

RÉGIMEN JURÍDICO DEL PERSONAL SANITARIO.

D. ROBERTO PÉREZ LÓPEZ

Director General de Recursos Humanos del INSALUD

Como reiteradamente se ha dicho el personal del Instituto Nacional de la Salud, y por ende, del Sistema Nacional de Salud, constituye el mayor y más importante activo con que cuenta el Sistema Sanitario Español.

Dicho personal cuenta con un elevado grado de profesionalidad y capacitación, lo que permite mantener un alto nivel de calidad asistencial.

Ahora bien, la situación actual requiere modernizar el sistema para dotarlo de la adecuada agilidad y flexibilidad, por lo que se hace preciso introducir los factores de reforma que permitan superar una situación jurídico-administrativa, dotada de gran rigidez y que se asienta en tres pilares constituidos por los estatutos de personal facultativo, sanitario no facultativo y no sanitario, todos ellos de promulgación anterior a la Constitución, que aunque han servido para alcanzar el nivel de desarrollo del sistema sanitario que ahora tenemos, con determinadas y puntuales modificaciones, sin embargo se ven precisados de una reforma más profunda, que tenga en cuenta la actual configuración de un Estado de las Autonomías, donde estas, paulatinamente, van asumiendo las competencias que inicialmente y en su totalidad tenía asignadas el Instituto Nacional de la Salud.

1.- NECESIDAD DEL CAMBIO.

El sistema de gestión adoptado por el Instituto Nacional de la Salud, al igual que el de las Comunidades Autónomas que han recibido las competencias sanitarias del colectivo protegido por la Seguridad Social, ha seguido un modelo definido en la Ley 14/1.986, de 25 de abril, General de Sanidad, que ha venido caracterizando la Administración sanitaria bajo la forma denominada de "Gestión Directa".

Así la gestión de los servicios sanitarios ha venido efectuándose a través de unos hospitales o de unos Centros de Atención Primaria propios de la Entidad que tiene encomendada la gestión, ya sea esta una Entidad Gestora de la Seguridad Social, caso del Instituto Nacional de la Salud, ya sea un Organismo Autónomo dotado de personalidad jurídica y patrimonio propios, caso de la mayoría de los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas.

En todo caso, y con carácter general, dichos Centros, carentes de personalidad jurídica, según se deduce (en cuanto a los hospitales) del contenido del Real Decreto 521/1.987, de 15 de abril, por el que se aprobó el Reglamento sobre estructura, organización y funcionamiento de los hospitales gestionados por el Instituto Nacional de la Salud, que configura al hospital como un órgano administrativo de la Administración Sanitaria, están sometidos a unas rígidas normas de gestión de los recursos que impiden la movilidad y dinamismo precisos, en una sociedad cada vez más exigente con el nivel de calidad de los recursos que financian a través de sus propias aportaciones, vía impuestos o vía cotizaciones.

Así nos encontramos con que en materia de contratación administrativa se ve condicionada la actuación de las gerencias por la aplicación de la Ley 13/95, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, que pese a las mejores que su aprobación supuso con respecto a la antigua Ley de Contratos de Estado, en la práctica lleva a la realización de unos trámites administrativos, previos, lentos y complicados, que, como consecuencia de la demora en las adjudicaciones y pago del precio fijado determinan la oferta de unos precios, a veces, superiores a los del mercado.

Igualmente en materia de recursos humanos nos encontramos con unos centros, con plantillas a veces desajustadas, cuyo personal se rige fundamentalmente por normas de carácter administrativo, los estatutos de personal “Estatuto Jurídico del Personal Médico de la Seguridad Social”, aprobado por Decreto 3160/1.966, de 23 de diciembre, “Estatuto del Personal Sanitario no Facultativo de II.SS. de la Seguridad Social” aprobado por O.M. de 5 de julio de 1.971. Todos ellos normas de carácter preconstitucional, parcialmente derogados y modificados.

Este personal, que inicialmente fue asimilado al de régimen laboral, pese a la exclusión expresa de la aplicación del Estatuto de los Trabajadores por mor de lo dispuesto en el art. 1.3. a) del mismo, en la actualidad se ha asimilado, cada vez más al régimen de los funcionarios públicos, según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Sobre todo a raíz de la entrada en vigor de la Ley 30/1.984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, que aunque en su art. 1º lo excluía de su ámbito de aplicación, para remitir a la normativa específica que lo regule (Disposición Transitoria 4ª), esta normativa debía inspirarse en la de los funcionarios, que es de aplicación supletoria según se dispone en el art. 1.5.

