

El Personal Estatutario del Sistema Nacional de Salud español

JUAN FRANCISCO PÉREZ GÁLVEZ¹
ANTONIA VILLEGAS OLIVA²

RESUMEN

La evolución del sistema sanitario en Europa y en España ha sido muy intensa. Europa preconiza la aplicación del principio de subsidiaridad en este sector, con modulaciones. El personal sanitario resulta clave. La denominación personal estatutario responde a la tradición y a la realidad. Vertebrada los distintos grupos profesionales, cuyo régimen jurídico se ha refundido con el paso del tiempo. El estudio del concepto, y de su naturaleza, es el objeto del presente trabajo.

Palabras clave: Personal sanitario, Personal estatutario, Salud, Sistema Nacional de Salud español.

The Statutory Personal in the Spanish National Health System

ABSTRACT

The evolution of the health system in Europe, and particularly in Spain, has been a profound one. Europe calls for the application of the principle of sub-

1 Doctor en Derecho. Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Almería (España). Correo-e: jperezg@ual.es. Fecha de recepción: 5 de septiembre de 2013; fecha de aceptación: 25 de octubre de 2013. Para citar el artículo: Pérez Gálvez, Juan Francisco y Antonia Villegas Oliva (2013). "El Personal Estatutario del Sistema Nacional de Salud español", en Revista Digital de Derecho Administrativo N° 10. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, pp. 57-92.

2 Psicóloga Clínica Complejo Hospitalario Torrecárdenas (Almería-España). Correo-e: antoniavillegas7@gmail.com.

sidarity in this sector, but with modulations. The medical staff is essential. The term "statutory staff" responds to tradition and reality, and these distinctions support professional groups whose legal systems have been merged with the passing of time. The study of this concept and its nature is the subject of this paper.

Keywords: Health workforce, Staff statutory Health, Spanish National Health System.

I. LA REGULACIÓN DE LAS PROFESIONES SANITARIAS Y LOS SUBSISTEMAS DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

La primera regulación de las profesiones sanitarias en España se produce mediado el siglo XIX, pues ya el Reglamento para las Subdelegaciones de Sanidad Interior del Reino, de 24 de julio de 1848, determinaba que el ejercicio de las profesiones de Medicina, Farmacia y Veterinaria estaba comprendido dentro del ramo de la sanidad. Por la Ley de 28 de noviembre de 1855, sobre el Servicio General de Sanidad, se instituyeron los Jurados Médicos Provinciales de Calificación, que tenían por objeto prevenir, amonestar y calificar las faltas que cometieran los profesionales en el ejercicio de sus facultades, así como regularizar sus honorarios, reprimir los abusos y establecer una severa moral médica.

Tanto la Ley de 1855, como la Instrucción General de 12 de enero de 1904, se preocuparon de reglamentar, siquiera embrionariamente, el ejercicio profesional de lo que denominaron "el arte de curar", con el establecimiento de un registro de profesionales que pusieron a cargo de los Subdelegados de Sanidad. La entrada en vigor, ya a mediados del siglo XX, de otras leyes sanitarias, supuso el abandono del sistema de ordenación seguido hasta entonces.

La Ley de 14 de diciembre de 1942, del Seguro Obligatorio de Enfermedad, otorga al personal sanitario un régimen funcional especial, que posteriormente será calificado de estatutario³.

A lo largo de este período se va produciendo el tránsito de la medicina liberal a la medicina socializada⁴. En España, en el debate entre la personalización y la colectivización de la asistencia, gana terreno esta última, a través

3 Cfr. SERRANO GUIRADO (1950: 309-310); M. GARCÍA PIQUERAS (1996: 57).

4 Cfr. DESDENTADO BONETE y DESDENTADO DAROCA (2000: 888-889): "Entre nosotros LAIN ENTRALGO ha señalado cómo en el marco de la medicina liberal la relación médico-enfermo se funda en la confianza que surge de la libre elección de aquél por éste. Este principio básico de la medicina liberal se complementa con otros tres principios: 1º) el principio de acuerdo directo sobre las condiciones en que se ha de prestar la asistencia y singularmente sobre la retribución. 2º) el principio de la libertad de prescripción y 3º) el principio de libertad de instalación de los facultativos. La ordenación jurídica que corresponde a este marco de la prestación de los servicios médicos es la propia del arrendamiento civil de servicios, que permite el juego pleno de los principios de la medicina liberal. [...]".

de la denominada "medicina de caja". Esta situación tiene un efecto inmediato con el nacimiento y puesta en marcha de los servicios de salud y la "funcionarización" de los profesionales sanitarios.

La Ley de Bases de la Sanidad Nacional, de 25 de noviembre de 1944, dedicó únicamente su Base 12 a la organización profesional de médicos, practicantes y odontólogos, con una única previsión, la de la existencia de Corporaciones Profesionales.

La Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, únicamente se refiere al ejercicio libre de las profesiones sanitarias, sin afrontar su regulación, aunque prevé, como competencia del Estado, la homologación de programas de formación posgraduada, perfeccionamiento y especialización de personal sanitario, así como la homologación general de los puestos de trabajo de los servicios sanitarios. Ello es así porque la Ley General de Sanidad es una norma de naturaleza predominantemente organizativa, cuyo objetivo primordial es establecer la estructura y funcionamiento del Sistema Sanitario Público en el nuevo modelo político y territorial del Estado que deriva de la Constitución de 1978.

Por todo ello, el ejercicio de las profesiones sanitarias, con alguna excepción, como odontología, queda diferido a varias disposiciones, ya sean las reguladoras del sistema educativo, las de las relaciones con los pacientes, las relativas a los derechos y deberes de los profesionales en cuanto tales o las que regulan las relaciones de servicio con los centros, servicios y establecimientos públicos y privados. Esta situación es la que trata de remediar, en parte, la Ley de Ordenación de las Profesiones Sanitarias⁵.

No es este el momento de avanzar más sobre esta materia. Sin embargo sí quiero dejar constancia de la siguiente expresión: "Alimentar el futuro es iluminar el pasado"⁶, que no me pertenece. Pero que nos manifiesta con rotundidad la necesidad de determinar "de dónde venimos" para saber a "dónde vamos". En este contexto es necesario destacar que el ejercicio de actividades asistenciales ha sido y es una parcela sobre la que la administración pública ha ejercido sus potestades, con una intensidad que paulatinamente se ha incrementado con el paso del tiempo.

La Ley General de Sanidad, de 25 de abril de 1986, es fiel reflejo de la teoría general de sistemas, y por este motivo diseña y conforma el Sistema Nacional

5 Cfr. Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de Ordenación de las Profesiones Sanitarias (BOE de 22 de noviembre, nº 280), Preámbulo.

6 Cfr. LORENZO MARTÍN-RETORTILLO BAQUER (1990: 83): "[...] porque alimentar el futuro es iluminar igualmente el pasado, resulta imprescindible el 'de-donde-venimos', el valorar con conocimiento de causa los pasos dados y, sobre todo, el esfuerzo que ha representado darlos. Para situar en su lugar cada institución, cada mandato. Para conocer y respetar los afanes del impulso histórico. para honrar las aspiraciones pasadas en sus luchas más nobles. Para no repetir errores. Para tener siempre muy presente aquello que se abandonó, así como el porqué del abandono. Para defender desde ahí toda la legitimidad del derecho dado".

de Salud⁷, el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, la Alta inspección del Estado en materia de sanidad, los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas, las Áreas de Salud, la coordinación general hospitalaria y un sistema de financiación que habilita la consecución de sus objetivos.

En ella se prevé no solo la vinculación de los hospitales y establecimientos del sector privado en el sistema nacional de salud⁸ [Título IV, Capítulo primero (Del ejercicio libre de las profesiones sanitarias, art. 88) y Capítulo II (De las entidades sanitarias, arts. 90, 93 y 94)], mediante técnicas de planificación, y de mando (legislación y reglamentación), sino también la del sector farmacéutico, público y privado, el cual queda así vinculado al Sistema Nacional de Salud (arts. 95 a 103), atribuyéndose expresamente a las farmacias abiertas al público el carácter de establecimientos sanitarios (art. 103.2)⁹. Respeto al personal que presta servicios en estas instituciones, la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, arts. 84 y 85 determina los aspectos básicos de su regulación.

Por tanto, estamos en condiciones de comprender cómo el ejercicio libre de las profesiones sanitarias, las entidades sanitarias que prestan servicio a los seguros de asistencia sanitaria o el acceso o desarrollo profesional de los trabajadores del sistema público de salud, son un magnífico ejemplo de inserción del *subsistema* del que forman parte, en el *Sistema Nacional de Salud*.

II. EL SISTEMA NACIONAL DE SALUD Y LOS SERVICIOS DE SALUD AUTONÓMICOS EN EL CONTEXTO DE LA UNIÓN EUROPEA

El ámbito de la salud en la Unión Europea viene determinado por la aplicación del principio de subsidiariedad. Esta afirmación es cierta, pero necesita ser modulada. Dicho de otro modo, la búsqueda de una mayor igualdad en toda la comunidad a través de medidas dirigidas a mejorar la salud pública, debe tener consecuencias en la organización de los servicios sanitarios y el ejercicio profesional¹⁰.

7 Cfr. LEGALIA (2002: 65): «Tradicionalmente, el sistema sanitario español ha tenido que enfrentarse al problema de su adaptación a las necesidades del momento. Dicha adaptación se ha caracterizado por la fragmentación de la organización en diversos subsistemas ordenados de manera dispar. Así, desde el proyecto de Código Sanitario de 1822 hasta la aprobación de la Ley General de Sanidad en 1986, cada subsistema ha ido creando sus propias estructuras al margen de la organización general, aumentando de forma individualizada las atenciones asistenciales».

8 Cfr. PÉREZ GÁLVEZ (2012: 41-88).

9 Cfr. PÉREZ GÁLVEZ (2010: 105-117); PÉREZ GÁLVEZ (2011: 117-136).

10 Cfr. OCDE, «Informe Health at a Glance Europe 2010», panorama de la salud en la Europa del 2010, GAETAN LAFORTUNE y MICHAEL DE LOOPER (coords.). En el mismo se indica que

Para lograr esta meta, es necesario consolidar una sólida base jurídica que permita hacer frente a la integración de objetivos y a las políticas sectoriales, como cauce de vertebración de una realidad y una diversidad extraordinariamente compleja. La cooperación es un primer paso, pero el establecimiento de valores y principios comunes debe continuar con el impulso decidido de medidas estructurales que permitan homogeneizar los parámetros que determinan este sector.

En la actualidad, el principio de primacía del Derecho comunitario permite hacer frente a los retos que suponen la libre circulación, el libre establecimiento y la no discriminación de los nacionales de los distintos países. En este trabajo se abordan supuestos relacionados con el acceso a los estudios universitarios en el ámbito de la salud, la prohibición de discriminación, igualdad de trato en el empleo y la ocupación en el sector sanitario y el respeto a las libertades fundamentales en el sector de las oficinas de farmacia. Pero las respuestas que nos ofrece el Tribunal de Justicia de la Unión Europea son solo la antesala de lo que está por venir y por hacer.

Cuando digo esto, no se trata de una aseveración vacía de contenido. Entre otros muchos aspectos o apartados debo señalar los siguientes: inclusión de la salud en las políticas sectoriales, homogenización de las condiciones y requisitos de los centros, servicios y establecimientos sanitarios, criterios marco para garantizar cierta uniformidad en las carteras de servicios, prestaciones y un tiempo máximo de acceso, determinación del campo de actuación de las especialidades sanitarias¹¹, registro de profesionales de ámbito comunitario, política de recursos humanos supraestatal que haga frente a la difícil cobertura

pese a que, de media, el número de médicos per cápita ha aumentado desde 2000 en todos los países europeos (excepto Eslovaquia), existe una gran preocupación por la falta de doctores en Turquía, Polonia, Rumania, Reino Unido y Finlandia. Además, hay muchos más especialistas que médicos de Atención Primaria en la mayoría de países, con la excepción de Rumania y Portugal. La falta de enfermeras también comienza a ser grave.

