el apartado 3 establece la misma remisión equiparadora en relación al nivel de protección de la seguridad y salud de este personal, si bien precisa, con tino, que será «como mínimo», equivalente. Ahora bien, como es conocido para los especialistas en prevención de riesgos, este sistema de trabajo y, por tanto, su personal, adolece de especiales problemas y sufre de forma particular la incidencia de ciertos riesgos y patologías, que requiere una atención particularizada.

Así lo evidencia la regulación laboral contenida en el ET. Ahora bien, dada la vigencia de la LPRL habremos de entender que esta especial atención forma parte del deber de protección eficaz que pesa sobre los Centros Sanitarios.

Se cierra esta sección con la previsión de lo que denomina «medidas especiales en materia de salud pública» y que no es sino un régimen de trabajo excepcional por razones de orden excepcional o de emergencia. Así, se prevé que la regulación «ordinaria» o normal prevista, en relación a jornada de trabajo y períodos de descanso, pueda ser «transitoriamente suspendida cuando las autoridades sanitarias adopten medidas excepcionales sobre el funcionamiento de los centros sanitarios conforme a lo previsto en el artículo 29.3 LGS», siempre que tales medidas así lo justifiquen –garantía causal: no es automático sino que ha de ser acreditado o motivado– y exclusivamente por el tiempo de su duración –garantía o límite temporal–.

También se prevé tal potestad extraordinaria de suspensión del régimen de jornada de trabajo y descansos para un concreto centro sanitario, cuando las circunstancias concretas que concurren en el centro imposibiliten el mantenimiento de la asistencia sanitaria a la población con los recursos disponibles. En este caso, además del carácter motivado de la resolución, las limitaciones al tiempo imprescindible y la consulta previa con los representantes del personal –no se habla de organizaciones sindicales–, se prevé que se elabore «un plan urgente de captación de recursos humanos que permita restituir la normalidad en el mantenimiento de la asistencia sanitaria».

También se establece un límite por razón de las personas. Así, ninguna de estas medidas podrá afectar al personal que se encuentre en situación de permiso de maternidad o licencia por riesgo durante el embarazo (art. 59.3).

### *10.3. Jornadas parciales, fiestas y permisos.*

La Sección 2.<sup>a</sup> regula dos instituciones:

#### *a) El régimen de jornada a tiempo parcial (art. 60).*

Los nombramientos de personal estatutario, sea fijo sea temporal, admite la modalidad de dedicación a tiempo parcial. Aunque el porcentaje, días y horario queda remitido a lo que cada Comunidad Autónoma fije, atendiendo a las circunstancias organizativas, funcionales y asistenciales de cada Servicio de Salud, se establece un límite máximo: 75% de la jornada ordinaria, en cómputo anual –o el que proporcionalmente corresponda si se trata de nombramiento temporal de menor duración–. Esta posibilidad habrá de estar señalada en las convocatorias de acceso o de movilidad voluntaria y en los procedimientos de selección de personal temporal (art. 60.3).

El apartado 4 contiene una cláusula de remisión material, en virtud de la cual serán aplicables al personal estatutario los supuestos de reducción de jornada establecida, en relación a la conciliación de la vida familiar y laboral, para los funcionarios públicos de cada Comunidad Autónoma.

Al personal a tiempo parcial le será de aplicación lo dispuesto en la DA 7.<sup>a</sup> del TRLGSS –normas aplicables a los trabajadores contratados a tiempo parcial–, así como las disposiciones dictadas en su desarrollo, especialmente el Real Decreto 1131/2002, 31 de octubre (DA 14.<sup>a</sup>). Esta regulación, recordémoslo, se articula en torno al principio de asimilación del trabajo a tiempo parcial al trabajador a tiempo completo, si bien cuenta con una amplia gama de reglas específicas sobre bases y períodos de cotización, bases reguladoras y protección por desempleo.

#### *b) El régimen de días festivos y de permiso (art. 61).*

Una primera regla es de remisión competencia a la regulación de cada Comunidad Autónoma. De ahí que se remita al régimen fijado para los funcionarios públicos en la Ley 39/1999, sobre conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (apartado 2). Especialmente se prevé la posibilidad de permisos especiales para la realización de actividades formativas, bien para la realización de estudios o formación que tengan relación directa con las funciones de los servicios sanitarios e interés relevante para el Servicio de Salud, en cuyo caso serán retribuidos, total o pracialmente , aunque con exigencia de compromiso de continuidad en tal servicio durante un plazo mínimo de tiempo, so pena de exigir la devolución de la parte proporcional que resulte de las retribuciones percibidas durante el permiso (apartado 3), bien para cursos o seminarios de formación de cualquier tipo o para participar en programas acreditados de cooperación internacional o en actividades y tareas docentes o investigadoras sobre materias relacionadas con la actividad de los servicios de salud, en cuya caso podrán ser no retribuidos o retribuidos parcialmente (apartado 4).

## 11. Las situaciones jurídico-administrativas del personal estatutario.

El Capítulo XI fija las principales singularidades del personal estatutario en relación a una de las cuestiones más características, pero también más complejas, de los estatutos funcionariales, las «*situaciones administrativas*» en que puede encontrarse este personal. Habitualmente esta cuestión ha adolecido de un exceso de confusión reguladora, viéndose sometida a frecuentes cambios legislativos y revelándose como especialmente conflictiva al concurrir sobre un mismo aspecto la legislación estatal, la autonómica y la sectorial. Su parangón en el ordenamiento laboral vendría a ser como las «*vicisitudes*» de las relaciones de trabajo –modificativas, suspensivas y extintivas–, si bien su regulación diverge significativamente. La finalidad, no obstante, es análoga para ambos regímenes jurídicos: ante los cambios experimentados en una relación de servicios con vocación de permanencia, se busca el mejor modo de conciliar los intereses particulares de los trabajadores con los de la organización, así como facilitar las posibilidades y los cauces para hacer efectivo el reingreso al servicio activo una vez concluida la situación administrativa de que se trate.