Esta evolución de la doctrina se plasma en sentencias tales como la de 25 de abril de 1.988, del Tribunal Supremo, Sala de lo Social que, huyendo de la consideración de una relación jurídico-funcionarial, ante una reclamación en materia de retribuciones de personal estatutario del INSALUD, se pronuncia claramente por la aplicación supletoria de la normativa sustantiva de carácter laboral. Manifiesta esta sentencia en su único fundamento de derecho

“Los tres motivos del recurso... plantean una sola cuestión, a saber, que norma de la prescripción es aplicable a las reclamaciones de cantidad de los médicos que prestan sus servicios a la Seguridad Social, esta cuestión como ya argumenta la sentencia recurrida y ratifica el Ministerio Fiscal en su informe, ha sido abordada y resulta de modo reiteado por esta Sala y, siempre con el mismo constante criterio entre otras en las sentencias de 18 y 20 de diciembre de 1.984, 23 de octubre de 1.985 y 17 de noviembre de 1.987, por ello solo es necesario recordar sucintamente lo que en ellas se dice. Que la relación de los médicos al servicio de la Seguridad Social, es de carácter estatutario, que no regulada en el Estatuto la prescripción, esta laguna legal no debe ser suplida ni con el Código Civil, art. 1.966, cuya violación denuncia el segundo motivo del recurso, ni con la Ley de la Seguridad Social, sino con el Estatuto de los Trabajadores ; art. 59 cuya aplicación indebida denuncia el primer motivo, y ello porque pese al carácter especial de la relación entre el Médico y la Seguridad Social, **esta no deja de ser laboral**, y en consecuencia en lo no regulado en su Estatuto Jurídico, de 23 de diciembre de 1.966, es de aplicación subsidiaria la norma general pues otra solución conduciría a un tratamiento discriminatorio con colectivos de análogos soportes jurídico y fáctico, mientras que la adoptada es acorde con lo dispuesto en el art. 35.2 de la Constitución Española que consagra el Estatuto de los Trabajadores como norma básica que establece los derechos y los deberes de los trabajadores...”

Quizás la equiparación que tradicionalmente se ha venido haciendo del personal estatutario respecto al laboral, considerándolo como un trabajador “atípico”, que podía incardinarse en las denominadas relaciones laborales de carácter especial, viniera propiciada por el propio contenido del art. 45.2 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social de 30 de mayo de 1.974, vigente aun hoy en día, después de la aprobación de la Ley de Seguridad Social de 1.994. Este precepto consagra la aplicación del orden jurisdiccional social, frente al contencioso-administrativo, que tradicionalmente es el marco precesal de las reclamaciones relativas a los funcionarios públicos, cuando dice que

“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, con excepción del comprendido en el número siguiente”.

Sobre la atribución de competencia al Orden Jurisdiccional Social se ha pronunciado el Tribunal Constitucional, entre otras, en sentencia nº 351/1.995, de 19 de diciembre que hace el siguiente razonamiento:

“ Sostiene el órgano judicial proponente que la atribución a la jurisdicción social de las cuestiones contenciosas que se susciten entre el personal estatutario al servicio de las Entidades Gestoras de la Seguridad Social y estas, perturba el diseño que de dicho orden jurisdiccional ha establecido el art. 9.5 L.O.P.J., porque tratándose de Entidades Estatales de Derecho Público, las relaciones existentes con el personal estatutario a su servicio son de índole administrativa y por tanto las cuestiones contenciosas que se susciten entre este y aquellas han de atribuirse a los tribunales del orden jurisdiccional contencioso-administrativo. Cuestión esta que ha venido constituyendo una de las zonas interferencia entre el orden jurisdiccional social y el contencioso-administrativo.