La OCDE presentó en diciembre de 2010 la primera edición del informe *Health at a glance: Europe* ("Salud de un vistazo: Europa"), que reúne los indicadores clave en salud de los sistemas sanitarios de 31 países: los 27 Estados miembros de la Unión Europea e Islandia, Noruega, Suiza y Turquía.

El trabajo, demuestra las grandes diferencias que se producen tanto en la salud de la población en los diferentes países europeos como en factores de riesgo, niveles de gasto y fuentes de financiación. Como ejemplo nos traslada que mientras en Chipre o Rumania se gasta menos del 6% PIB en salud, el porcentaje se dispara por encima del 10% en Francia, Suiza, Alemania y Austria. En España se alcanza el 9%.

11 Son varios los pronunciamientos del Tribunal Constitucional español que amparan a médicos licenciados que desarrollan actividades de estética sin tener la especialidad de cirugía plástica, estética y reparadora. La razón alegada por los magistrados es que no puede catalogarse como intrusismo al no existir una norma que defina qué actos corresponden a cada especialidad. Lo mismo sucede en buena parte del ámbito comunitario.

de las profesiones sanitarias¹², regulación del tiempo de trabajo¹³ y estandarización de las retribuciones en virtud del perfil profesional¹⁴, reconocimiento uniforme de los títulos extracomunitarios de especialista en ciencias de la salud¹⁵, reforzar los mecanismos de protección de los pacientes frente a medicamentos falsificados o canales de venta irregulares, etc.

- 12 Cfr. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el «Libro Verde sobre el personal sanitario europeo» [COM(2008) 725 final], Síntesis del documento de la Comisión: "La emigración de personal sanitario es una cuestión de interés vital. Los motivos de esta evolución son las diferencias de salario y las distintas condiciones laborales. La diversidad estructural de los sistemas tiene repercusiones importantes en las estructuras de la oferta y la cualificación".
- 13 Cfr. Sindicato Médico Andaluz (2011, enero): "La Comisión Europea ha iniciado en diciembre pasado una segunda fase de consulta pública para modificar la Directiva 2003/88/CE de tiempo de trabajo, la primera la inició en marzo del 2010. Esta directiva enfrenta desde hace más de cinco años a los países que reclaman una mayor flexibilidad laboral, encabezados por Reino Unido y Alemania, contra los que quieren acabar con las excepciones que permiten trabajar más de 48 horas semanales liderados por España. Esto que puede sonar a chino, no estaría aquí si no influyese extraordinariamente sobre las guardias médicas, en lo que atañe a las retribuciones por este concepto y sus descansos compensatorios. "La mayoría de los Estados miembros respaldan las propuestas de la presidencia y quieren aprobar la norma para resolver los problemas que les plantean las guardias médicas. El Tribunal de Justicia de la UE ha dictaminado en diversas ocasiones que las guardias deben considerarse tiempo de trabajo, y la directiva se reforma precisamente para evitar los elevados costes que tendría la aplicación de estas sentencias en sectores como la sanidad. Según la Comisión, de los 27, 23 Estados miembros incumplen esta jurisprudencia".
- 14 Cfr. Sindicato Médico Andaluz (octubre de 2011): "La Federación Europea de Médicos Asalariados (FEMS) ha celebrado este pasado fin de semana su asamblea general en Catania (Sicilia). Además de la repercusión de la crisis económica en la sanidad de los 27, en el orden del día destacaron temas como el reconocimiento de las cualificaciones profesionales, y la necesidad de implantar en todos los países un glosario de retribuciones que parta de las características del perfil profesional, [...], de lo contrario, surgirían problemas enormes".
- 15 Cfr. Real Decreto 459/2010, de 16 de abril, por el que se regulan las condiciones para el reconocimiento de efectos profesionales a títulos extranjeros de especialista en Ciencias de la Salud, obtenidos en Estados no miembros de la Unión Europea (BOE de 3 de mayo, nº 107): "Entre las notas más características de este real decreto, cabe destacar su objetivo general de que el procedimiento de reconocimiento profesional de títulos extranjeros no vaya en detrimento de los altos niveles de calidad conseguidos tanto en España como en los demás Estados miembros de la Unión Europea en la formación de especialistas. De ahí, que un aspecto destacado de este procedimiento sea, no sólo la ineludible comparación entre la formación adquirida en el país de origen y la que otorga el programa español de la especialidad de que se trate sino también la comprobación de que los títulos extranjeros, cuyo reconocimiento profesional se pretende, cumplen en el caso de profesiones armonizadas, como son las de Médico Especialista (44 especialidades) y la de Matrona, los requisitos mínimos de formación fijados a tales efectos por la Unión Europea e la Directiva 2005/36/CE, de 7 de septiembre de 2005, que ha sido transpuesta a través del Real Decreto 1837/2008, de 8 de noviembre, por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español la Directiva 2005/36/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005, relativas al reconocimiento de cualificaciones profesionales, así como a determinados aspectos del ejercicio de la profesión [...]"

La determinación de estas cuestiones capitales, y de otras, propiciará un mayor y mejor acceso de los ciudadanos a más y mejores prestaciones sanitarias, con la garantía de una sociedad que busca la eficiencia y la competitividad en un entorno social.

Las políticas comunitarias pueden ser objeto de agrupación en los siguientes apartados: mercado interior; política económica; políticas sectoriales, y políticas sobre libertad, seguridad y justicia; política exterior. La salud pública se encuentra en el ámbito de las políticas sectoriales.

El Tratado de 13 de diciembre de 2007, sobre el funcionamiento de la Unión Europea (Versión consolidada subsiguiente al Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007), aborda la salud pública en diversos preceptos. El art. 4.2 establece: "Las competencias compartidas entre la Unión y los Estados miembros se aplicarán a los siguientes ámbitos principales: [...]. K) los asuntos comunes de seguridad en materia de salud pública, en los aspectos definidos en el presente Tratado". El art. 6 preceptúa: "La Unión dispondrá de competencia para llevar a cabo acciones con el fin de apoyar, coordinar o complementar la acción de los Estados miembros. Los ámbitos de estas acciones serán, en su finalidad europea: a) La protección y mejora de la salud humana. [...]". Es decir, articula una política de apoyo y complemento decidida.

El art. 168 (antiguo artículo 152 TCE), establece las bases y el régimen jurídico de la Salud Pública en la Unión Europea:

"1. Al definirse y ejecutarse todas las políticas y acciones de la Unión se garantizará un alto nivel de protección de la salud humana.

La acción de la Unión, *que complementará las políticas nacionales*, se encaminará a mejorar la salud pública, prevenir las enfermedades humanas y evitar las fuentes de peligro para la salud física y psíquica. Dicha acción abarcará la lucha contra las enfermedades más graves y ampliamente difundidas, apoyando la investigación de su etiología, de su transmisión y de su prevención, así como la información y la educación sanitarias, y la vigilancia de las amenazas transfronterizas graves para la salud, la alerta en caso de tales amenazas y la lucha contra ellas.

La Unión complementará la acción de los Estados miembros dirigida a reproducir los daños a la salud producidos por las drogas, incluidas la información y la prevención.

2. La Unión fomentará la cooperación entre los Estados miembros en los ámbitos contemplados en el presente artículo y, en caso necesario, prestará apoyo a su acción. Fomentará, en particular, la cooperación entre los Estados miembros destinados a mejorar la complementariedad de sus servicios de salud en las regiones fronterizas.

Los Estados miembros, en colaboración con la Comisión, coordinarán entre sí sus políticas y programas respectivos en los ámbitos a que se refiere el apartado

1. La Comisión, en estrecho contacto con los Estados miembros, podrá adoptar cualquier iniciativa útil para fomentar dicha coordinación, en particular iniciativas tendentes a establecer orientaciones e indicadores, organizar el intercambio de mejores prácticas y preparar los elementos necesarios para el control y la evaluación periódicos. Se informará cumplidamente al Parlamento Europeo.

3. La Unión y los Estados miembros favorecerán la cooperación con terceros países y las organizaciones internacionales competentes en materia de salud pública.

4. No obstante lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 2¹⁶ y en la letra a) del artículo 6, y de conformidad con la letra k) del apartado 2 del artículo 4, el Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, contribuirán a la consecución de los objetivos del presente artículo adoptando, para hacer frente a los problemas comunes de seguridad:

a) medidas que establezcan altos niveles de calidad y seguridad de los órganos y sustancias de origen humano, así como de la sangre y derivados de la sangre; estas medidas no impedirán a ningún Estado miembro mantener o introducir medidas de protección más estrictas;

b) medidas en los ámbitos veterinario y fitosanitario que tengan como objetivo directo la protección de la salud pública;

c) *medidas que establezcan normas elevadas de calidad y seguridad de los medicamentos y productos sanitarios.*

5. El Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, podrán adoptar también medidas de fomento destinadas a proteger y mejorar la salud humana y, en particular, a luchar contra las pandemias transfronterizas, medidas relativas a la vigilancia de las amenazas transfronterizas graves para la salud, a la alerta en caso de tales amenazas y a la lucha contra las mismas, así como medidas que tengan directamente como objetivo la protección de la salud pública en lo que se refiere al tabaco y al consumo excesivo de alcohol, *con exclusión de toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros.*

16 Cfr. Tratado de 13 de diciembre de 2007, Tratado sobre el funcionamiento de la Unión Europea [(Versión consolidada subsiguiente al Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007)], art. 2: "5. En determinados ámbitos y en las condiciones establecidas en los Tratados, la Unión dispondrá de competencia para llevar a cabo acciones con el fin de *apoyar, coordinar o complementar la acción de los Estados miembros, sin por ello sustituir la competencia de éstos en dichos ámbitos.*

"Los actos jurídicamente vinculantes de la Unión adoptados en virtud de las disposiciones de los Tratados relativas a estos ámbitos no podrán conllevar armonización alguna de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros".

6. El Consejo, a propuesta de la Comisión, podrá también adoptar recomendaciones para los fines establecidos en el presente artículo.

7. *La acción de la Unión en el ámbito de la salud pública respetará las responsabilidades de los Estados miembros por lo que respecta a la definición de su política de salud, así como a la organización y prestación de servicios sanitarios y atención médica. Las responsabilidades de los Estados miembros incluyen la gestión de los servicios de salud y de atención médica, así como la asignación de los recursos que se destinan a dichos servicios. Las medidas contempladas en la letra a) del apartado 4 se entenderán sin perjuicio de las disposiciones nacionales en materia de donaciones o uso médico de órganos y sangre*".

El principio de subsidiariedad preside la acción de la Unión Europea en el ámbito de la salud, y más en concreto y con las precisiones enumeradas, en materia de salud pública. Del artículo 168 TFUE se deriva la existencia de una esfera competencial reservada a los Estados miembros, y por tanto, infranqueable para las instituciones de la Unión.

Dicho de otro modo, los *Estados miembros* de la Unión Europea son competentes para organizar sus servicios sanitarios. Evidentemente, deben respetar el Derecho de la Unión, y en particular, las disposiciones del Tratado relativas a las libertades fundamentales. Entre ellas destaca la prohibición de que los Estados miembros establezcan o mantengan en vigor restricciones injustificadas al ejercicio de dichas libertades en el ámbito de la asistencia sanitaria¹⁷, pero corresponde a los mismos decidir qué nivel de protección de la salud pública pretenden asegurar y de qué manera debe alcanzarse ese nivel. Además, puede variar de un Estado miembro a otro y por eso se reconoce a los mismos un margen de apreciación¹⁸.