El artículo 62, de forma análoga al artículo 2 del Real Decreto 365/1995, 10 de marzo, que regula las situaciones administrativas de los funcionarios civiles de la administración general del Estado –ha sido objeto de diferentes modificaciones, como por mor de la Ley 13/1996–, enumera las habituales:

- a) Servicio activo, que permite el goce de todos los derechos inherentes a su condición y la sujeción a los deberes que le son propios (art. 63).
- b) Servicios especiales, que asegura el mantenimiento de los derechos de antigüedad y carrera, el percibo de trienios y la reserva de la plaza de origen (art. 64).
- c) Servicios bajo otro régimen jurídico, que sólo asegura el derecho a la reincorporación al servicio activo en la misma categoría y área de salud de origen, o áreas limítrofes, durante los primeros tres años (art. 65).
- d) Excedencia por prestar servicios en el sector público (art. 66).
- e) Excedencia voluntaria, a instancia del interesado, bien «por interés particular» bien por «agrupación familiar», o de oficio, cuando no se haya solicitado el reingreso al servicio activo en el plazo determinado en cada caso para volver al servicio activo desde una situación diferente (art. 67) –*vid.* SSTTSSJ Andalucía/Granada y Las Palmas–.
- f) Suspensión firme de funciones por sanción disciplinaria o sentencia dictada en causa criminal, que supone la privación durante el tiempo de permanencia del ejercicio de funciones y de los derechos inherentes a su condición (art. 68).

Se remite igualmente a la regulación autonómica la posibilidad de conceder, y por tanto de fijar un régimen específico para:

- a) Las situaciones de expectativa de destino.
- b) Excedencia forzosa.
- c) Excedencia voluntaria incentivada.
- d) Situaciones administrativas dirigidas a optimizar la planificación de sus recursos humanos.

Asimismo, entiende aplicable al personal estatutario la situación de excedencia para el cuidado de familiares establecida para los funcionarios públicos, haciendo extensiva, como en los demás supuestos, la Ley 39/1999, de 5 de noviembre (art. 62.3) –y las progresivas reformas de mejora de este derecho social fundamental, de aplicación común a todo el personal, cualquiera que sea su vínculo–. Igualmente se reconoce la situación de «emérito». Los Servicios de Salud podrán nombrar, si bien con carácter excepcional, personal emérito entre licenciados sanitarios jubilados cuando los méritos relevantes de su currículo profesional así lo aconsejen. Este personal desempeñará actividades de consultoría, informe y docencia (DA 4.<sup>a</sup>). Las reglas de compatibilidad con la pensión están fijadas en el artículo 77.3 del Estatuto Marco.

La regulación detenida que se ofrece recoge en gran medida las previsiones establecidas para los funcionarios públicos, a cuya regulación se remite en diferentes ocasiones, sin perjuicio de contener algunas especialidades o particularidades adaptadas al tipo de servicio y profesión de que se trata. Este régimen no afectará a quienes no se encuentren, en la fecha de entrada en vigor, en situación de servicio activo, que podrán permanecer en la misma situación en que se encuentran en este momento, en los mismos términos del régimen anterior y en tanto no cese la causa que motivó la situación (DT 4.<sup>a</sup>).

Para la excedencia voluntaria se prevén reglas relativas a la fijación de los supuestos justificadores, las condiciones de formalización, el tiempo mínimo de permanencia –2 años como mínimo en los supuestos de «interés particular» y por incumplimiento de la obligación de solicitar reglamentariamente el reingreso al servicio activo–, así como las consecuencias o efectos –como en el ámbito laboral, ni devenga retribuciones, ni es computable a efectos de carrera profesional o trienios–.

Por lo que se refiere al *Reingreso al servicio activo* (art. 69) <sup>5</sup> se prevé tanto en cualquier Servicio de Salud, mediante los procedimientos de movilidad voluntaria (art. 37), o al de procedencia, «con ocasión de vacante y carácter provisional, en el ámbito territorial y en las condiciones que en cada servicio de salud se determinen». La plaza desempeñada con carácter provisional se incluirá en la 1.<sup>a</sup> convocatoria para la movilidad voluntaria que se efectúe.

<sup>5</sup> Este régimen será de aplicación para el reingreso del personal estatutario fijo que a la entrada en vigor del Estatuto no se encontrara en situación de servicio activo (DT 4.<sup>a</sup>).

Este rígido régimen se ve suavizado algo en el apartado 3 donde se recoge una regla de facilitación del reingreso. Así, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 19 c) –deber de mantener debidamente actualizados los conocimientos técnicos o profesionales–, se prevé la posibilidad de que cada Servicio de Salud, institución o centro de destino facilite la reincorporación al servicio activo mediante el ofrecimiento de un programa específico de formación complementaria o de actualización. El seguimiento de este programa no afectará a la situación ni a los derechos económicos del interesado/a.

## 12. Régimen disciplinario: la ordenación de la responsabilidad disciplinaria.

Con cierto detenimiento, más propio de la regulación convencional que del régimen administrativo, se contiene un amplio catálogo de infracciones o faltas disciplinarias. El régimen se articula en los siguientes temas, por lo demás habituales en esta materia:

a) Principios de la potestad disciplinaria (art. 71). Como principios del régimen disciplinario se contemplan:

- El *principio de tipicidad*. De ahí la prohibición de sancionar acciones u omisiones que no estén tipificadas como infracciones disciplinarias, sin que, de conformidad con los principios del Derecho Sancionador o Punitivo en general, se admita la aplicación analógica (art. 71.6).
- El *principio de eficacia*.
- El *principio de proporcionalidad*: entre la infracción cometida y la sanción impuesta deberá existir la adecuada proporcionalidad (art. 71.7).
- *Principio de compatibilidad* entre las sanciones disciplinarias y el resto de responsabilidades que puedan derivarse, sean civiles o penales (art. 71.2.). En todo caso, los órganos competentes están vinculados por los hechos declarados probados por resoluciones judiciales firmes (art. 71.5).