Mas, al margen de consideraciones de conveniencia legislativa, lo cierto es que la regla de competencia jurisdiccional cuestionada, contenida en el art. 45.2 D. 2056/1.974, no excepciona frontalmente o contradice la delimitación de los ordenes jurisdiccionales contencioso-administrativo y social establecidos en el art. 9.4 y 5 LOPJ, cuyos enunciados genéricos requieren una ulterior concreción por normas legales específicas como prevé el párrafo 1 del citado artículo (ATC 132/1992). En efecto, el art. 9.5 LOPJ atribuye al ordenamiento de los Tribunales y Juzgados del Orden jurisdiccional social, entre otras cuestiones, «las reclamaciones en materia de SS.». Y esta expresión se ha interpretado por la doctrina como no circunscrita solo al campo prestacional, sino como una referencia general a la aplicación de la normativa SS. en bloque, incluidas las relaciones entre los empleados de las Entidades Gestoras de la SS. y éstas; así la regla de competencia judicial cuestionada resultaría perfectamente incardinable en la citada expresión. Aunque de ello se derive la revisión por el orden jurisdiccional social de un acto administrativo dictado por una Entidad Pública, aquella regla competencial no contradice el diseño previsto en el art. 9.4 y 5 LOPJ, pues de sus genéricos enunciados en la delimitación del ámbito de competencias de los órdenes jurisdiccionales contencioso-administrativo y social, cuya concreción corresponde al legislador ordinario, no puede deducirse un pronunciamiento definitivo acerca de la incardinación de los actos administrativos en materia social, sino solamente de éstos en los cuales concurre, según este criterio, la doble condición de actos administrativos (art. 9.4 LOPJ) y aplicativos de la legislación social (art. 9.5 LOPJ)”.

Sin embargo, ya con la discusión sobre la aplicación de la Ley 70/1.978, de 26 de diciembre, de reconocimiento de servicios previos a efectos de antigüe-

dad y trienios, se inició el debate sobre el carácter de funcionarios públicos de los estatuarios de la Seguridad Social. El texto de la Ley no ofrece dudas en cuanto a su ámbito de aplicación, pues dice:

“Se reconocen a los **funcionarios de carrera** de la Administración del Estado, de la Local, de la Institucional, de la Justicia, de la Jurisdicción de Trabajo y de la Seguridad Social la totalidad de los servicios indistintamente prestados por ellos en dichas Administraciones...”.

Así pues solamente se reconocen servicios previos a quienes ostenten la condición de funcionarios de carrera, y en el espíritu del legislador no se contemplaba el reconocimiento de dichos servicios a los estatuarios de la Seguridad Social, cuyo impacto económico no había sido valorado (no olvidemos el porcentaje de personal temporal que presta sus servicios en los centros sanitarios).

Así las cosas, la argumentación contraria a la inclusión de este personal en la Ley 70/1.978, y por tanto a su condición de funcionarios, se basaba en el propio contenido de la Ley 30/1.984, de 2 de agosto, de Medidas de Reforma de la Función Pública. Esta Ley, en su art. 1º al delimitar su ámbito de aplicación, establecía la inclusión del personal **funcionario de la Administración de la Seguridad Social**. Quien es el personal funcionario de la Seguridad Social se define expresamente en su Disposición Adicional décimosexta, cuando dice:

“A efectos de esta Ley se entiende por personal funcionario de la Administración de la Seguridad Social el comprendido en los siguientes Estatutos de Personal:

- Estatuto del Personal del extinguido I.N.P., aprobado por O.M. de 28.4.78.
- Estatuto de personal del extinguido Mutualismo Laboral, aprobado por O.M. de 30.3.77.
- Estatuto de personal del extinguido Servicio de Asistencia a Pensionistas, aprobado por O.M. de 5.4.74.
- Estatuto de personal del extinguido Servicio de Reaseguro de A.T., aprobado por O.M. de 14.10.71.
- Estatuto de personal del extinguido Servicio de Recuperación y Rehabilitación de Minusválidos Físicos y Psíquicos, aprobado por O.M. de 5.4.74.
- Estatuto de personal del suprimido Instituto de Estudios de Sanidad y SS., aprobado por O.M. de 16.10.78.
- Estatuto de personal del I.S.M., aprobado por O.M. de 22.4.71.
- Estatuto de personal del Cuerpo de Intervención y Contabilidad de la SS., aprobado por O.M. de 31.1.79.

- Estatuto de personal de las Delegaciones locales, Casas del Mar, Centros Docentes y otros Centros asistenciales del I.S.M., aprobado por O.M. de 30.12.78.”.