Pero siendo cierto lo expuesto, ya se avizoran nuevos horizontes. Un ejemplo lo constituyen los programas de acción comunitaria que suponen una contribución a la protección y la seguridad de los ciudadanos con medidas en el ámbito de la salud. Al definirse y ejecutarse todas las políticas y acciones de la Comunidad, debe garantizarse un alto nivel de protección, y para ello la Unión debe desempeñar un papel activo en este ámbito, adoptando medidas que no puedan implementar los Estados miembros por sí solos, conforme al meritado principio de subsidiariedad.

El sector de la salud se caracteriza, por una parte, por su considerable potencial de crecimiento, innovación y dinamismo y, por otra, por los retos que afronta en términos de sostenibilidad y eficiencia financiera y social de los sistemas de asistencia sanitaria debida, entre otras razones, al envejecimiento de la población y a los avances médicos.

17 Cfr. Sentencias: HARTLAUER, de 19 de mayo de 2009, Comisión/Italia, C-531/06, apartado 35 y APOTHEKERKAMMER DES SAARLANDES y otros, C-171/07 y C-172/07, apartado 18.

18 Cfr. Sentencias: de 11 de septiembre de 2008, Comisión/Alemania, C-141/07, apartado 51, y APOTHEKERKAMMER DES SAARLANDES y otros, C-171/07 y C-172/07, apartado 19.

En este sentido, el Programa de acción comunitaria en el ámbito de la salud pública (2003-2008), adoptado mediante la Decisión 1786/2002/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, fue el primer programa integrado de la Comunidad en dicho ámbito y ha proporcionado ya una serie de desarrollos y mejoras importantes. El segundo Programa de acción comunitaria en el ámbito de la salud (2008-2013)¹⁹, adoptado mediante la Decisión 1350/2007/CE, de 23 de octubre (DOL 20 de noviembre de 2007, nº 301), supone reconocer que la actividad emprendida resulta imprescindible²⁰ y "su propósito es contribuir a que se logre un nivel elevado de salud física y mental y *una mayor igualdad en materia de salud en toda la Comunidad* a través de medidas dirigidas a mejorar la salud pública, evitar las enfermedades y trastornos que afectan al ser humano y eliminar las fuentes de peligro para la salud, con el objetivo de luchar contra la morbilidad y la mortalidad prematura. Además, debe contribuir a proporcionar a los ciudadanos un mejor acceso a la información, aumentando de este modo su capacidad para adoptar las decisiones que mejor respondan a sus intereses"²¹.

El Centro Europeo para la Prevención y el Control de las Enfermedades, creado por el Reglamento 851/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo,

19 Cfr. DíEZ MORENO (2011: 38-40), donde expone los objetivos del Programa.

20 Cfr. Decisión 1350/2007/CE, de 23 de octubre, que establece el segundo Programa de acción comunitaria en el ámbito de la salud (2008-2013), apartado 5: "Hay una serie de graves amenazas transfronterizas para la salud con una posible dimensión mundial y están surgiendo otras nuevas que requieren una mayor intervención comunitaria. La Comunidad debe abordar como asunto prioritario los riesgos sanitarios transfronterizos que revisten gravedad. El Programa debe hacer hincapié en fortalecer las capacidades globales de la Comunidad desarrollando aún más la cooperación entre los Estados miembros. El seguimiento, la alerta rápida y las medidas para combatir las amenazas graves para la salud son importantes ámbitos en los que debe fomentarse, a nivel comunitario, una respuesta eficaz y coordinada a las amenazas para la salud. Las medidas para garantizar una cooperación en materia de diagnóstico de alta calidad entre los laboratorios son fundamentales para responder a las amenazas para la salud. El Programa debe fomentar la creación de un sistema de laboratorios comunitarios de referencia. No obstante, *dicho sistema debe basarse en una sólida base jurídica*. [...]"

21 Ídem, apartado 10. En el apartado 7 se afirma: "Las ocho causas principales de mortalidad y morbilidad por ENT (enfermedades no transmisibles) en la región europea de la OMS son las enfermedades cardiovasculares, los trastornos neuropsiquiátricos, el cáncer, las enfermedades digestivas, las enfermedades respiratorias, los trastornos de los órganos sensoriales, las enfermedades musculoesqueléticas y la diabetes mellitas. El Programa, en sinergia con otras iniciativas y financiaciones comunitarias, debe contribuir a fomentar el conocimiento y la información en materia de prevención, diagnóstico y control de enfermedades de alta prevalencia. En consecuencia, durante la ejecución del Programa, la Comisión podrá presentar propuestas de recomendaciones del Consejo sobre estas materias. El Programa también debe fomentar la coordinación adecuada y sinergias entre iniciativas comunitarias de recopilación de datos comparables sobre enfermedades de alta prevalencia, entre otras, sobre el cáncer".

es un buen ejemplo de la nueva estrategia emprendida. Y además se debe apoyar la integración de los objetivos en materia de salud en todas las políticas y actividades comunitarias:

La coordinación con otras políticas y otros programas comunitarios es un elemento clave del objetivo conjunto de integrar la salud en otras políticas. Para promover sinergias y evitar redundancias, pueden emprenderse acciones conjuntas con programas y acciones comunitarias afines y debe hacerse un uso adecuado de otros fondos y programas comunitarios, como los programas marco de investigación actual y futuros y sus productos, los Fondos Estructurales, el Fondo de Solidaridad de la Unión Europea, la estrategia comunitaria de salud y seguridad en el trabajo, el Programa de acción comunitaria en el ámbito de la política de los consumidores (2007-2013), el Programa "Prevención e información en materia de drogas", el Programa "Lucha contra la violencia (Daphne)" y el Programa Estadístico Comunitario, dentro de sus respectivas actividades²².

Para ello, será necesario perseguir la compatibilidad e interoperabilidad de los sistemas y redes de intercambio de información y datos con miras al desarrollo de la salud pública, y afianzar una verdadera política de salud en el seno de la Unión, con entidad propia. La cooperación es un primer paso, pero hay que llegar más lejos y ser más ambiciosos. Esa fase o etapa, aún está por llegar:

Aunque los servicios sanitarios son, en primer lugar, responsabilidad de los Estados miembros, la cooperación a nivel comunitario puede beneficiar a los pacientes y a los sistemas sanitarios. Las actividades financiadas con cargo al Programa, así como las nuevas propuestas desarrolladas a raíz de las mismas, deben tomar debidamente en cuenta las Conclusiones del Consejo sobre los valores y principios comunes de los sistemas sanitarios de la Unión Europea, adoptadas en junio de 2006, que avalan una declaración sobre los valores y principios comunes de los sistemas sanitarios de la UE e invitan a las institución de la Unión Europea a respetarlos en sus trabajos. El Programa debe tener debidamente en cuenta la evolución futura en materia de acción comunitaria en el ámbito de los servicios sanitarios, así como el trabajo realizado por el grupo de reflexión de alto nivel sobre servicios de salud y atención médica, que es un foro importante para la colaboración y el intercambio de buenas prácticas entre los sistemas sanitarios de los Estados miembros²³.

También suponen un referente relevante las "Conclusiones del Consejo sobre la inversión en el personal sanitario de mañana-posibilidades de innovación

22 Ídem, apartado 12.

23 Ídem, apartado 20.

y colaboración" (2011/C 74/02), publicadas en el DOCE de 8 de marzo de 2011, que:

- Insta a los Estados miembros:

- a reforzar la colaboración y el intercambio de buenas prácticas que comprenden la recopilación de datos de alta calidad y comparables, para apoyar mejor el desarrollo de las medidas relativas al personal sanitario en el futuro, contribuyendo a la igualdad de acceso a la atención sanitaria para todos y prestando atención particular a la previsión de las necesidades futuras del personal sanitario y a la planificación efectiva de dicho personal en toda la Unión Europea.

- a elevar la concienciación acerca de la importancia de unos entornos laborales, unas condiciones de trabajo y unas posibilidades de desarrollo profesional que sean atractivos para motivar al personal sanitario y que garanticen la calidad y la seguridad de la atención prestada.

- a estimular la formación y la educación del personal sanitario con objeto de continuar la promoción de la calidad y la seguridad de la atención, así como a estudiar los mejores modos de aprovechar los instrumentos de la UE para financiar esta actividad, sin perjuicio del futuro marco financiero.

- a adherirse al Código de prácticas mundial de la OMS sobre contratación internacional.

- Insta a los Estados miembros y a la Comisión:

- a elaborar un plan de acción que ofrezca posibilidades de apoyar el desarrollo de las medidas de los Estados miembros relativas al personal sanitario, reconociendo las competencias de los Estados miembros, en particular en los ámbitos de la evaluación de los perfiles de capacidad, la mejora de los métodos de planificación teniendo en cuenta las necesidades sanitarias observadas, el desarrollo profesional continuo y las estrategias de contratación y retención, así como de hacer frente a los desafíos importantes para el personal sanitario en toda la UE en las perspectivas de medio y largo plazo.

- a implicar en la elaboración de dicho plan de acción a los representantes de los pacientes y a los profesionales de la sanidad, así como a otras partes interesadas del sector sanitario.

- a tener en cuenta, en la elaboración de dicho plan de acción, las posibilidades de contribución de otros ámbitos de actuación, en particular la educación, el trabajo, los asuntos sociales y el mercado interior.

- Insta a la Comisión:

- a fomentar la cooperación entre los Estados miembros y a dar apoyo a la elaboración del plan de acción antes de 2012.

- a incluir la formación y la educación del personal sanitario entre los ámbitos prioritarios y a estudiar los mejores modos de aprovechar los instrumentos de la UE para financiar esta actividad, sin perjuicio del futuro marco financiero, en consonancia con las iniciativas emblemáticas "Agenda de nuevas cualificaciones y empleos" y "Juventud en movimiento" de la estrategia Europa 2020.

- a hacer que el plan de trabajo del programa sanitario incluya una acción común que constituya una plataforma para la cooperación entre los Estados miembros en torno a la previsión de las necesidades de personal sanitario y la planificación del mismo en estrecha cooperación con Eurostat, la OCDE y la OMS.

Se trata de pequeños avances, que permiten vislumbrar no el futuro, sino el presente que se ha hecho partícipe en nuestra vida cotidiana.

III. ¿A QUÉ REALIDAD RESPONDE LA DENOMINACIÓN DE PERSONAL ESTATUTARIO?

Tal y como determina la Exposición de Motivos del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud (Ley 55/2003, de 16 de diciembre), "La expresión "personal estatutario" deriva directamente de la denominación de los tres estatutos de personal –el estatuto del personal médico, el estatuto del personal sanitario no facultativo y el estatuto del personal no sanitario– de los centros e instituciones sanitarias de la Seguridad Social". Y además se precisa: "esta ley tiene por objeto establecer las bases reguladoras de la relación funcional especial del personal estatutario de los servicios de salud que conformen el Sistema Nacional de Salud, a través del Estatuto Marco de dicho personal"²⁴ (art. 1).

Tiene la condición de personal estatutario²⁵ todo aquel que desempeña su función en los centros e instituciones sanitarias de los Servicios de Salud de las

24 Cfr. PÉREZ GÁLVEZ (2004). Cfr. GONZÁLEZ SALINAS (2005: 18): "En primer lugar, que el objeto del EM no es sólo regular al personal sanitario que era su premisa fundamental según la exposición de motivos, sino también al personal no sanitario, hasta hoy sometido a su propio Estatuto".