También se formula una norma de atribución de competencias. Así, la potestad disciplinaria corresponde al Servicio de Salud en el que el interesado se encuentre prestando servicios en el momento de la comisión de la falta, con independencia del Servicio en que obtuvo su nombramiento. No obstante, dado el principio de coordinación y cohesión que inspira el SNS, las sanciones tendrán validez y eficacia en todos los Servicios de Salud que integran el SNS (art. 71.3).

b) Clases y prescripción de las faltas (art. 72).

El catálogo es extensísimo y por lo general viene a reforzar la exigencia jurídica de los deberes previstos. Sigue el orden previsto de clasificación tripartita: infracciones muy graves, graves y leves. Quizás lo más destacado es la importancia que se le da al cumplimiento de las medidas preventivas, de modo que la negativa expresa a cumplirlos es muy grave, o el acoso sexual si supone agresión o chantaje. Falta el acoso moral, de tanta trascendencia o impacto en este ámbito, a juzgar por las decisiones judiciales ya recaídas, si bien algunas podrían permitir su reconducción en este ámbito –exceso arbitrario en el uso de autoridad que cause perjuicio grave al personal subordinado, la agresión grave, que al no indicar sólo física admite la psicológica, aunque esté pensando sin duda en la primera; los actos dirigidos a impedir o coartar el libre ejercicio de los derechos fundamentales o el incumplimiento del deber de respeto a la Constitución, pues es claro que incluye también su parte dogmática...–.

Por lo general, tales situaciones podrán ser reconducidas a infracciones graves –abuso de autoridad en el ejercicio de sus funciones, la grave desconsideración con los superiores, compañeros–. También como grave se reconoce «*el acoso sexual, cuando el sujeto activo del acoso cree con su conducta un entorno laboral intimidatorio, hostil o humillante para la persona que es objeto del mismo*». No puede considerarse estrictamente como pura «incorrección con los superiores o compañeros», que es falta leve tan solo.

Se habilita a las Comunidades Autónomas, si bien mediante Ley, a establecer otras infracciones (art. 72.5).

Respecto a la prescripción se prevé para las faltas muy graves 4 años, para las graves 2 años, para las leves 6 meses. El plazo de prescripción comenzará a contarse desde que la falta se hubiera cometido y se interrumpirá desde la notificación del acuerdo de iniciación del procedimiento disciplinario, volviendo a correr de nuevo si éste estuviera paralizado más de tres meses por causa no imputable al interesado (art. 72.6).

c) Clases, anotaciones, prescripción y cancelación de las sanciones (art. 73).

Las faltas disciplinarias serán corregidas con las siguientes sanciones:

**MUY GRAVES**

- *Separación del servicio*, que implica la pérdida de la condición de personal estatutario y la prohibición de ejercer cargo o empleo público durante 6 años, por lo que se reserva para las faltas muy graves.

- *Traslado forzoso con cambio de localidad*, sin derecho a indemnización y con prohibición temporal de participar en procedimientos de movilidad por un máximo de 4 años.
- *Suspensión de funciones*, por un período superior a dos años e inferior a 6 años.

#### GRAVES

- *Suspensión de funciones*: no superará los 2 años.
- Traslado forzoso a otra institución o centro *sin cambio de localidad*: la prohibición temporal de participar en procedimientos de movilidad para reincorporarse será de 2 años como máximo.

LEVES: Apercibimiento, que será siempre por escrito.

Las Comunidades Autónomas, por la norma que en cada caso proceda –no se exige aquí el rango de Ley–, podrán establecer otras sanciones o sustituir las referidas en el Estatuto Marco (art. 73.2). Los criterios para determinar la concreta sanción a imponer, dentro del catálogo recogido en el precepto legal, son: grado de intencionalidad, grado de descuido o negligencia que revele la conducta; el daño al interés público que genere, con cuantificación económica en lo posible y la reiteración o reincidencia, naturalmente siempre que no hayan sido canceladas las sanciones anteriores (71.8 y 73.6).

Las reglas de prescripción de las sanciones disciplinarias son 4 y 2 años, 6 meses, según se trate de faltas muy graves, graves o leves, respectivamente. El plazo de prescripción comienza a contar –*dies a quo*– desde la firmeza de la resolución sancionadora o desde que se quebrante el cumplimiento de la sanción cuando su ejecución ya hubiera comenzado. El procedimiento de ejecución de la sanción impuesta interrumpe el plazo de prescripción, siempre que sea conocido por el interesado, volviendo a correr de nuevo si el procedimiento se paraliza durante más de 6 meses por causa no imputable al interesado. Las sanciones disciplinarias firmes se anotarán en su expediente personal. Las anotaciones se cancelarán de oficio conforme a los mismos períodos que los previstos para la prescripción, computados desde el cumplimiento de la sanción.

#### d) Procedimiento disciplinario (art. 74).

El procedimiento se configura de un modo especialmente tuitivo dado el amplio catálogo de derechos y garantías que contiene, ya por remisión ya por previsión específica. Se prevén dos tipos de procedimientos diferentes: el *ordinario*, para faltas muy graves y graves, y el abreviado o *simplificado*, para faltas leves, constituido necesariamente por un trámite de audiencia previa al incul-

pado, de obligada evacuación en todo caso. Los principios del procedimiento disciplinario ordinario son –art. 71.1 y art. 74.2–: Inmediatez, celeridad, economía procesal, pleno respecto de las garantías propias del derecho disciplinario (remisión al art. 35 LRJAPPAC y un amplio catálogo: presunción de inocencia; notificación de todas las actuaciones, desde los hechos imputados hasta el instructor; contradicción y asistencia –tanto sindical como letrada–).