Asimismo considera personal funcionario al personal de las escalas de Médicos Inspectores, Farmacéuticos Inspectores y ATS Visitadores del cuerpo sanitario del extinguido INP e Inspectores Médicos del Cuerpo Especial del ISM.

Frente a esta calificación, en la Disposición Transitoria Cuarta se dice que:

“El personal de la Seguridad Social regulado en el Estatuto Jurídico del Personal Médico de la SS., en el Estatuto del Personal Sanitario Titulado y Auxiliar de Clínica de la SS., en el Estatuto del Personal no Sanitario al servicio de II.SS. de la Seguridad Social, así como el de Cuerpos y Escalas Sanitarios 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”.

Legislación que no es otra que el Estatuto Marco que, con el carácter de norma básica prevé el art. 84 de la Ley General de Sanidad.

A la vista de estas disposiciones, se argumentó el carácter no funcional del personal estatutario. Sin embargo, ya en el año 1.986, el Tribunal Supremo avanzó en sentido contrario, cuando en sentencia de 19 de abril (Sala de lo social) dice:

“...el contenido de la relación va más allá de los efectos típicos del contrato de trabajo, como evidencia el art. 27.4 del Estatuto antes citado y pone de relieve el dato de que, en el ejercicio de su actividad facultativa, el contenido de las relaciones del médico con la Seguridad Social no se agota en las recíprocas prestaciones nacidas del vínculo contractual, pues el médico decide sobre dispensación de especialidades farmacéuticas, ingreso en instituciones hospitalarias, asistenciales, quirúrgicas o reparadoras, y determina cuando el beneficiario de la Seguridad Social ha de causar baja en el trabajo, o se ha de reintegrar en él, y todo ello implica desembolso y gasto, a cuyo remedio acuden todas las empresas y todos los asalariados del país con sus cuotas y cotizaciones y el Estado mismo con subvenciones anualmente crecientes. Cuanto queda expuesto determina que la relación jurídica que vincula al médico con la Seguridad Social incluye aspectos que no cabe comprender con exclusividad en la tipificada en el derecho del trabajo; y, también, que de ella trascienden efectos económicos y sociales que rebasan la esfera contractual tipificada en una zona precisa del ordenamiento.

Tercero... reunen las condiciones que el art. 4 de la Ley de Funcionarios civiles del Estado de 7 de febrero de 1.964, señala para identi-

ficar a los funcionarios de carrera aunque ofrezcan determinadas especialidades; prestación de servicios a la Administración, aquí a la SS., con carácter permanente, figurando en las correspondientes plantillas, percibiendo sueldo o asignaciones fijas con cargo a las consignaciones de personal de los presupuestos, aquí de los presupuestos de la Seguridad Social, hoy incorporados a los del Estado. Su nombramiento se efectúa mediante pruebas selectivas reglamentariamente establecidas y controladas por la Administración.

La relación de servicio, aunque sometida en gran parte –según se indicó– al conocimiento de la jurisdicción de trabajo, ofrece aspectos, cuyo examen y discernimiento, dada la naturaleza administrativa de las normas estatutarias que la reglan, son competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa.

También ha de considerarse que la Ley 30/1.984, de 2 de agosto, que afecta al personal al servicio de la Administración no permite una conclusión contraria, en cuanto y tiene presente de forma expresa al personal médico de la SS. para su inclusión, a través de las normas específicas que anuncia la disposición transitoria 4ª. Por otra parte, es necesario valorar la significación que tiene el mandato contenido en su artículo 1.5 en cuanto atribuye a sus disposiciones carácter supletorio para todo el personal al servicio del Estado y de las Administraciones Públicas no incluidos en su ámbito de aplicación”.

Por su parte la de 22 de enero de 1.990, vuelve a la carga con la asimilación estatutario-funcionario, cuando señala que la doctrina “parte precisamente de la consideración de estos médicos como 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 la razón de constituir una relación de prestación de servicios, pueda verse también excepcionalmente influida por la normativa laboral en aspectos peculiares de esta y no contemplados en la regulación administrativa”.

Como puede observarse la doctrina, paulatinamente va oscilando desde la consideración de una situación de naturaleza laboral, a una de carácter administrativo, en la que se aplicaría como norma supletoria de primer grado la correspondiente a los funcionarios públicos, y solo en segundo lugar y en defecto de aquella, la laboral.