25 Cfr. MOLINER (2008): Voz: "estatutario, adj. De (o del) estatuto o de (los estatutos). Estatuto. Conjunto de normas que regulan el funcionamiento de una entidad. Alterna esta denominación con la de reglamento en la designación particular del de cada una". Cfr. DE ROVIRA MOLA (1958: 105 y 111), donde atribuye a esta voz los significados de "regla de delimitación de las normas jurídicas (estatuto real o personal)" y el estatuto como "regla de

Comunidades Autónomas o en los centros y servicios sanitarios de la Administración General del Estado²⁶ con esta naturaleza, y por tanto, siempre que no contravenga su regulación específica. Y hago esta apreciación, porque el Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud (Ley 55/2003, de 16 de diciembre) será de aplicación al personal sanitario funcionario y al personal sanitario laboral que preste servicios en los centros e instituciones del Sistema Nacional de Salud gestionados directamente por entidades creadas por las distintas Comunidades Autónomas para acoger los medios y recursos humanos y materiales procedentes de los procesos de transferencias del Insalud, en todo aquello que no se oponga a su normativa específica de aplicación y si así lo prevén las disposiciones aplicables al personal funcionario o los Convenios Colectivos aplicables al personal laboral de cada Comunidad Autónoma.

Tras la entrada en vigor de la Ley 7/2007, de 12 de abril, Estatuto Básico del Empleado Público, el personal estatutario adquiere la condición de empleado público²⁷, en virtud de lo establecido en el art. 8: "1. Son empleados públicos quienes desempeñan funciones retribuidas en las Administraciones Públicas al servicio de los intereses generales. 2. Los empleados públicos se clasifican en: a) Funcionarios de carrera. b) Funcionarios interinos. c) Personal laboral, ya sea fijo, por tiempo indefinido o temporal. d) Personal eventual", en relación con el art. 2.4: "Cada vez que este Estatuto haga mención al personal funcionario de carrera se entenderá comprendido el *personal estatutario* de los Servicios de Salud"²⁸.

origen legal". DE CASTRO y BRAVO, en su *Derecho Civil de España*, t. I, pp. 337-339, se refiere al estatuto como "regla particular privilegiada de un determinado grupo frente a la regulación general ("statuta vs ius comune")".

Cfr. DE LORENZO GARCÍA, RUIPEREZ ANTON y SAN MIGUEL CANOVAS (1990: 58-59): "En otro sentido, "estatuto" se usa para referirse al régimen jurídico a que están sometidas las personas, por razón de nacionalidad, de territorio, de profesión o de otro tipo de condiciones personales. [...] el estatuto constituye el contenido de una ley, reguladora precisamente del régimen jurídico de las personas o cosas de que se trate".

26 Así lo determina la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, art. 2.1. Además precisa: "2. En lo no previsto en esta Ley, en las normas a que se refiere el artículo siguiente, o en los Pactos o Acuerdos regulados en el Capítulo XIV, serán aplicables al personal estatutario las disposiciones y principios generales sobre función pública de la Administración correspondiente".

27 Cfr. MALARET i GARCÍA (2009: 184): "El supraconcepto de "empleado público" permite identificar a un personal singular que se caracteriza por el dato específico de la peculiar naturaleza de la persona jurídica a la que prestan sus servicios, la Administración Pública. Esta vinculación al servicio de los intereses generales cualifica a los agentes de manera especial y por ello mediante su positivización tiene como finalidad delimitar el ámbito de aplicación de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, y también de los derechos. [...]". Cfr. PÉREZ GÁLVEZ (2011).

28 Debo señalar que el intento unificador del Estatuto Básico del Empleado Público se aplica sobre una realidad donde tradicionalmente han existido diferencias notables entre el régimen estatutario (Estatuto Marco) y el régimen general de la función pública, a saber: libre circulación del personal estatutario en todo el territorio nacional entre todos los servicios

IV. NATURALEZA JURÍDICA

1. UNA TIPOLOGÍA POLIVALENTE: TRIADA LEGAL

La distinta tipología del personal que tradicionalmente ha prestado servicios en el sector sanitario y la atribución de la resolución de los conflictos al orden jurisdiccional contencioso-administrativo y laboral, ha posibilitado la existencia de diversas teorías sobre la naturaleza jurídica de la relación de servicios, a saber²⁹: 1) Relación laboral común o especial; 2) Relación funcionarial común o especial³⁰; 3) Relación de carácter mixto –rasgos laborales y funcionariales–, y 4) Un cuarto género, al margen de lo laboral y funcionarial.

Incluso la propia jurisprudencia ha presentado una notable evolución en esta materia, a saber:

- STS 14 de septiembre de 1982 –carácter laboral–: “La naturaleza de la relación entre las Entidades Gestoras y los servicios de la SS y, en su caso, con el personal a su servicio concretamente, los médicos de Instituciones Sanitarias ha sido esclarecida por la doctrina legal, estableciendo que se trata de una relación laboral, especial y atípica, a la que son de aplicación preferente sus normas rectoras específicas, y solo supletoriamente las que regulan las relaciones laborales ordinarias”.
- STS de 14 de mayo de 1985 –negación del carácter funcionarial–: “Si bien la relación existente entre el médico y la SS es especial o atípica, no deja por ello de ser laboral, siéndole, por consiguiente, de aplicación preferente su propio Estatuto Jurídico del Personal Médico de la SS (D 3160/1966, de 23 de diciembre); y en lo que en él no está prevenido, como sucede con la prescripción, por el ET, de acuerdo con lo que se previene en la CE, de que el citado Estatuto es la norma estatal que establece y garantiza los derechos y deberes de los trabajadores por cuenta ajena”.

de salud, la regulación de la duración de los nombramientos (personal estatutario fijo y temporal), un régimen retributivo personalizado para incrementar la implicación del personal sanitario, una regulación sui generis del tiempo de trabajo y de la jornada laboral ordinaria y extraordinaria, régimen específico en materia de situaciones administrativas para hacer frente a la realidad de la prestación de servicios en otro centro del sector público con diferente naturaleza jurídica, distinto régimen disciplinario, especialidades para el personal estatutario en materia de incompatibilidades, una negociación colectiva notablemente caracterizada para el personal estatutario, procedimientos de conversión del personal funcionarial y laboral (fijo y temporal) en personal estatutario, aplicación discrecional del Estatuto Marco al personal administrativo de los servicios de salud (Disp. Adic. Décima). Cfr. PÉREZ GÁLVEZ (2011b: 37-49).

29 Esta clasificación se desarrolla con más profundidad en DESDENTADO BONETE y DESDENTADO DAROCA (2000: 895-902).

30 Entre otras muchas, Cfr. STS de 17 de octubre de 1991 (Ar. 7221), donde se concluye: “las relaciones estatutarias tienen una configuración más próxima al modelo de la función pública que al de la contratación laboral”.

- STS de 16 de abril de 1985 –naturaleza laboral y administrativa–: “[...] no en atención a la calidad y origen de la resolución impugnada, sino por la razón fundamental de que en la relación jurídica que liga al demandante con la Seguridad Social, en criterio de este Tribunal Supremo por analogía, cabe distinguir dos aspectos bien diferenciados: uno, laboral de prestación de servicios por cuenta ajena que determina la intervención de la jurisdicción de trabajo para conocer de los conflictos individuales que se susciten entre la Seguridad Social como empresa, y el profesional al servicio de ésta, y otro, administrativo, de vinculación a un servicio público sometido a un régimen estatutario de sujeción especial en el que la Administración como persona jurídica tiene unas facultades –así respecto de las incompatibilidades establecidas a que alude la Ley 20/1982, haciéndolas extensivas al personal que ostente la condición de funcionario de la Seguridad Social [...]”.
- STS de 1 de abril de 1991 –niega la naturaleza laboral de la relación–: “El carácter estatutario de la relación jurídica que vincula al médico con los servicios sanitarios de la SS (art. 45 LGSS) impide la conceptualización laboral de la misma y la consiguiente aplicación como norma reguladora del ET, cuyo art. 1.3 a) la excluye de su ámbito normativo”.
- STS de 21 de julio de 1992 –extensión de la naturaleza funcionarial a los interinos–: “La jurisprudencia ha venido afirmando que la colocación sistemática de las relaciones de servicios de régimen estatutario al lado de las relaciones de servicios de los funcionarios públicos es determinante a la hora de recurrir a la aplicación analógica de unas u otras normas en supuestos de laguna legal o carencia de regulación, concluyendo que los médicos de la SS y lo mismo ha de decirse respecto al resto del personal sanitario están sometidos a un régimen estatutario especial, no laboral, cuya regulación en función integradora del ordenamiento jurídico, se ha de completar en situaciones de similitud con la de los funcionarios a la que, dada su naturaleza administrativa, se aproxima”.
- STS de 6 de febrero de 1995 –lagunas y supletoriedad: normas funcionariales, y si fuese preciso, analogía con el resto del ordenamiento jurídico–: “Los médicos de la SS están sometidos a un régimen estatutario especial, no laboral, cuya regulación, en función integradora del ordenamiento jurídico, se ha de complementar en situaciones de similitud con la de los funcionarios, a la que, dada su naturaleza administrativa, se aproxima, sin perjuicio de que, por 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 de 11 de mayo de 1999 –relación estatutaria, no laboral; similitud con el personal funcionario–: “[...] el personal estatutario de la Seguridad Social no está vinculado por una relación jurídica de carácter laboral,

sino que su relación se inserta en una clara condición de Derecho público, de modo que es indiscutible la similitud entre este personal y el funcionario de las Administraciones Públicas”.

En este resumen jurisprudencial se evidencia la evolución que se ha producido (1970-2000), si bien es cierto que aun acomodándose a lo expuesto, este personal venía a constituir un *tertium genus*. Esta situación es la que en parte intenta paliar la publicación en el Boletín Oficial del Estado del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud. Dos son las razones fundamentales que avalan su trascendencia: los estatutos de los diversos tipos de personal que prestaban servicios en las instituciones sanitarias, habían quedado obsoletos, y generaban una notable inseguridad jurídica; en segundo lugar, los conflictos planteados en torno a la concurrencia jurisdiccional de los órdenes laboral y contencioso-administrativo.

En el ámbito del personal que presta servicios en las instituciones sanitarias, la naturaleza jurídica de la relación de los mismos con la entidad prestadora de servicios es triple, y no excluyente. Dependerá de la regulación administrativa de la modalidad de prestación que se considere más oportuna:

La regulación administrativa es así el elemento central del concepto y responde a opciones políticas –y hoy constitucionales– fundamentales, porque es precisamente esa regulación administrativa –el estatuto de la función pública– la que garantiza la incorporación de los valores del modelo funcionarial que son –y esto quizá no se ha visto a veces con suficiente claridad– incompatibles con la aplicación del régimen laboral puro: los principios de igualdad, publicidad y mérito en el acceso al empleo público, el régimen de incompatibilidades, las peculiaridades que se derivan del principio de legalidad en la fijación de las condiciones de trabajo y en la acción sindical y las garantías de estabilidad en el empleo y en la carrera profesional frente a la “discrecionalidad” de la esfera política. Estos principios son los que en definitiva permiten la configuración de una función pública profesional frente al “spoils system” que surge inevitablemente del modelo liberal.

En este sentido es claro que la relación estatutaria no es más que una relación funcionarial, en la medida en que presente los rasgos típicos de ésta: 1ª) se trata de una persona incorporada a una Administración Pública mediante un nombramiento, 2ª) el objeto de la relación es la prestación de servicios profesionales por una retribución y 3ª) la relación se regula por normas de Derecho Administrativo que además incorporan los elementos típicos del estatuto funcionarial (procedimiento de selección, incompatibilidades, garantías de estabilidad en el desarrollo y la terminación de la relación de servicios, peculiaridades en el régimen sindical y en los procedimientos de determinación de las condiciones de trabajo)³¹.