La tramitación del procedimiento o expediente disciplinario deberá ser suspendido cuando de su instrucción resulte la existencia de indicios fundados de criminalidad, debiéndose comunicar tal situación al Ministerio Fiscal (art. 71.4). Asimismo, como medida cautelar a adoptar durante la tramitación del expediente disciplinario por falta grave o muy grave, así como por «expediente judicial», podrá acordarse la suspensión provisional de funciones del interesado. Tal medida requiere resolución motivada y, de tratarse de un procedimiento disciplinario, no podrá exceder de los 6 meses, salvo paralización del procedimiento imputable al interesado –la duración y condiciones es diferente si deriva de autos de procesamiento o apertura de juicio oral por causa penal–. En este caso, el interesado percibirá sólo las retribuciones básicas. Las Comunidades Autónomas están habilitadas para establecer otras medidas provisionales para los supuestos previstos en el artículo 75.

### **13. El sistema de incompatibilidades: remisión al régimen general.**

El contenido fundamental de la regulación, parca, aquí recogida, se articula en torno a una doble regla de remisión: al sistema de incompatibilidades previsto para los funcionarios públicos, por un lado; al régimen de compatibilidad entre funciones sanitarias y docentes previsto en la legislación específica, por otro. Como normas específicas se establecen las siguientes, evidenciando una gama muy heterogénea –casi miscelánea– de situaciones:

- a) Se declara la compatibilidad con el disfrute de becas y ayudas de ampliación de estudios concedidas en régimen de concurrencia competitiva, salvo que otra cosa dispongan las bases de la convocatoria.
- b) Remisión a las normas de cada Servicio de Salud para posibilitar la renuncia al complemento específico por parte del personal licenciado sanitario.
- c) Compatibilidad de la percepción de la pensión de jubilación con la situación de personal mérito prevista en la DA 4.<sup>a</sup>. El límite es cuantitativo: las retribuciones del personal mérito sumadas a la pensión no podrán superar las retribuciones percibidas con anterioridad a la jubilación
- d) La percepción de pensión de jubilación parcial será compatible con las retribuciones derivadas de una actividad a tiempo parcial (art. 77.4).

#### 14. Los derechos colectivos de representación, participación y negociación colectiva.

El sector sanitario se ha caracterizado por una especial intensidad de la actividad negociadora socio-laboral, y aunque ha sido clara su pertenencia al ámbito de la regulación especial para los funcionarios públicos proporcionada por la LORAP (art. 1.1), no menos cierto es que la singularidad de este sector se ha proyectado igualmente en peculiaridades del sistema de relaciones colectivas, en particular en relación al ejercicio de los derechos de autonomía normativa (ej. punto 2 del Título I, Capítulo I, del Acuerdo de 16-1-1991, el de 16-9-1994 y el de 1-6-1998, este último relativo a la adaptación de la LPRL a la AGE). Aun sobre bases normativas muy débiles, cuestiones tan importantes como el nuevo régimen retributivo serán primero esbozadas por acuerdo (Acuerdo de 25-3-1987). Posteriormente, aprobada la LORAP y ampliada, en el marco negociador, en 1990, las prácticas o experiencias de negociación se han multiplicado, si bien no siempre sobre bases formales y transparentes –bien por falta de publicación, bien por demora extrema de la misma, por la yuxtaposición de unidades y contenidos que dificultan la localización de la norma aplicable, por el carácter corporativo, y en ocasiones discriminatorio, de algunas de las previsiones...–<sup>6</sup>.

En esta segunda etapa, más vital, destacan acuerdos sobre la reordenación de los equipos de atención primaria (ej. Acuerdo 17-6-1999, BOE de 11 de septiembre), así como de otros aspectos organizativos de las instituciones sanitarias y relativos a las condiciones de trabajo, tanto en relación a la jornada, complementos particulares, como el de atención continuada de los facultativos de atención especializada, cuanto en prevención de riesgos (Acuerdo de 16-12-1996). No se descartan incluso algunos señeros ejemplos de racionalización de la gestión de personal, mediante los conocidos «acuerdos mixtos», que conoce hoy importantes manifestaciones al máximo nivel, aplicables a laborales y funcionarios, tan razonables como incomprendidos por la jurisprudencia contencioso-administrativa (SSTS, Sala 3.ª, 22-10-1993, Sala 4.ª, 24-1-1995).

Esta doble constatación ha sido manifiestamente reflejada en el Estatuto Marco que, de forma inusual en el ámbito de las relaciones funcionariales, hace múltiples y significativas remisiones a la participación de los profesionales mediante diferentes fórmulas, incluida la negociación colectiva de la práctica totalidad de los aspectos relativos a su régimen jurídico, con lo que se confirma la dimensión laboral que a estos efectos proyecta este personal. La propia configuración del Foro Marco para el Diálogo social como «laboral» así lo revela, como lo muestra igualmente que la Ley no haya querido remitirse sin más a la LORAP, que en materia de negociación evidencia muchas deficiencias, aunque sea su marco general de referencia, tanto en el ámbito estatal como autonómico (DF LORAP; STCo. 165/1986).

<sup>6</sup> Para una interesante e ilustrativa recopilación de una impresionante amalgama de instrumentos convencionales, de carácter general y sobre temas muy específicos, *vid.* INSALUD. *Disposiciones relativas al personal de instituciones sanitarias de la Seguridad Social*. Tomo II. Madrid. 1997. págs. 23 a 205.

Así, la primera regla, coherente con la adscripción de esta relación al ámbito del Derecho de la Función Pública, es de remisión formal a la Ley 9/1987, de 12 junio. No obstante, contiene algunas peculiaridades de cierto relieve, partiendo en todo caso del reconocimiento formal de la negociación colectiva como auténtico derecho básico del personal estatuario.

La negociación colectiva de las condiciones de trabajo se efectuará mediante la «*capacidad representativa reconocida a las organizaciones sindicales*», de conformidad con la LOLS. Esta falta de intervención de los órganos de representación unitaria es común, pues, al resto de las relaciones funcionariales. Hemos de entender aplicables las lecturas que, favorables a la libertad sindical, reaccionan contra prácticas excluyentes de la negociación de los sindicatos con legitimación inicial –derecho a participar en la negociación– (SSTCo. 80/2000; TS 9-2-1998). A tal fin, en el ámbito de cada servicio de salud se constituirá «una» Mesa Sectorial de Negociación –entre representantes de la Administración o Servicio de Salud y las organizaciones sindicales más representativas.