Y la Sentencia T.S. de 6 de abril de 1989 manifiesta que “la Ley de diciembre de 1978, nº 70/78 es aplicable, al personal sanitario de la S.S., pues se ha de entender que este está comprendido en el art. 1º de la misma al tener la condición de personal funcionario de aquella, por cuanto que el concepto de funcionario público incluye a este personal sanitario, ya que la función que este desarrolla

tiene un carácter público incuestionable, como se desprende de lo que expresa el art. 41 de la C.E., y reúne todas las condiciones y requisitos que tipifican la figura del funcionario público, según los arts. 1, 2, 3 y 4 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 1/2/64, como son la superación del oportuno concurso o pruebas adecuadas, el nombramiento oficial, la toma de posesión, el carácter permanente de la relación y la retribución abonada por el organismo público correspondiente, sin que los integrantes de este personal puedan ser calificados como funcionarios de empleo pues su relación profesional con la Administración es permanente e indefinida. Tampoco se trata de una relación laboral sometida a las normas del derecho del trabajo, no sólo por las consideraciones que se dejan expuestas, sino también en base a lo que establecen el art. 1.3.a) del Estatuto de los Trabajadores y el art. 45 de la Ley General de la S.S.”.

Definitiva en esta evolución es la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 1.991, que en su fundamentación jurídica dice:

“Se aprecia tanto en el origen normal de la relación (concurso de méritos), como en la dinámica o desarrollo de la misma (donde se acentúan la estabilidad en el empleo y en el puesto de trabajo). La aproximación de las relaciones estatutarias al régimen de los funcionarios públicos, y el alejamiento correlativo del modelo laboral, se ha hecho mas perceptible en la evolución reciente del ordenamiento jurídico, como se puede comprobar en la exclusión expresa del artículo 1.3 del Estatuto de los Trabajadores, en la aplicabilidad a las mismas, en principio, de las disposiciones de la Ley 30/1.984 de medidas urgentes de reforma de la función pública, y en la propia inclusión del personal estatutario en la normativa de incompatibilidades del sector público”.

La sentencia de diciembre de 1995, aun más claramente viene a decir que a partir de la entrada en vigor de la Ley 30/1984, de 2 de agosto se ha producido un acercamiento del personal estatutario al personal funcional de la Administración Pública, hasta el punto de que todos los comprendidos en la disposición adicional décimosexta han pasado a integrarse en el ámbito de aquella ley con la denominación de personal funcionario de la Administración de la S.S. Sin embargo incurre en error esta sentencia cuando confunde al personal incluido en la disposición adicional décimosexta, perfectamente delimitado por la misma, y respecto del que proclama su condición de funcionario, con el comprendido en la disposición transitoria cuarta, que se refiere al personal estatutario.

En el mismo sentido puede citarse la sentencia de 20/2/96, en la que se determina que las lagunas normativas del régimen estatutario se han de integrar preferentemente por medio de la legislación administrativa de funcionarios, descartando en principio a la legislación laboral como legislación supletoria de primer grado.

La Ley 14/1.986, General de Sanidad, en su art. 84 previó su regulación por un “Estatuto Marco del Personal Estatutario de la Seguridad Social”, con el carácter de norma básica, y de aplicación, por tanto, a los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas, encargando al Gobierno su desarrollo por Real Decreto. La jurisprudencia Constitucional que exigió su desarrollo por norma con rango de Ley, determinó su aplazamiento, y que por motivos de urgencia se aprobara, en el ámbito del Instituto Nacional de la Salud, el Real Decreto Ley 3/1.987, de 11 de septiembre, sobre retribuciones del personal estatutario dependiente de esta Entidad, que configuró el régimen retributivo a similitud del funcional, en base al esquema de:

- Retribuciones Básicas:
 - Sueldo
 - Trienios
 - Pagas Extraordinarias
- Retribuciones Complementarias:
 - Complemento de Destino
 - Complemento Específico
 - Complemento de Atención Continuada
 - Complemento de Productividad
- Indemnizaciones por razón del Servicio.

El esquema se cierra con la aprobación del Real Decreto 118/1.991, de 25 de enero, sobre selección de personal estatutario y provisión de plazas en el SNS, que desarrolla lo previsto en la Ley 4/1.990, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para 1.990, en su art. 34.cuatro¹.