31 Cfr. DESDENTADO BONETE y DESDENTADO DAROCA (2000: 898-899).

Por eso, ha sido criticada por la doctrina la inexistencia de un diseño claro y preciso del modelo organizativo definido en el Sistema Nacional de Salud que, evidentemente, condiciona la naturaleza de la relación³². Quizás porque se produce una contradicción entre una secuencia política y legislativa que universaliza el sistema sanitario y otorga preeminencia a consideraciones sociales en el ámbito de la salud, frente a una opción más economicista o de racionalidad y eficiencia, que es la que se está planteando, de nuevo, en nuestros días.

En todo caso, y atendiendo a la evolución aludida, el carácter de auténtico funcionario público del personal estatutario lo corrobora la doctrina de los Tribunales Superiores de Justicia, y la jurisprudencia del Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional:

- STSJ de Andalucía de 11 de abril de 1994: "A mayor abundamiento, es incuestionable que la relación de servicio de los accionantes con la Entidad Gestora, excluida del ámbito regulado por el Estatuto de los Trabajadores está sometida a una normativa estatutaria, la cual puede ser modificada discrecionalmente por la Administración, reconociéndose una vez más la doctrina de que la relación funcional, o casi funcional en este caso, es resultado de un acto condición por virtud del cual el funcionario queda sujeto a un "Status" legal y reglamentario o sometido en cualquier momento a la posibilidad innovadora de la Administración, que puede alterar así su situación anterior; y frente a este poder organizatorio de la Administración no se puede esgrimir con éxito más que los derechos que, por consolidación, hayan alcanzado la cualidad de adquiridos y que una constante jurisprudencia ha limitado a los de orden económico [...] y al contenido de la función a realizar".
- STS de 28 de octubre de 1996: "[...] esta Sala IV del Tribunal Supremo ha proclamado reiteradamente, en relación al personal estatutario de la Seguridad Social que es indiscutible la similitud y proximidad existentes entre este personal de la Seguridad Social y el personal funcionario de las Administraciones Públicas (Sentencias de 4 de diciembre 1992, 22 de noviembre de 1993, 15 de julio de 1994 y 6 de febrero de 1995), puntualizando la Sentencia de 4 de diciembre 1992, que se acaba de mencionar que el personal estatutario de que tratamos no está vinculado a ésta (la Seguridad Social) por una relación jurídica de naturaleza laboral, sino que su relación con ella encierra una clara condición de Derecho público, al intervenir y contribuir de alguna forma en la gestión, actuación y realización de un servicio público, como es la Seguridad Social".
- STC 170/1988, de 29 de septiembre: "[...] la existencia de un régimen especial, de carácter estatutario, en la relación de servicios de los mé-

32 Cfr. SALA FRANCO (2004: 15).

dicos de la Seguridad Social excluidos del Estatuto de los Trabajadores en materia de jornada de trabajo y descansos no implica vulneración del principio de igualdad, sino una regulación legal distinta”.

Evidentemente, esta situación no impide que en el presente o en el futuro, al adoptarse nuevas formas de gestión en la prestación del servicio, si esas modalidades están sometidas al Derecho privado, pueda adquirir la condición de personal laboral, quedando en excedencia en la relación estatutaria –funcionarial– originaria.

2. PERSONAL FUNCIONARIO

El artículo 85 de la LGS determina:

1. Los funcionarios al servicio de las distintas Administraciones Públicas, a efectos del ejercicio de sus competencias sanitarias, se regirán por la Ley 30/1984, de 2 de agosto, y el resto de la legislación vigente en materia de funcionarios.
2. Igualmente, las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de sus competencias, podrán dictar normas de desarrollo de la legislación básica del régimen estatutario de estos funcionarios.

El concepto de “funcionario” lo encontramos en el artículo 1 de la Ley Articulada de Funcionarios Civiles del Estado, aprobada por Decreto 315/1964 de 7 de febrero:

Los funcionarios de la Administración Pública son las personas incorporadas a la misma por una relación de servicios profesionales y retribuidos, regulada por el Derecho Administrativo.

Los funcionarios se integran en “Cuerpos”, distinguiendo la misma Ley entre Cuerpos Generales y Cuerpos Especiales. Así lo precisa el art. 23 (Cuerpos Generales):

1. Corresponde a los funcionarios de los Cuerpos Generales el desempeño de las funciones comunes al ejercicio de la actividad administrativa, con excepción de las plazas reservadas expresamente a otras clases de funcionarios [...].
2. Los Cuerpos Generales de Administración Civil son los siguientes: Técnico, de Gestión, Administrativo, Auxiliar y Subalterno.

Y lo hace también el art. 24 (Cuerpos Especiales):

1. Son funcionarios de Cuerpos Especiales los que ejercen actividades que constituyen el objeto de una peculiar carrera o profesión y los que tienen asignado dicho carácter por razón de las circunstancias concurrentes en la función administrativa que les está encomendada.
2. La creación de nuevos Cuerpos Especiales deberá hacerse por Ley.
3. Los Cuerpos Especiales se rigen por sus disposiciones específicas y por las normas de esta Ley que se refieran a los mismos. En todo caso serán de aplicación general los preceptos contenidos en el presente título, con excepción de [...].

También debo hacer una referencia a los funcionarios de los Cuerpos Técnicos del Estado al servicio de la Sanidad Local, más conocidos como "funcionarios sanitarios locales", que, al ser Cuerpos Especiales se regían por sus disposiciones específicas, fundamentalmente por el Reglamento de Personal de los Servicios Sanitarios Locales, aprobado por el Decreto de 27 de noviembre de 1953. En él, encontramos los siguientes Cuerpos: médicos titulares; farmacéuticos titulares; veterinarios titulares; odontólogos titulares; practicantes titulares y matronas titulares.

Sin embargo, hoy día la situación se ha modificado. Los odontólogos titulares no existen, y médicos, practicantes y matronas titulares se encuentran integrados en los Equipos Básicos de Atención Primaria, y aunque mantienen su estatus funcional, tanto en el aspecto funcional como en el retributivo, están homologados al resto del personal de los Equipos, es decir, al personal estatutario.

También debo señalar que una vez suprimidas las antiguas Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social por el Real Decreto-Ley 36/1978 e incorporados a la Ley 30/1984, muchos colectivos de personal que hasta entonces tenían la condición de estatutarios, vieron cómo sus correspondientes Estatutos fueron derogados por el Real Decreto 2664/1986, de 19 de diciembre, el cual procedió a la homologación del régimen del personal de la Seguridad Social con el de la Administración Civil del Estado y a ordenar los Cuerpos de funcionarios de la Administración de la Seguridad Social. Los Estatutos que se derogaban fueron los siguientes:

- Estatuto de Personal del I.N.P., aprobado por O.M. de 24 de abril de 1978.
- Estatuto de Personal del Mutualismo Laboral, aprobado por O.M. de 30 de marzo de 1977.
- Estatuto de Personal del Servicio de Asistencia a Pensionistas, aprobado por O.M. de 5 de abril de 1974.
- Estatuto de personal del Servicio de Reaseguros de Accidentes de Trabajo, aprobado por O.M. de 14 de octubre de 1971.

- Estatuto de Personal de Recuperación y Rehabilitación de Minusválidos Físicos y Psíquicos, aprobado por O.M. de 5 de abril de 1974.
- Estatuto de Personal del Instituto de Estudios de Sanidad y Seguridad Social, aprobado por O.M. de 16 de octubre de 1978.
- Estatuto de Personal del Instituto Social de la Marina, aprobados por OO.MM. de 22 de abril de 1971 y 30 de diciembre de 1978.
- Estatuto de Personal del Cuerpo de Intervención y Contabilidad de la Seguridad Social, aprobado por O.M. de 31 de enero de 1979.

Por todo ello, una vez derogados estos Estatutos, los únicos que subsisten hasta la aprobación del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud son los que fueron promulgados al amparo de la Ley General de la Seguridad Social, y son los tres que se refieren al personal de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social.

El Estatuto Básico del Empleado Público, en su art. 9 establece: "1. Son funcionarios de carrera quienes en virtud de nombramiento legal, están vinculados a una Administración Pública por una relación estatutaria regulada por el Derecho Administrativo para el desempeño de servicios profesionales retribuidos de carácter permanente". Por tanto, la relación del personal con la administración no es subjetiva, sino que tiene naturaleza legal y reglamentaria. Las consecuencias son obvias: el personal sanitario tendrá los derechos y deberes que se describan en el grupo normativo regulador, sin que frente a la alteración de estas disposiciones pueda invocar otros derechos adquiridos, que el derecho al puesto de trabajo y los derechos económicos consolidados; en segundo lugar, que este régimen jurídico no podrá ser alterado singularmente por la Administración, en perjuicio o beneficio de alguno o algunos de ellos, en virtud de la operatividad del principio de legalidad y, en particular, por el principio de inderogabilidad singular de los reglamentos; en tercer lugar, que si la Administración desconoce la situación descrita, sus actos podrán ser impugnados ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

3. PERSONAL ESTATUTARIO

3.1. LOS ESTATUTOS JURÍDICOS DEL PERSONAL SANITARIO Y NO SANITARIO

Los antecedentes legislativos de la normativa sectorial que afecta a este personal, los encontramos en la Ley de Bases de la Seguridad Social, de 28 de diciembre de 1963, base 6ª, punto 24 d): "los servicios sanitarios de la Seguridad Social se prestarán conforme al estatuto jurídico que legalmente se determine". La Ley articulada de la Seguridad Social de 21 de abril de 1966, determinaba que (art. 45): "la relación entre las entidades gestoras y el personal a su servicio se regulará por lo previsto en los Estatutos de Personal aprobados por el

Ministerio de Trabajo o, en su caso, por el Estatuto general aprobado por el propio Ministerio". En el apartado segundo añadía: "sin perjuicio del carácter estatutario de dicha relación, la Jurisdicción de Trabajo será la competente para conocer de las cuestiones contenciosas que se susciten entre las entidades gestoras y su personal". En el art. 116 establecía: 1. La relación entre las Entidades Gestoras y el personal a su servicio se regulará por lo previsto en los Estatutos de Personal aprobados por el Ministerio de Trabajo o, en su caso, por el Estatuto general aprobado por el Propio Ministerio. [...]. 2. Sin perjuicio del carácter estatutario de dicha relación, la Jurisdicción de Trabajo será la competente para conocer de las cuestiones contenciosas que se susciten entre las entidades gestoras y su personal.

Hasta la entrada en vigor del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud el grupo normativo regulador del personal de los centros públicos estaba configurado por diversos estatutos jurídicos y las normas que los complementaban.

3.1.1. Estatuto Jurídico del Personal Médico

El Estatuto Jurídico del Personal Médico fue aprobado por Decreto 3160/1966, de 23 de diciembre (BOE de 30 de diciembre, nº 312), y obedecía al mandato del art. 116 de la Ley General de la Seguridad Social que dispone que el personal sanitario de la Seguridad Social prestará sus servicios conforme al Estatuto Jurídico que reglamentariamente se establezca. Su texto fue objeto de especial asesoramiento y colaboración por parte de la Comisión Especial sobre Asistencia Sanitaria de la Seguridad Social prevista en el apartado b) del artículo primero de la Orden de la Presidencia del Gobierno de 8 de junio de 1966.

En cuanto a su ámbito de aplicación, este Estatuto abarcaba al personal médico de la Seguridad Social que en posesión del correspondiente nombramiento legal para sus puestos o plazas, prestasen sus servicios a la Seguridad Social. La actuación de estos facultativos comprendía las modalidades de medicina general, medicina de urgencia, así como las especialidades médicas y quirúrgicas establecidas en las normas sobre ordenación de la asistencia, si bien el Real Decreto 1033/1976 de 9 de abril, del Ministerio de Trabajo (BOE de 11 de mayo, nº 113), en su disposición transitoria quinta, incluyó en este Estatuto al personal farmacéutico.