Esta redacción normativa plantea algunas cuestiones de coordinación con el régimen general previsto para los funcionarios. Por un lado, al referir de modo inmediato a la capacidad representativa de los sindicatos, parece quererse configurar a éstos como los sujetos legitimados para la negociación y no, como se entiende para el régimen general, la Mesa de Negociación. La Mesa sería el ámbito en el que se produce el proceso concreto negociador pero no el «sujeto» legitimado, como extrañamente se ha entendido por la jurisprudencia contencioso-administrativa al interpretar esta Ley. La cuestión no deja de ser confusa.

Por otro, parece enfatizarse la idea de constituir una sola Mesa Sectorial, en la que estarán tanto los funcionarios sanitarios como el personal estatuario. Ahora bien, que exista esta Mesa no parece suponer la exclusión de cualquier unidad de negociación colectiva, pues tanto la Mesa General –preferencia de la negociación a este ámbito– como la autonomía de decisión de las Comunidades Autónomas, pueden determinar que se multipliquen los ámbitos (art. 31 LORAP). La voluntad de simplificación que puede entenderse anima la regulación del Estatuto Marco permitiría avalar una lectura restrictiva y excluyente, sin embargo, la propia Ley evidencia el reconocimiento de diferentes ámbitos de negociación, como sucede con el artículo 11.4.

Si hay concurrencia de voluntades no sólo negociadoras sino también de llegar a un acuerdo es posible formalizar un producto de regulación convencional. Ahora bien, el artículo 80, de forma prácticamente idéntica al artículo 35 de la Ley 9/1987, diferencia entre *Pactos* –de aplicación directa al personal afectado y versarán sobre materias que correspondan al ámbito competencial del órgano que los suscriba– y *Acuerdos* –materias cuya competencia corresponda al órgano de gobierno de la correspondiente AP y, para su eficacia, precisarán, expresa y formal aprobación de este órgano–. Aunque se sigue discutiendo sobre la naturaleza de estos pactos, que tiende a reconducirse a un «reglamento pactado», no cabe ya dudar de su configuración como un instrumento normativo con fuerza reguladora propia (STS, 3.ª, 16-11-1995), sin perjuicio del respeto del principio de legalidad (SSTS, 3.ª, 19-10-1999, 9-3-2000).

El artículo 80.2 establece las materias que deberán ser objeto de obligada negociación, que no supone si una modalización, más formal que sustancial, de lo previsto en el artículo 32 de la LORAP –criticado por su extensión, sobre todo por la doctrina ius-administrativista, al afectar a materias con reserva de ley–, al que remite:

- a) Las retribuciones.
- b) Los planes y fondos de formación.
- c) Los planes de acción social.
- d) Selección de personal y provisión de plazas, incluyendo la oferta global de empleo en el Servicio de Salud (actos y políticas de gestión de personal).
- e) El tiempo de trabajo y el régimen de descansos.
- f) El régimen de permisos y licencias.
- g) Los planes de ordenación de recursos humanos –análogos a los enigmáticos «planes de empleo», también objeto de negociación; DA 7.ª Ley 22/1993–.
- h) Los sistemas de carrera profesional.
- i) Las materias relativas a la prevención de riesgos laborales.
- j) Las propuestas sobre aplicación de derechos sindicales y de participación.
- k) En general, cuantas materias afecten a las condiciones de trabajo y al ámbito de relaciones del personal estatutario y sus organizaciones sindicales con la Administración Pública o el Servicio de Salud.

El artículo 80.4 recoge, en cambio, las materias excluidas, coincidiendo con el artículo 34 LORAP. Como es sabido, en estos casos –potestades de organización, ejercicio de derechos de los ciudadanos (usuarios); procedimiento de formación de actos y disposiciones administrativas–, el derecho a la negociación se desnaturaliza o degrada a derecho de consulta, siempre y cuando puedan afectar a las condiciones de trabajo. La negociación colectiva estará presidida por los «*principios de buena fe* y de voluntad negociadora» –este último, en realidad, es reiterativo–, para lo que será necesario facilitar a las partes la información que resulte necesaria, y en tiempo útil, para la eficacia de la negociación. La vigencia efectiva de este principio deberá ser un revulsivo o un correctivo importante, más bien un freno, a la potestad de aprobación unilateral prevista en el artículo 80.5 del Estatuto Marco, igualmente previsto en la Ley 9/1987. A tenor del mismo, corresponderá al Gobierno, o Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, fijar las condiciones de traba-

jo «cuando no se produzca acuerdo en la negociación o no se alcance la aprobación expresa y formal» del Acuerdo por el Órgano de Gobierno competente, que es también una potestad –exorbitante– recogida en el régimen general o común. Debe recordarse, aunque no se diga expresamente en el Estatuto, que en estos casos se puede acudir a la mediación –art. 38 LORAP–.

## V. LAS CLÁUSULAS DE CIERRE: ALGUNOS PROBLEMAS DE SUCESIÓN NORMATIVA

### 1. El aplazamiento del efecto derogatorio: DDU y DT 6.<sup>a</sup>.

Para finalizar ya este recorrido por tan extenso, aunque sólo sea básico o mínimo uniforme, Estatuto Marco es oportuno hacer mención a algunas cuestiones recogidas en las que denominamos «cláusulas de cierre» del texto legal. Puesto que buena parte de los contenidos de las DD Adicionales, Transitorias e incluso Finales ya han sido objeto de referencia en los ámbitos oportunos, al comentar las reglas del texto legal con las que han de relacionarse, a las que matizan, confirman o excepcionan, aquí nos vamos a limitar a comentar algún aspecto que entendemos resulta especialmente significativo. En realidad, se trata en particular de comentar, siquiera brevemente, el alcance de la DD Única, no sólo por lo que dice pero que previamente una DT, la 6.<sup>a</sup>, desmiente o, mejor, condiciona temporalmente, sino también por lo que no dice expresamente, y que suscita una gran inquietud, al tratarse ni más ni menos que a la gran cuestión procesal: ¿sigue siendo competente el orden social?