¹ La reciente sentencia del Tribunal Constitucional, de 15 de octubre de 1998 ha declarado inconstitucional y, en consecuencia nulo, el art. 34. cuatro, de la Ley 4/1990, de 29 de junio. Se basa para ello la sentencia en que el establecimiento de reglas para la cobertura de plazas de personal sanitario no integra el núcleo mínimo, necesario e indisponible de la Ley de Presupuestos (fundamento jurídico 5).

Consecuencia de ello fue que, el Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), en sentencia de 1 de diciembre de 1998, declaró la nulidad del Real Decreto 118/1991, de 25 de enero, sobre selección de personal estatutario y provisión de plazas en las I.I.S.S. de la Seguridad Social, con fundamento en que la potestad complementaria ejercida mediante este Real Decreto, se ampara en el art. 34.cuatro, de la Ley 4/1990, de 29 de junio, al que desarrolla, y es obvio que la inconstitucionalidad de este artículo priva de cobertura habilitante y, por tanto de validez, al Real Decreto (segundo fundamento de derecho).

Todas estas disposiciones han configurado un régimen de personal dotado de gran rigidez de gestión, a la vez que provisto de un carácter de estabilidad propio de los funcionarios. Ahora bien, las perversiones del sistema y su inadecuación a la realidad social han determinado la convocatoria de escasos procesos selectivos, con el consiguiente incremento de una bolsa de personal interino, con carácter de temporalidad prácticamente indefinida, que va aumentando con el rodar del tiempo como una bola de nieve.

Ante esta situación se plantea la conveniencia de introducir nuevos modelos, que respondan a los nuevos tiempos y puedan hacer frente, en un marco de competitividad, a un mercado en el que confluyen, no solo otras instituciones públicas sino también centros privados en régimen de concurrencia.

Esto ha provocado lo que se ha denominado “huida del derecho administrativo” hacia formas de derecho privado, mediante la creación de unos entes de carácter instrumental.

En este sentido ya se había avanzado en el terreno de nuevas formas de gestión en Comunidades Autónomas con competencias sanitarias ya transferidas, como es el caso de Cataluña, donde no son infrecuentes los Consorcios, forma asociativa donde confluyen varias Administraciones, a veces incluso en concurrencia con personas jurídicas privadas; o como es el caso de Galicia, donde se habían puesto en marcha –la “Fundación Hospital de Verín” creada por el Servicio Gallego de Salud, o el “Instituto de Medicina y Tecnología” (Medtec), con forma societaria y de titularidad íntegra del SERGAS.

2.- AVANCES LEGISLATIVOS INTRODUCIDOS POR EL INSALUD.

Por motivos de urgencia, el Gobierno aprobó el Real Decreto Ley 10/1.996, de 17 de junio, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Instituto Nacional de Salud.

Como se dice en su exposición de motivos

“La Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, estableció, en el ámbito del Sistema Nacional de Salud, un modelo de organización caracterizado

A fin de evitar el vacío legal que como consecuencia de la declaración de nulidad de ambos preceptos se ha producido, por motivos de emergencia se promulgó el Real Decreto-Ley 1/1999, de 8 de enero, sobre selección de personal estatutario y previsión de plazas, ley de carácter reglamentista que nacida con un carácter de transitoriedad, viene a refundir la normativa anterior sobre la materia (legal y reglamentaria), con pequeñas adaptaciones a la realidad social del momento actual.

Esta ley, en sus disposiciones transitorias, otorga suficiente cobertura a los procedimientos de selección y promisión en curso de ejecución a su entrada en vigor.

fundamentalmente por la gestión directa. No obstante dicha norma admitió la vinculación de los hospitales generales de carácter privado, mediante convenios singulares y conciertos para la prestación de servicios sanitarios con medios ajenos, dando prioridad a los establecimientos, centros y servicios sin carácter lucrativo... En particular, el art. 50 dispuso la constitución en cada Comunidad Autónoma de un Servicio de Salud integrado por todos los centros, servicios y establecimientos de la propia Comunidad, Diputaciones, Ayuntamientos y cualesquiera otras Administraciones territoriales intracomunitarias, gestionado, en los términos establecidos en la Ley, bajo la respectiva Comunidad Autónoma.