3.1.2. Estatuto del Personal Sanitario no Facultativo

El Estatuto del Personal Sanitario no Facultativo fue aprobado por Orden del Ministerio de Trabajo de 26 de abril de 1973 (BB.OO. E. de 28 y 30 de abril, nº 102 y 103) y vino a refundir en un solo texto los Estatutos Jurídicos de las enfermeras, de los practicantes-ayudantes técnicos sanitarios, y de las matronas y ayudantes técnicos sanitarios femeninos en posesión del Diploma de

Asistencia Obstétrica, promulgados con fechas 22 de abril y 16 de junio de 1967, así como las normas de carácter estatutario de las Auxiliares de Clínica de la Seguridad Social dictadas por el entonces Instituto Nacional de Previsión, mediante Circular de régimen interior.

Su denominación inicial fue la de Estatuto del Personal Auxiliar Sanitario Titulado y Auxiliar de Clínica de la Seguridad Social, siendo luego sustituida por la actual como consecuencia de la Orden de 26 de diciembre de 1986.

En cuanto a su ámbito de aplicación hay que decir que, según su artículo primero, este Estatuto regula la relación existente entre la respectiva Entidad Gestora y el personal auxiliar sanitario titulado y auxiliar de clínica derivada de la prestación de servicios a la Seguridad Social. Pero este artículo hay que completarlo con el artículo segundo que determina y precisa categorías concretas: diplomados en enfermería, ayudantes técnicos sanitarios, practicantes, matronas, enfermeras, fisioterapeutas, terapeutas ocupacionales, técnicos especialistas y auxiliares de enfermería.

3.1.3. Estatuto de Personal no Sanitario al Servicio de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social

Por Orden de 5 de julio de 1971, del Ministerio de Trabajo, se aprobó el Estatuto de Personal no Sanitario al Servicio de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social (BOE de 22 de julio, nº 174). Tal y como determina la propia Orden, fue aprobado por Orden ministerial de 28 de junio de 1968, el Reglamento de Personal de Servicios Especiales de Oficio y Subalterno de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social, y resultaba aconsejable dictar una nueva regulación a fin de atemperar y poner al día las disposiciones contenidas en el mismo, procurando lograr así el mayor paralelismo posible con las normas contenidas en el Estatuto de Funcionarios del Instituto Nacional de Previsión. Por todo ello, el Ministerio de Trabajo, a propuesta de la Dirección General de la Seguridad Social, aprobó el Estatuto de Personal no Sanitario al Servicio de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social (art. 1º) y derogó el régimen de personal de servicios especiales de oficio y subalterno de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social aprobado por Orden de 28 de junio de 1968 (art. 2º), que fue publicado en el BOE de 13 de julio. El Estatuto retrotrajo sus efectos al 1 de mayo de 1971 (art. 3º).

3.1.4. Modificaciones

Estos Estatutos eran disposiciones normativas que regulaban el régimen jurídico del personal al servicio de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social del Sistema Nacional de Salud, sea cual fuera la Comunidad Autónoma en la que el personal prestara sus servicios. Debo recordar que hoy día se ha pro-

ducido el traspaso de las funciones y servicios del extinguido Insalud a todas las Comunidades Autónomas.

Estos Estatutos fueron objeto de diversas modificaciones, anteriores y posteriores a la Ley General de Sanidad. Con las mismas se pretendió adecuarlos a la realidad jurídica y social de cada momento, y la competencia era de la Administración del Estado, y no de las Comunidades Autónomas, aunque estas tuvieran transferidas las competencias en materia de Sanidad, y más concretamente, las funciones y servicios del Instituto Nacional de la Salud.

La Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública, incluye en su ámbito de aplicación [art. 1.1 c)] al personal funcionario de la Administración de la Seguridad Social. En el art. 1.2 establece: "En aplicación de esta Ley podrán dictarse normas específicas para adecuarla a las peculiaridades del personal docente e investigador, sanitario, de los servicios postales y de telecomunicaciones y del personal destinado en el extranjero". En la Disposición Adicional decimosexta, precisa que considera personal funcionario al incluido en los Estatutos del INP, Mutualismo Laboral, Servicio de Asistencia a Pensionistas, Servicios de Reaseguro, Servicio de Minusválidos, Instituto de Estudios de Sanidad y Seguridad Social e Instituto Social de la Marina, así como a los integrantes del Cuerpo de Intervención y Contabilidad y de las Escalas de Médicos Inspectores y Farmacéuticos Inspectores del Cuerpo Sanitario. En la Disposición Transitoria Cuarta determina: "1. El personal de la Seguridad Social regulado en el Estatuto Jurídico del Personal Médico de la Seguridad Social, en el Estatuto del Personal Auxiliar Sanitario Titulado y Auxiliar de Clínica de la Seguridad Social, en el Estatuto del Personal no Sanitario al servicio de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social, en el Estatuto del Personal no Sanitario al servicio de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social, así como el de los Cuerpos y Escalas Sanitarias y de Asesores Médicos a que se refiere la disposición adicional decimosexta se regirán de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.2 de esta Ley, por la legislación que al respecto se dicte. 2. El personal a que se refiere esta disposición transitoria, podrá ocupar los puestos de trabajo del ámbito sanitario de acuerdo con lo que determinen las respectivas relaciones de puestos de trabajo".

En este contexto debo recordar que el Real Decreto 1450/2000, de 28 de julio, dotó de una nueva estructura directiva al Insalud, organismo adscrito al Ministerio de Sanidad y Consumo a través de la Secretaría General de Gestión y Cooperación Sanitaria, a la que correspondía la superior dirección de dicho organismo. Por su parte, el Real Decreto 840/2002, de 2 de agosto, por el que se modificó y desarrolló la estructura orgánica básica del Ministerio de Sanidad y Consumo, estableció que el Instituto Nacional de la Salud pasaba a denominarse Instituto Nacional de Gestión Sanitaria, conservando el régimen jurídico, económico, presupuestario y patrimonial y la misma personalidad jurídica y naturaleza de entidad gestora de la Seguridad Social. Le corresponde a la nueva entidad la gestión de los derechos y obligaciones del Insalud, las

prestaciones sanitarias en el ámbito de las ciudades de Ceuta y Melilla y realizar cuantas otras actividades sean necesarias para el normal funcionamiento de sus servicios, en el marco de lo dispuesto por la disposición transitoria tercera de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad. Asimismo, se adscriben, al Instituto Nacional de Gestión Sanitaria, la Organización Nacional de Trasplantes y el Centro Nacional de Dosimetría de Valencia. El Real Decreto 1087/2003, de 29 de agosto, derogó el citado Real Decreto 840/2002, de 2 de agosto, estableciendo una nueva estructura orgánica del Ministerio de Sanidad y Consumo, si bien mantuvo la denominación, características, funciones y organización que para el Instituto Nacional de Gestión Sanitaria se recogía en la norma derogada. Por Real Decreto 1746/2003, de 19 de diciembre, se regula la organización de los servicios periféricos del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria y la composición de los órganos de participación en el control y vigilancia de la gestión.

Resultaría prolijo mencionar todas y cada una de las modificaciones operadas en estos Estatutos hasta la aprobación del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud. Además, algunas de ellas ya no estaban vigentes al haber sido, a su vez, modificadas en todo o en parte, e incluso derogadas. En todo caso las más importantes son las siguientes:

Estatuto Jurídico del Personal Médico:

- Real Decreto 1033/1976 de 9 de abril, del Ministerio de Trabajo, que modificaba diversos aspectos relacionados con nombramientos y provisión de vacantes. Hoy día no está vigente en su totalidad.
- Real Decreto 2166/1984 de 28 de noviembre, del Ministerio de Sanidad y Consumo (BOE de 6 de diciembre, nº 292), que modificaba el sistema de provisión de plazas para el personal facultativo de los servicios jerarquizados de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social.

Estatuto del Personal Sanitario no Facultativo:

- Orden de 14 de junio de 1984, que incorporó en la clasificación del personal la modalidad de "atención primaria".
- Orden de 11 de diciembre de 1984, del Ministerio de Sanidad y Consumo (BB.OO.E de 19 de junio y de 3 de julio, n.ºs 146 y 158, respectivamente), que introdujo la categoría de "técnico especialista".
- Orden de 26 de diciembre de 1986, del Ministerio de Sanidad y Consumo (BOE de 12 de enero de 1987, nº 10), que introdujo la categoría de "auxiliar de enfermería" suprimiendo la de auxiliar de clínica y, además, modificó la denominación del propio Estatuto.

Estatuto del Personal no Sanitario:

- Las Órdenes de 28 de mayo, del Ministerio de Sanidad y Consumo (BOE de 30 de mayo, nº 129) y 30 de junio de 1984, del Ministerio de Sanidad y Consumo (BOE de 8 de agosto, nº 189), por las que se crearon los grupos de técnico, de gestión y administrativo dentro de la función administrativa.

Otras modificaciones comunes a los tres Estatutos y que han surgido como adelanto al Estatuto Marco y que han sido derogadas por éste, son las siguientes:

- El Real Decreto-Ley 3/1987, sobre sistema retributivo, asimilándolo al propio de los funcionarios públicos que se deriva de la Ley 30/1984, de 2 de agosto.
- El Real Decreto-Ley 1/1999, sobre selección de personal estatutario y provisión de plazas en las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social.
- La Ley 30/1999, sobre selección y provisión de plazas de personal estatutario de los Servicios de Salud, que mantiene transitoriamente la vigencia del Real Decreto-Ley anterior, aunque con rango reglamentario, hasta que se produzca su desarrollo en los distintos ámbitos de los respectivos Servicios de Salud.

3.2. EL ESTATUTO MARCO DEL PERSONAL ESTATUTARIO DE LOS SERVICIOS DE SALUD

El art. 1 del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud establece:

Objeto.

La presente Ley³³ tiene por objeto establecer las bases reguladoras de la *relación funcional especial del personal estatutario de los Servicios de Salud que conforman el Sistema Nacional de Salud*, a través del Estatuto-Marco de dicho personal.

Esta cuestión ha sido objeto de reiterados pronunciamientos jurisprudenciales y doctrinales.

33 Cfr. Dictamen del Consejo de Estado, emitido el 14 de mayo de 2003: “[...] El hecho de que se haya optado por elaborar una norma con rango de ley en vez de hacer uso de la habilitación de potestad reglamentaria prevista [...] se estima plenamente acertado ya que siempre este rango es preferible cuando se trata de regular materia constitucionalmente básica, aunque es de suponer que se habrán calibrado suficientemente los efectos de “congelar” en norma con rango de Ley precisiones que a veces son de detalle”.

El artículo 84 de la LGS (derogado por el Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, en los apartados 1, 2 y 3), determinaba:

1. El personal de la Seguridad Social regulado en el Estatuto Jurídico de Personal Médico de la Seguridad Social, en el Estatuto del Personal Sanitario Titulado y Auxiliar de Clínica de la Seguridad Social, en el Estatuto del Personal no Sanitario al Servicio de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social, el personal de las Entidades Gestoras que asuman los servicios no transferibles y los que desempeñen su trabajo en los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas, se regirá por lo establecido en el Estatuto-Marco que aprobará el Gobierno en desarrollo de esta Ley, todo ello sin perjuicio de lo previsto en el artículo 87 de esta Ley.

2. Este Estatuto-Marco contendrá la normativa básica aplicable en materia de clasificación, selección, provisión de puestos de trabajo y situaciones, derechos, deberes, régimen disciplinario, incompatibilidades y sistema retributivo, garantizando la estabilidad en el empleo y su categoría profesional. En desarrollo de dicha normativa básica, la concreción de las funciones de cada estamento de los señalados en el apartado anterior se establecerá en sus respectivos Estatutos, que se mantendrán como tales.