En este apartado afrontamos la primera cuestión, dejando para el siguiente la segunda. Por lo que refiere al desmentido temporal del alcance abrogatorio del Estatuto, en primer lugar hay que hacer referencia a la estructura de la DD Única. Esta regla contiene las dos típicas cláusulas de este tipo: la derogación tácita –se derogan o, en su caso, son inaplicables, las disposiciones de igual o inferior rango que se opongan a lo establecido en el Estatuto Marco– y la derogación expresa o mediante la técnica de listado. Es cierto que la segunda respeta mejor que la primera las exigencias de seguridad jurídica, pero no menos cierto es que un uso impreciso de las técnicas de sucesión normativa, tan usual en este ámbito, como se denunció, complican mucho la misma identificación de la norma aplicable, cuanto más su sentido.

En principio, el listado legal es relativamente amplio, en la medida en que expresa su voluntad de convertirse en el único referente legislativo estatal sobre el personal estatutario. Por eso, deroga expresamente:

- a) El artículo 84.1 LGS –promulgado el Estatuto carece de referencia la «delegación» (para algunos «deslegalización») normativa–.

- b) El Real Decreto-Ley 3/1987, 11.9, sobre retribuciones del personal estatutario del INSA-LUD, y las disposiciones y acuerdos de desarrollo, por cuanto queda en buena medida integrado en el Estatuto.
- c) La Ley 30/1999, de 5 de octubre, de selección y provisión de plazas de personal estatutario de los servicios de salud, por incorporación del mismo, incluida la práctica totalidad de sus Disposiciones Adicionales.
- d) El Real Decreto-Ley 1/1999, 8 de enero, sobre selección de personal estatutario y provisión de plazas en las instituciones sanitarias de la Seguridad Social, ya derogado por la Ley 30/1999, si bien también de forma condicionada a la aprobación de desarrollos autonómicos.
- e) El Estatuto del personal médico de la Seguridad Social –Decreto 3160/1966, de 23 de diciembre, y disposiciones que lo modifican, complementan y desarrollan–.
- f) El Estatuto de personal sanitario no facultativo –Orden de 26 de abril de 1973, con excepción de su artículo 151, así como las disposiciones que lo modifican, complementan y desarrollan–.
- g) El Estatuto de personal no sanitario –Orden de 5 de julio de 1971, y disposiciones de modificación, complemento y desarrollo–.

Por su parte, el apartado 2 salva la vigencia de los pactos y acuerdos vigentes a la entrada en vigor del Estatuto Marco que no se opongan o contradigan lo establecido en la misma. En realidad, no es más que una concreción, respecto de las normas convencionales, de la cláusula de derogación tácita establecida en el apartado 1 y expresa, de una forma rocambolesca, el juego del principio de jerarquía normativa, de modo que por mucha voluntad que el Legislador tenga de salvar el contenido convencional, tan profuso, como vimos, no puede desconocer el principio de jerarquía.

A este respecto, recuérdese que la jurisprudencia no ha aceptado el juego en este ámbito del principio de norma más favorable, de modo que la regulación convencional no puede imponerse sobre la legal, aunque aquella sea más favorable que ésta (SSTS 4-12-1992 y 18-11-1997), ni tampoco el principio de condición más beneficiosa (STS 19-4-1991). En este sentido, aunque la Ley parece querer atenuar el efecto del denominado «principio de modernidad» –*lex posterior derogat priori*– en relación a la regulación convencional precedente (un supuesto de este tipo aparece, en relación a la retribución del personal de cupo, en SSTS 31-10-1994, 13-3-1995 y 5-10-1999, en las que se mantiene, frente a lo dispuesto en el Real Decreto-Ley 8/1987, lo dispuesto en el Acuerdo de 18-9-1987), ha de tenerse en cuenta que este criterio no juega cuando el llamado a aplicarse es el principio de jerarquía, como sucede aquí.

Pero este intento de mitigar los efectos renovadores del Estatuto, al menos en un determinado plazo de tiempo, aparece igualmente en otra disposición. En efecto, no obstante el alcance general de las disposiciones derogatorias (DD Única) y la inmediatez de la entrada en vigor del Estatuto, el legis-

lador ha matizado tal efecto regulador incondicionado y prever un régimen de aplicación progresiva. Pese a la vocación expansiva igualmente señalada y concretada en diversos aspectos ya estudiados. Así, la DT 6.<sup>a</sup> prevé la continuidad de vigencia de ciertos preceptos, en los términos siguientes:

- a) Las previsiones de los artículos 40 y 43 –retribuciones– del Estatuto Marco entrarán en vigor cuando se aprueben las normas de desarrollo de las Comunidades Autónomas, según el artículo 3. En tanto, estarán en vigor, en cada Servicio y sin carácter básico, las normas previstas en la DD Única, 1 b), o las equivalentes de cada Comunidad Autónoma.
- b) Lo mismo se prevé respecto de las categorías profesionales del personal estatutario y a las funciones de las mismas contenidas en las normas previstas en la DD Única, apartado 1, letras e) , f) y g) –Estatutos de personal por categorías profesionales–.
- c) Se mantendrá vigente, con rango reglamentario y sin carácter básico la norma citada en la DD Única, punto 1 letra d) –Real Decreto Ley 1/1999–.
- d) Las prestaciones de carácter social previstas en los tres Estatutos preconstitucionales, formalmente derogados, se mantendrán en vigor exclusivamente respecto de quienes ostenten derechos subjetivos ya adquiridos a tales prestaciones a la entrada en vigor del Estatuto.