La situación descrita es la que se modifica mediante el Real Decreto-Ley que ahora se establece, con la finalidad de ampliar las formas organizativas de la gestión... Para ello, la fórmula escogida recoge otras posibilidades, que abarcan, no solo la gestión directa, sino también la gestión indirecta a través de entidades públicas sujetas al derecho privado a través de otros entes públicos, dotados de personalidad jurídica y diferentes de las entidades públicas a que se refiere en el art. 6 de la Ley General Presupuestaria... tales como fundaciones... y los consorcios... y, en fin, las opciones derivadas de la utilización de otras formas de gestión sin interposición de personalidad jurídica... Asimismo se posibilita la gestión y administración a través de cualquier tipo de entidades creadas por personas físicas o jurídicas privadas...

No debemos olvidar que el art. 7 de la Ley General de Sanidad, sienta el principio de que

“Los servicios sanitarios, así como los administrativos, económicos y cualesquiera otros que sean precisos para el funcionamiento del Sistema Nacional de Salud, **adecuarán su organización y funcionamiento a los principios de eficacia, celeridad, economía y flexibilidad**”.

En aplicación de dichos principios y al amparo de aquella Disposición se crearon las Fundaciones “Hospital Manacor” y “Hospital Alcorcón”, las cuales ya se encuentran en funcionamiento, en un tiempo récord desde su creación, después de haber pasado por un laborioso y ágil proceso de selección de personal.

La Ley 15/1.997, de 25 de abril, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud, ha venido a reemplazar al anterior Real Decreto-Ley 10/1.996, procediendo a dar nueva redacción a su artículo único. Dice esta Disposición

“1. En el ámbito del S.N.S., garantizando y preservando en todo caso su condición de servicio público, la gestión y administración de los centros, servicios y establecimientos sanitarios de protección a la salud o de atención sanitaria o sociosanitaria podrá llevarse a cabo directamente o indirectamente a través de la constitución de cualesquiera entidades de naturaleza o titularidad pública admitidas en derecho.

Tiene como novedad esta Ley, la precisión, por otro lado innecesaria, del carácter de servicio público que afecta al sanitario independientemente de la forma de gestión adoptada, así como la admisión de “cualesquiera entidades, no solo de naturaleza sino también de titularidad pública” admitidas en derecho, es decir, su naturaleza jurídica puede ser de derecho privado, pero excluye a las que fueren creadas por personas jurídicas privadas (remisión implícita al concierto).

También aclara que las formas jurídicas que se adopten, órganos de dirección y control, régimen de garantías, financiación y régimen de personal, han de ser determinados por Real Decreto o Decreto, según que quien cree el centro o servicio lo sea el Estado o las Comunidades Autónomas. Si bien en este aspecto y como más adelante se indicará incide directamente el texto de la LOFAGE.

3.- FORMAS JURÍDICAS ADMITIDAS POR NUESTRA LEGISLACIÓN.

A) Gestión Directa que es la fórmula tradicionalmente utilizada, en la que una Entidad Gestora, como es el Instituto Nacional de la Salud, o un Organismo Autónomo, como sucede en la mayoría de las Comunidades Autónomas con competencias traspasadas, mantienen una red de centros sanitarios públicos, dependientes de ellas y carentes de personalidad jurídica en sus relaciones.

B) Nuevas Formas de Gestión: A este respecto se ha producido una evolución legislativa en los últimos tiempos.

Por un lado, el Real Decreto-Ley 10/96, además de una fórmula genérica comprendida en los términos gestión “mediante cualesquiera entidades admitidas en derecho creadas por personas o entidades públicas o privadas”, añadía a título de ejemplo la posibilidad de constituir “consorcios, fundaciones u otros entes dotados de personalidad jurídica”.

La nueva Ley 15/1997, que sustituye a la anterior manifiesta, de forma más amplia que la gestión podrá llevarse a cabo directa o inicialmente “a través de la constitución de cualesquiera entidades de naturaleza o titularidad pública admitidas en derecho”.

Ley General Presupuestaria

En este sentido, la Ley General Presupuestaria, Texto Refundido, aprobado por el Real Decreto-Legislativo 1091/1.988, de 23 de septiembre, en su art. 4 dice

“Los Organismos autónomos del Estado se clasifican a los efectos de esta Ley en la forma siguiente

Organismos autónomos de carácter administrativo ; y

Organismos autónomos de carácter comercial, industrial, financiero o análogos”.