3. Las normas de las Comunidades Autónomas en materia de personal se ajustarán a lo previsto en dicho Estatuto-Marco. La selección de personal y su gestión y administración se hará por las Administraciones responsables de los servicios a que están adscritos los diferentes efectivos.

4. En las Comunidades Autónomas con lengua oficial propia, en el proceso de selección de personal y de provisión de puestos de trabajo de la Administración Sanitaria Pública, se tendrán en cuenta el conocimiento de ambas lenguas oficiales por parte del citado personal en los términos del artículo 19 de la Ley 30/1984.

El personal estatutario no está vinculado a los Servicios de Salud por una relación de naturaleza laboral, sino que su relación encierra una clara condición de Derecho público, al intervenir y contribuir a la realización de un servicio público. Así se desprende de lo que expresa el artículo 41 de la Constitución Española:

Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres.

Es indiscutible la similitud y proximidad existente entre este personal estatutario de la Seguridad Social y el personal funcionario de las Administraciones públicas, si bien no puede olvidarse que aquél presenta ciertas peculiaridades y caracteres específicos que le dan una estructura y consistencia propias, di-

ferenciándolo de los funcionarios administrativos en sentido estricto. De ahí que, en no pocas ocasiones, se haya hablado de que este personal estatutario venía a constituir un "*tertium genus*" entre los trabajadores sometidos al Derecho laboral y los funcionarios que se rigen por el Derecho administrativo³⁴. Aunque es evidente que desde el punto de vista formal solo es posible encuadrar a este colectivo entre el régimen jurídico funcional o laboral: "[...] como he apuntado en otro lugar, a la vista de nuestro texto constitucional las posibilidades de relación de prestación de servicios con las Administraciones Públicas parece que sólo puedan ser dos: funcional o laboral, con las matices y especialidades que según el concreto sector del empleo público se consideren oportunas. Así las cosas, una interpretación fiel a la Constitución "no permitiría institucionalizar o dar respaldo legal a la precaria situación jurídica del personal estatutario, respetada en su actual configuración por sus orígenes preconstitucionales, pero condenada a extinguirse, como un *tertium genus* que no es capaz de sobrevivir en el actual marco de empleo público y que, por de pronto, genera una considerable confusión respecto del régimen jurídico aplicable y la jurisdicción de control en cada parcela de su concreta regulación"^{35,36}.

Resulta evidente que estos trabajadores tienen unas peculiaridades que inicialmente les configura como un colectivo sui generis, tal y como, entre otras,

34 Parte de la doctrina niega esta aseveración, Cfr. SÁNCHEZ MORÓN (2002: 91): "[...] por eso hay quien considera que constituye un *tertium genus* entre funcionarios y contratados laborales. En realidad, no hay tal, sino una situación funcional estatutaria como todas ellas, aunque sometida a normas especiales".

35 Cfr. CASTILLO BLANCO (2004: 343).

36 Cfr. MORILLO-VELARDE PÉREZ (2006: 26): "En efecto, el art. 1 del EM configura la relación entre el personal estatutario y la Administración a que presta sus servicios como una relación funcional especial soslayando, de esta forma, las pretensiones de quienes han querido ver aquí una relación de naturaleza diversa de la relación funcional y de la laboral, pues efectivamente no hay más que dos posibilidades y así se recoge en la Constitución: relación funcional y relación laboral a las que se reconducen todas las relaciones de trabajo dependiente. Es justamente la relación de función pública, la que técnicamente se ha construido como una relación de contenido objetivo, determinado por la norma y de origen unilateral que configura un estatuto especial en el mundo del trabajo dependiente. Un ligero repaso de la Constitución y de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública pone de relieve que la relación funcional no es de carácter unívoco, sino que, por el contrario, se expresa en múltiples supuestos: funcionarios del poder legislativo, jueces y fiscales, funcionarios al servicio de las Administraciones públicas: dentro de éstas una primera división obliga a distinguir a funcionarios militares de los civiles y dentro de estos, también existe una amplia pluralidad de regímenes diversificadores de la relación funcional: funcionarios docentes, de correos, sanitarios, de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, de administración general, etc. Una amplia pluralidad, quizá no siempre justificada, de la que el personal estatutario de los servicios de salud que integran el sistema nacional constituyen una especialidad más –o un conjunto de especialidades-, a tenor de lo declarado en el artículo 1 EM. Se sitúa así el personal estatutario que nos ocupa en el ámbito más general de la función pública civil".

pone de manifiesto la STC 33/1991, de 14 de febrero: "Siguiendo la doctrina de la STC 170/88, el TC indica que aunque el régimen de dicho Estatuto especial posea ciertos defectos y necesita revisión, no es en sí mismo discriminatorio ni vulnera el art. 14 CE por establecer un régimen especial de guardias y servicios distintos del que rige para otros colectivos por tratarse de actividades profesionales y laborales distintas [...] aunque en todo caso deben respetarse unos razonables límites de tiempo de trabajo y si el resultado es excesivo o desproporcionado cabe la revisión judicial".

Para avalar estas afirmaciones no hay más que remitirse al art. 1.3.a) del Estatuto de los Trabajadores, o al artículo 1.5 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, reguladora de la función pública.

El régimen jurídico del personal que presta servicios en centros sanitarios públicos con respecto al que los presta en otras instituciones públicas o en otros centros, es tan patente, que ha justificado una regulación sustantiva e independiente de la funcionarial y laboral, e incluso se manifiesta en el ámbito jurisdiccional al que se atribuye el conocimiento de las controversias.

Sin embargo, se predica la cualidad de funcionario público de estos trabajadores en el ámbito penal. Y también en la jurisprudencia, en la que se considera funcionarios a los médicos, con independencia de la naturaleza jurídica de la vinculación que desempeñan [STS de 20 de mayo de 1993 (Ar. 4189)]:

El art. 110 del Código Penal –dice la Sentencia de esta Sala de 9 de octubre de 1991– alude a tres formas de acceder al funcionariado, bien por disposición inmediata de la Ley, por elección o por nombramiento de la Autoridad competente, siempre que se participe del ejercicio de las funciones públicas. Y esta última es la que concurre en el médico de la Seguridad Social, perjudicado por el delito, cuyo nombramiento había sido autorizado por la Dirección Provincial del SAS. Los funcionarios de empleo, en contraposición a los de carrera, tienen similar cuadro de derechos y obligaciones que los reconocidos a los funcionarios en propiedad. Y ello, no tanto por su estabilidad en el ejercicio del cargo, sino porque las funciones por ellos ejercidas son idénticas a las llevadas a cabo por titulares, por lo que su calificación de pública resulta indiscutible, ampliándose así los condicionamientos del art. 119 del Código Penal, porque dicha actividad funcionarial pública debe referirse a ejercitar alguna actividad que por su carácter social y trascendencia colectiva está encomendada al Estado, Provincia o Municipio, o Entes públicos dependientes más o menos directamente de los mismos, y no puede dudarse de tal cualidad a los Servicios de la Seguridad Social, Instituto Nacional de la Salud, o su correlativo, si se halla transferido a una Comunidad Autónoma, vinculados a la Administración pública. Concretamente, la Sentencia de esta Sala de 15 de noviembre de 1973, estimó que un médico de la Seguridad Social es funcionario público a efectos del art. 119 del Código Penal, y las de 15 de junio de 1979 y 7 de abril de 1981, declararon que los farmacéuticos, médicos y enfermeras que por disposición legal se incorporan a la prestación de un servicio social a cargo del –antiguo– Instituto Nacional de Previsión, que depende del Estado, les otorga

los requisitos necesarios para alcanzar el carácter de funcionario público, y ello aunque la jurisdicción laboral sea la competente para entender de las cuestiones contenciosas que surjan entre ellos, lo que no obsta a tal consideración de funcionarios públicos a los fines de la legislación penal³⁷.

Y esto es así porque el concepto penal de funcionario público incluye a todo el que por disposición inmediata de la ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas. Y por tanto se trata de un concepto más amplio que el que se utiliza en otras ramas del ordenamiento jurídico y más concretamente en el ámbito del Derecho Administrativo. Mientras que para el Derecho Administrativo los funcionarios son personas incorporadas a la administración pública por una relación de servicios profesionales y retribuidos, regulada por el Derecho Administrativo, por el contrario, el concepto penal de funcionario no exige las notas de incorporación ni permanencia, sino la mera participación en la función pública. La definición legal de funcionario público recogida en el vigente Código Penal, se compone de dos elementos o requisitos ya que no es suficiente con que participe en el ejercicio de funciones públicas sino que se requiere, además, que se haya incorporado a dicho ejercicio por disposición inmediata de la ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente, precisando que en el ámbito del Derecho Penal lo que importa es proteger penalmente el ejercicio de la función pública en orden a sus propios fines, garantizando a un tiempo los intereses de la administración y los de los administrados. Y en torno a la función pública y al origen del nombramiento gira la definición penal de funcionario: lo es el que participa del ejercicio de una función pública y por cualquiera de las tres vías de designación que recoge el precepto. Todo ello con independencia de los requisitos de selección para el ingreso, categoría, sistema de retribución, estatuto legal y reglamentario por el que se regule, sistema de previsión, estabilidad o temporalidad en el empleo, etc.

La ubicación sistemática de las relaciones de servicios de régimen estatutario al lado de las relaciones de servicios de los funcionarios públicos es determi-

37 En sentido contrario se pronuncia la STS de 18 de mayo (Sala 2ª) de 1998 (Ar. 9189): "[...] en el caso presente concurren especiales características, en cuanto que la condición funcional de los médicos de la sanidad pública no está perfectamente definida ya que existe una relación con un organismo público pero no se ajusta estrictamente a las líneas fundamentales que establecen la relación funcional sino que tiene rasgos propios a mitad de camino entre una relación laboral y una sujeción administrativa, constituyendo personal estatutario. La actividad que desempeñan los médicos de la sanidad pública no puede ser equiparada a la de la función pública porque no desempeña una competencia estatal o pública sino que presta servicios cualificados que no permiten homologarlos con los funcionarios administrativos. Esta carencia de participación en las actividades estatales o de otras Administraciones Públicas impide que la realización de actos médicos como la expedición de certificados médicos pueda ser considerada como usurpación de funciones públicas".

nante a la hora de recurrir a la aplicación analógica de unas y otras normas en supuestos de laguna legal o carencia de regulación. La solución adoptada es la que manifiesta la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, nº 346/2002, de 3 de diciembre (Sala de lo Social, Sección Única) [AS 2003\919]:

[...]. Tales relaciones estatutarias poseen una configuración más próxima al modelo de la función pública, que al modelo de la contratación laboral; mayor afinidad que se aprecia tanto en el origen normal de la relación (concurso de méritos), como en la fijación de su contenido (predeterminado por las normas de los estatutos particulares), como en la dinámica o desarrollo de la misma (donde se acentúan la estabilidad en el empleo y en el puesto de trabajo). La proximidad de las relaciones estatutarias al régimen de los funcionarios públicos, y el alejamiento correlativo del modelo laboral se han hecho más perceptibles en la evolución reciente del ordenamiento jurídico, como se puede comprobar en la exclusión expresa de la Ley de Relaciones Laborales y del artículo 1.3.a del Estatuto de Trabajadores, en la aplicabilidad a las mismas, si bien de forma subsidiaria, de las disposiciones de la Ley 30/1984 de Medidas Urgentes de Reforma de la Función Pública (art. 1.5), y en la propia inclusión del personal estatutario en la normativa de incompatibilidades del sector público, e incluso en la aplicabilidad de la Ley 70/1978 de 26 de diciembre, sobre reconocimiento de servicios previos a la Administración Pública, a dicho personal, regulada por el Real Decreto 1181/1989 de 29 de septiembre.