El apartado 2 establece una aplicación progresiva del límite máximo de 150 horas anuales previsto en el artículo 49.1 del Estatuto Marco. A tal fin, se prevé un período de adaptación de 10 años, remitiendo a un Real Decreto del Gobierno la forma en que ha de concretarse tal situación. Este Real Decreto deberá elaborarse en un plazo no superior a los 18 meses desde la entrada en vigor del Estatuto y requiere previo Informe, que es preceptivo pero no vinculante, de la Comisión de Recursos Humanos del SNS. En el Informe se deberá dejar detallada constancia de las implicaciones para la organización del servicio y para su financiación de tal límite, así como en la necesidad de especialistas. Igualmente, recogerá las posibles excepciones a contemplar en la normativa atendiendo al hecho insular. Dicho Informe habrá de contar con la opinión de expertos de las Administraciones Sanitarias, de los Servicios de Salud y de las Organizaciones Sindicales.

En definitiva, pese al esfuerzo realizado por el legislador y al mucho tiempo transcurrido de espera para tener el Estatuto Marco, su vigencia y efectividad no podrá producirse en un grupo importante de aspectos hasta que se promulguen los Estatutos Autonómicos. Una vez más, las cuestiones técnico-instrumentales, ponen en cuestión los objetivos de política jurídica.

Por tanto, habrá que rogar tanto a negociadores como a responsables autonómicos que se pongan mano a la obra y no retrasen en exceso esta regulación de desarrollo, la complejidad y multiplicidad de problemas de organización y gestión del personal en los diferentes Servicios, la perplejidad generada por determinados procesos, la continuidad de muchas anomalías de contratación... aunque no hace fácil la tarea sí que la hacen inexcusable.

## 2. ¿Cuál es la suerte del artículo 45.2 LGSS/1974 sobre competencia del orden social para el personal estatutario?

Pero, como anticipábamos, los problemas de la DD Única no vienen sólo por el desmentido de buena parte de sus previsiones, que aplaza el efecto regulador del Estatuto Marco, sino también por lo que no dice, al menos expresamente, obligando a delicadas operaciones hermenéuticas, conforme a criterios y principios. Sin duda, el aspecto más problemático es el relativo a las relaciones de sucesión normativa respecto de las vigentes, aunque sea residualmente, normas de la LGSS/1974. Aunque, como se sabe, buena parte de las normas de esta Ley relativas al personal ya han ido siendo derogadas por normas posteriores, lo cierto es que todavía algunas de ellas mantienen una vigencia marginal, que puede chocar con la nueva regulación.

Aunque algunas cuestiones admiten una fácil respuesta, como por ejemplo la definitiva derogación del artículo 116.1 LGSS, pues, como sucede con el artículo 84.1 LGS, la referencia al desarrollo reglamentario ya carece de todo sentido, otras en cambio, no nos parece que sea tan fácil. Desde luego, la cuestión estrella o principal a estos efectos es determinar qué ha pasado, si es que ha pasado algo, con el enigmático y resistente, casi numantina, artículo 45.2 LGSS/1974. A este respecto, aunque las opiniones se muestran fuertemente divididas o enfrentadas sobre la necesidad o conveniencia de mantener la competencia del orden social respecto de un personal que es funcional, lo cierto es que, antes de la Ley 55/2003, nadie dudaba que estaba vigente este precepto, de modo que ni la LPL ni la LJCA/1998 (DA 5.<sup>a</sup>), habrían modificado esta situación, ni tampoco la DA 2.<sup>a</sup> Ley 50/1998. La característica dualidad de jurisdicciones vendría recogida, en este ámbito, por la propia DD 1 b) de la Ley 30/1984, LRFPP

La Disposición Derogatoria Única de la Ley 55/2003 no hace alusión alguna al artículo 45.2 LGSS/1974. No obstante, la rotunda formulación del carácter funcional de la relación podría llevar a aplicar la cláusula derogatoria tácita. Tras tres décadas de discutida, pero efectiva, vigencia, por fin, el artículo 45.2 habría sido derogado. Esta lectura abrogatoria estaría en coherencia con el artículo 3.1 a) LPL, relativo a la libertad sindical, pero no respecto del derecho de huelga, STS, 3.<sup>a</sup>, 3-10-1997-.

Las cosas distan, sin embargo, de ser tan fáciles. Y ello porque, como hemos visto, en realidad la regulación del nuevo Estatuto, a estos efectos, no aporta ninguna novedad, por cuanto la jurisprudencia ha venido sosteniendo esta calificación como función pública profesional especial, al tiempo que la propia legislación, ya desde los orígenes, habría partido de esta consideración. La aplicación como Derecho Supletorio del Ordenamiento Funcional tampoco es novedad, pues esa práctica ya ha sido seguida, una vez que cambió la orientación definitivamente en 1991, por la Sala de lo Social. En consecuencia, si el legislador no ha hecho referencia alguna no hay que entender, de modo automático, que ha querido, pero no ha sabido, cambiar radicalmente la situación precedente. Ninguna oposición radical puede producirse si, como decimos, en realidad el alcance del artículo 1 del Estatuto es puramente declarativo y no constitutivo, pues no hace sino clarificar algo que ya estaba plenamente asentado en el sistema de fuentes actual.

Naturalmente, esta argumentación tampoco resuelve la cuestión. Pues es evidente que estamos ante una importante contradicción del ordenamiento jurídico, en la medida en que temas netamente laborales, como la libertad sindical, se remite a la jurisdicción contencioso-administrativa, mientras que el orden social retendría la competencia sobre «asuntos de personal», aunque sean tan singulares o especiales como los colectivos profesionales que caen bajo esa ambigua e indecisa etiqueta de «personal estatutario». Por tanto, es oportuno profundizar más en esta cuestión para alcanzar una solución no sólo correcta, sino coherente y, además, oportuna. En la medida en que aquí no podemos entrar en profundidad en tan delicada cuestión, de momento preferimos, por razones normativas y sobre todo de orden práctico, la segunda solución –la continuidad de la vigencia de la competencia del orden social–sobre la primera– la derogación tácita del artículo 45.2 LGSS/1974 por el Estatuto Marco–, aunque entendemos que tan buenas son las razones para la primera como para la segunda. En consecuencia, bien haría el legislador en aprovechar la ocasión que le brinde una futura reforma, específica o no, para clarificar este punto. Los desarrollos autonómicos no podrán resolver esta cuestión por cuanto es competencia exclusiva del Estado.