Esta colocación sistemática de las relaciones de servicios de régimen estatutario al lado de las relaciones de servicios de los funcionarios públicos es determinante a la hora de recurrir a la aplicación analógica de unas y otras normas en supuestos de laguna legal o carencia de regulación. Así lo ha declarado expresamente la Sala IV del Tribunal Supremo en sentencia de 22.1.1990 (RJ 1990\181) para la que los médicos de la Seguridad Social están sometidos a un régimen estatutario especial, no laboral, cuya regulación en función integradora del ordenamiento jurídico se ha de complementar, en situaciones de similitud, con la de los funcionarios a la que, dada su naturaleza administrativa, se aproxima (sentencia de 17.10.1991 [RJ 1991\7221]) (F.D. 3º).

Y todo ello se justifica por las indudables afinidades y paralelismos, sobre todo en orden a la estructura normativa por la que se rigen, concepción y finalidad de la misma. Supuestos como el origen de la relación, la fijación de su contenido, la dinámica o desarrollo de la misma –donde se acentúan la estabilidad en el empleo y en el puesto de trabajo– confirman esta consideración que acabo de exponer. Y sobre todo el alejamiento del modelo laboral se ha hecho más perceptible en la evolución del ordenamiento jurídico.

Todo lo expuesto se concreta en diversas sentencias. Entre otras cabe mencionar: - Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 1994 (Sala de lo Social). RJ 1994\6669. - Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de noviembre de 1999 (Sala de lo Social). RJ 1999\9110.

Por ello se justifica una regulación sustantiva e independiente para este personal, tal y como determina la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2001 (Sala de lo Social) [RJ 2001\7008]:

"[...] el régimen del personal del INSALUD que presta servicios en centros sanitarios con respecto al que los presta en otras Instituciones Públicas o en otros Centros, es tan patente, que ha justificado una regulación sustantiva e independiente de la funcionarial y laboral, e incluso en el ámbito jurisdiccional al que se atribuye el conocimiento de las controversias" (F.D. 4º).

Esta regulación deberá adoptar forma de ley. Sirva como ejemplo la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, nº 13/2003, de 28 de enero (Sala de lo Social, Sección Única). [JUR 2003\111600]:

[...]. Es cierto, como señalan las recurrentes, que reiteradamente ha declarado el Tribunal Supremo que la relación que vincula al personal sanitario de la Seguridad Social con la correspondiente Entidad Gestora, no es de naturaleza laboral, ni se rige por el Derecho del Trabajo, sino que tiene una clara naturaleza de Derecho Público y, aunque es diferente de la que une a los funcionarios públicos con la Administración, entre una y otra existen indudables afinidades y paralelismos, sobre todo en orden a la estructura normativa por la que se rigen, al tratarse ambas de relaciones estatutarias, siendo el vínculo que existe entre la Seguridad Social y el personal sanitario que le presta servicios, de naturaleza estatutaria, como claramente han venido proclamando los artículos 45 y 116 de la Ley General de Seguridad Social y como impone el artículo 84 de la Ley General de Sanidad de 25-4-1986, y más aún, cuando la doctrina del Tribunal Constitucional, como precisa el preámbulo del Real Decreto-Ley 3/1987, exige que el régimen estatutario de este personal se regule con norma con rango de Ley, como consecuencia de lo que preceptúa el artículo 103 de la Constitución Española (sentencia de 19-4-991 [RJ 1991\6238]) (F.D. 1º).

Queda claro que es imposible aplicar los preceptos del Estatuto de los Trabajadores a este colectivo. Así lo pone de manifiesto la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria 691/1996, de 17 de julio (Sala de lo Social) [AS 1996\2678]:

El plazo prescriptivo es el de cinco años desde que el Tribunal Supremo en Sentencia de 29 septiembre 1994 (RJ 1994\7265) así lo consideró y no, por lo tanto, el establecido en el artículo 59.2 del Estatuto de los Trabajadores. En aquella sentencia se expresaba cómo no es aplicable a la relación jurídico-estatutaria del personal sanitario de la Seguridad Social la normativa contenida en el Estatuto de los Trabajadores, en coherencia con ello, y con mayor sentido desde la vigencia de la Ley 30/1984, de 2 agosto, debe considerarse según esa resolución el plazo previsto en el artículo 54 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social de 1974, actual artículo 43 del Texto Refundido de la Ley General de la

Seguridad Social (RD Ley 1/1994, de 20 junio). Es un resultado más de la doctrina que reitera la Sentencia de 2 febrero 1995 (RJ 1995\772), la atinente a la imposibilidad de acudir a los preceptos del Estatuto de los Trabajadores, salvo casos verdaderamente excepcionales, a partir fundamentalmente de la Ley 30/1984, de 2 agosto (reforma de la función pública) de carácter supletorio (artículo 1.5) para todo el personal al servicio del Estado y de las Administraciones Públicas que implicó la aproximación de los regímenes del personal estatutario y de los funcionarios (F.D. 1º).

4. PERSONAL LABORAL

Los centros asistenciales de los servicios de salud se nutren en principio de personal funcionario –sanitarios locales y funcionarios de los cuerpos creados por las Comunidades Autónomas– y, en mayor número, de personal estatutario. En principio, no tendría que existir personal fijo con vínculo laboral, o al menos así se desprendía del contenido de la LGS, arts. 84 –cuyos núms. 1, 2 y 3, han sido derogados por el Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud– y 85.

Sin embargo, determinadas circunstancias han hecho que exista algún personal con vínculo laboral fijo en estos centros asistenciales. A veces como consecuencia del traspaso de funciones, servicios y personal desde otras administraciones públicas, y en otros casos como consecuencia de sentencias judiciales, las cuales, además, han introducido la diferenciación entre los conceptos de “fijo” e “indefinido” en el vínculo laboral. Diferenciación recogida ya en el Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre, por el que se desarrolla el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores en materia de contratos de duración determinada.

Hasta la entrada en vigor del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, su régimen jurídico presentaba una gran falta de desarrollo, pues su única referencia era el Estatuto de los Trabajadores, sin que existiese ninguna norma más particular –Convenio Colectivo– prevista para este personal. A partir de la publicación de esta ley, su situación se modifica, pues también les será de aplicación, en todo aquello que no se oponga a su normativa específica y si así lo prevén los Convenios Colectivos aplicables al personal laboral de cada Comunidad Autónoma.

En todo caso, si la administración presta servicios sanitarios a través de una fórmula instrumental, el régimen jurídico será laboral –en la mayoría de supuestos– y la norma aplicable, el convenio colectivo pertinente.

El Estatuto Básico del Empleado Público, en su art. 11 establece:

1. Es personal laboral el que en virtud de contrato de trabajo formalizado por escrito, en cualquiera de las modalidades de contratación de personal previstas

en la legislación laboral, presta servicios retribuidos por las Administraciones Públicas. En función de la duración del contrato éste podrá ser fijo, por tiempo indefinido o temporal.

2. Las Leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto establecerán los criterios para la determinación de los puestos de trabajo que pueden ser desempeñados por personal laboral, respetando en todo caso lo establecido en el artículo 9.2³⁸.

BIBLIOGRAFÍA

CASTILLO BLANCO, FEDERICO A. (2004). "El Estatuto Marco del Personal Estatutario", en LUCIANO PAREJO, ALBERTO PALOMAR y MARCOS VAQUER (coords.). *La reforma del Sistema Nacional de Salud (Cohesión, calidad y estatutos profesionales)*. Madrid: Marcial Pons.

CASTRO y BRAVO, FEDERICO (s.f.). *Derecho Civil de España*, t. 1, Madrid.

DE LORENZO GARCÍA, RAFAEL; ESPERANZA RUPEREZ ANTON y FERNANDO SAN MIGUEL CANOVAS (1990). *La organización nacional de ciegos españoles. Análisis de un modelo organizativo singular*. Madrid: La Ley.

DE ROVIRA MOLA, A. (1958). "Voz: estatuto", en AAVV, *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*. Barcelona.

AURELIO DESDENTADO BONETE y EVA DESDENTADO DAROCA (2000). "El sistema normativo de la relación de servicios del personal estatutario de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social", *Aranzadi Social*, vol. v.

DÍEZ MORENO, FERNANDO (2011). "La política de salud pública y el Tratado de Lisboa. Visión general", en *Noticias de la Unión Europea*, 323.

GARCÍA PIQUERAS, M. (1996). *Régimen jurídico del personal al servicios de las instituciones sanitarias de la Seguridad Social*. Madrid: CES.

GONZÁLEZ SALINAS, PEDRO (2005). "La relación funcional especial del personal estatutario de los servicios de salud y la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa", en *REDA*, 125.

38 Cfr. Ley 7/2007, de 12 de abril, Estatuto Básico del Empleado Público, art. 9.2: "En todo caso, el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas corresponden exclusivamente a los funcionarios públicos, en los términos que en la ley de desarrollo de cada Administración Pública se establezca".

Legalia (2002). *La protección de datos personales en el ámbito sanitario*. Pamplona: Aranzadi.

MALARET i GARCÍA, ELISENDA (2009). "El Estatuto Básico del Empleado Público, la modernización administrativa en el Estado de las Autonomías: un proceso en construcción", en *Revista Vasca de Administración Pública*, 84.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, LORENZO (1990). *A vueltas con la Universidad*, Madrid.

MOLINER, MARÍA (2008). *Diccionario de uso del español (Edición abreviada)*, 2ª ed. Madrid: Gredos.

MORILLO-VELARDE PÉREZ, JOSÉ IGNACIO (2006). "Ordenamiento jurídico actual: habilitación, competencias, desarrollo, supletoriedad", en *Derecho y Salud*.

PÉREZ GÁLVEZ, JUAN FRANCISCO (2004). *Comentarios al estatuto del personal estatutario de los servicios de salud*, ts. I y II. Barcelona: Bosch.

PÉREZ GÁLVEZ, JUAN FRANCISCO (2010). "Reconocimiento del título de farmacéutico especialista en la Unión Europea: farmacia hospitalaria [Comentario a la STJCE (Sala 2ª) de 8 de mayo de 2008]", en *Noticias de la Unión Europea*, 306.

PÉREZ GÁLVEZ, JUAN FRANCISCO (2011). *Incidencia del Estatuto Básico del Empleado Público en el acceso al empleo del personal de los servicios de salud*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública.

PÉREZ GÁLVEZ, JUAN FRANCISCO (2011a). "Ordenación farmacéutica y libertad de establecimiento en la Unión Europea", en *Noticias de la Unión Europea*, 321.

PÉREZ GÁLVEZ, JUAN FRANCISCO (2011b). "Empleo público, función pública y personal estatutario", en *Boletín de Función Pública del Instituto Nacional de Administración Pública*, 5.

PÉREZ GÁLVEZ, JUAN FRANCISCO (2012). "Bases generales sobre autorización de centros, servicios y establecimientos sanitarios", en *Revista Andaluza de Administración Pública*, 84.

SALA FRANCO, TOMÁS (2004). *El Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud*. Valencia: Tirant lo Blanch.

SÁNCHEZ MORÓN, MIGUEL (2002). *Derecho de la función pública*, 3ª ed. Madrid: Tecnos.

SERRANO GUIRADO, E. (1950). *El seguro de enfermedad y sus problemas*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos.

Sindicato Médico Andaluz (2011, enero). "En segunda fase de consulta pública la modificación de la Directiva 2003/88/CE de tiempo de trabajo de la Comisión Europea", en *Web institucional*. enero de 2011.

Sindicato Médico Andaluz (2011, octubre). "Sindicatos Europeos de la FEMS apuestan por estandarizar las retribuciones partiendo del perfil profesional", en *Web institucional*.