### **3. Informes sobre financiación (DF 2.<sup>a</sup>): la omnipresencia de la obsesión por el equilibrio financiero.**

La importancia que el principio de eficiencia en la gestión del SNS, y de los diferentes Servicios de Salud que lo integran, y, en consecuencia, de los aspectos financieros ya ha quedado reflejada en múltiples preceptos del Estatuto Marco. Esta omnipresencia se reafirma también al final del texto normativo, tratando de asegurar el control financiero del Estado Central en aras del sacralizado ya principio de equilibrio financiero del gasto público, en particular del sanitario.

Así, se atribuye al Órgano colegiado interministerial creado por la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud –DF 2.<sup>a</sup>, la competencia de informar preceptivamente todos los asuntos derivados de la aplicación del Estatuto Marco, lo que sin duda puede generar notabilísimos problemas, dada la diversidad y complejidad de situaciones reguladas en el mismo.

En esta misma dirección de control en un plano estatal, se prevé, por supuesto salvando «la responsabilidad financiera de las comunidades autónomas conforme a lo establecido en la Ley 21/2001, 27 de diciembre» y al amparo del principio de lealtad institucional reflejado en el artículo 2.1 e) de la LO 8/1980, 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas, que el referido Informe sea presentado por dicho Órgano colegiado al Consejo Interterritorial del SNS. Por su parte, el Ministerio de Hacienda trasladará este Informe al Consejo de Política Fiscal y Financiera, para proceder a su análisis, en el contexto de dicho principio de lealtad institucional y, en su caso, proponer las medidas necesarias para garantizar el equilibrio financiero.

## VI. VALORACIÓN FINAL PROVISIONAL: «EN EXPECTATIVA DE DESTINO»

No dudamos que la motivación y el compromiso con la gestión de los profesionales de las organizaciones sanitarias siguen siendo, sin lugar a dudas, retos históricos pendientes de resolver en el sistema público. Pero es también claro que este Estatuto Marco difícilmente está en condiciones de realizarlo, en la medida en que aparece fuertemente condicionado por las concretas opciones que se sigan en cada Servicio Autonómico, no obstante la vocación de simplificación, generalización y uniformización, sobre mínimos o básicos, de los regímenes de personal. Se ha perdido la oportunidad para introducir importantes mejoras, como el control de las altas tasas de precariedad, o la «humanización» de las prácticas de organización y gestión de personas –no tanto de «recursos»–, mediante una atención más cuidada a los denominados riesgos emergentes, como los riesgos psicosociales.

Además, en buena medida sus contenidos sólo transcriben reglas ya fijadas en la multiplicidad de leyes que conforman su complejo e incoherente «sistema» de fuentes, por lo que su novedad es más que relativa, máxime si se tiene en cuenta el propio aplazamiento de vigencia de algunos de los aspectos más relevantes del mismo. Ciertamente, ha de valorarse positivamente la apertura a una nueva dinámica de gestión más flexible y participada, al tiempo que profesional, con el reconocimiento del derecho a la carrera profesional y a la retribución, conforme a este progreso socio-profesional.

La apuesta por un derecho reforzado de negociación colectiva, aunque no se cambie sustantivamente el régimen vigente para los funcionarios en general, deja albergar algunas esperanzas de renovación. Sin embargo, demasiadas cosas han quedado pendientes para futuros desarrollos, sobre un juego de autonomías –políticas, colectivas, de gestión– y conforme a no lineales principios –calidad, eficiencia, estabilidad, profesionalidad, racionalidad...–, que abre caminos de renovación pero no garantiza resultados.

No obstante, aunque los objetivos de simplificación y articulación coherente que pretende la Ley 55/2003 distan mucho de estar garantizados con la regulación que suministra, como creemos haber acreditado, siquiera sucintamente, en este primer comentario, no puede dudarse seriamente, más allá de planteamientos puramente político-ideológicos, que el Estatuto Marco va a desplegar «*un papel nuclear como elemento impulsor de la dinámica de evolución*» de nuestro SNS, como el propio Legislador reconoce. Cosa distinta será concluir que, tal y como ha quedado formulado, y a la espera de los múltiples e inciertos, no obstante el carácter «básico» del Estatuto, «Estatutos Autonómicos», la dirección en la que orienta aquella evolución sea la más adecuada para arribar al deseado, y cada vez más lejano, SNS coherente y de calidad.

**BIBLIOGRAFÍA**

- AA.VV. *Manual Jurídico de la Profesión Médica*. Dykinson. 1998.
- CAVAS, F.-SEMPERE, A.V. «El personal estatutario de la Seguridad Social en la doctrina de unificación (1991-1998)». *Cuadernos Aranzadi*.
- DESDENTADO, A.-DESDENTADO, E. «El sistema normativo de la relación de servicios del personal estatutario de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social». *Aranzadi Social*. Vol. V. 2000.
- GARCÍA PIQUERAS, M. *Régimen jurídico del personal al servicio de las instituciones sanitarias de la Seguridad Social*. CES. Madrid. 1996.
- GARCÍA MURCIA, J.-I. GONZÁLEZ DEL REY. «Fuentes de regulación y sistema de retribuciones del personal estatutario de la Seguridad Social». *AL*. N. 37/1994.; *Médicos, personal sanitario de la Seguridad Social*. Tecnos. Madrid. 1996.
- LANDA ZAPIRAIN, J.P. *La reforma de la sanidad pública y el régimen jurídico de su personal*. CES. Madrid. 1999.
- MOLINA NAVARRETE, C. *Comentario a la LGSS/1974*. En Aa. Vv. (coord.: J.L. Monereo y M.N. Moreno). *Comentarios a la LGSS*. Comares. Granada. 1999.