Los Organismos autónomos del Estado se regirán por las disposiciones de esta Ley, y por las demás que les sean de aplicación en las materias no reguladas por la misma (Ley de Entidades Estatales Autónomas, de 26 de diciembre de 1.958).

Y en su art. 6, define las Sociedades Estatales, al decir que

“Son Sociedades estatales a efectos de esta Ley

Las Sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoría la participación, directa o indirecta, de la Administración del Estado o de sus Organismos Autónomos y demás Entidades estatales de Derecho Público. (Creación por Acuerdo del Consejo de Ministros).

Las Entidades de Derecho Público, con personalidad jurídica, que por Ley hayan de ajustar sus actividades al ordenamiento jurídico privado”.

Añade este precepto que las Sociedades estatales se regirán por las normas de derecho mercantil, civil o laboral, salvo en las materias en que les sea de aplicación la presente Ley.

El apartado 5 del art. 6 dice que

“El resto de Entes del Sector Público estatal no incluidos en este artículo ni en los anteriores, se regirá por su normativa específica”.

Ahora bien, la promulgación de la Ley 6/1.997, de 14 de abril, de Organización y funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE), ha incidido directamente sobre la situación descrita al establecer la derogación de la Ley de Régimen de las Entidades Estatales Autónomas, así como de los artículos 4 y 6 apartados 1 b) y 5 del texto refundido de la Ley General Presupuestaria.

Así pues, de la situación descrita en dicha Ley Presupuestaria, solo se ha mantenido la regulación referida a las Sociedades Mercantiles.

LOFAGE

Por su parte, la LOFAGE, en su Título III, al tratar de los Organismos Públicos, dice que son estos (art. 41) “los creados bajo la dependencia o vinculación de la Administración General del Estado, para la realización de cualquiera de las actividades previstas en el apartado 3 del art. 2 (actividades de ejecución o ges-

(25.4.97), se produce una divergencia, al habilitar esta última la creación de los nuevos organismos, o mejor dicho la determinación de las formas jurídicas, órganos de dirección y control, régimen de garantías de la prestación, financiación y peculiaridades de su personal, mediante Real Decreto estatal o Decreto autonómico, en su caso, mientras que la LOFAGE exige una norma con rango de Ley para la constitución de los Organismos Públicos y posibilitar la adscripción de funcionarios públicos a los mismos, lo que, a efectos de garantizar la debida seguridad jurídica nos llevaría a considerar la conveniencia de creación mediante Ley si por alguna de estas formas jurídicas se opta².

4.-OTRAS FORMAS JURÍDICAS ADMITIDAS EN NUESTRA LEGISLACIÓN.

A.- Consorcios

Es una forma jurídica de carácter asociativo, que permite su constitución a través de un acuerdo de voluntades entre Administraciones Públicas o Administraciones Públicas y personas jurídicas de derecho privado, sin ánimo de lucro.

El Consorcio es una entidad dotada de personalidad jurídica pública, e independiente de la de sus miembros, de carácter asociativo y voluntario.

Se rige por sus estatutos y por las disposiciones legales de aplicación.

Su regulación se encuentra en la Ley de Bases de Régimen Local, Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en su art. 7.

B.- Fundaciones

Su regulación se encuentra fundamentalmente en la Ley Reguladora de Fundaciones y de incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general, Ley 30/1.994, de 24 de noviembre, así como en el Código Civil, arts. 35 y ss., que les reconoce personalidad jurídica.

² El art. 111 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (BOE nº 313, de 31.12.98) crea, en el ámbito del sistema Nacional de Salud, una nueva forma jurídica, las Fundaciones Públicas Sanitarias, que vienen a completar el cuadro de Organismos Públicos configurados por la LOFAGE, de la que es aplicación la regulación de las entidades públicas empresariales en lo no previsto. Esta nueva regulación facilitará la transformación de los Centros sanitarios actuales en organismos dotados de personalidad jurídica al determinar que su constitución se aprobará por Acuerdo del Consejo de Ministros.

En cuanto al régimen del personal presura el carácter estatutario, no sólo del que actualmente presta servicio en estos centros, sino también de las nuevas incorporaciones, lo que supone una clara apuesta por el régimen estatutario.

En este sentido puede decirse que la fundación está constituida por un patrimonio destinado al cumplimiento de un fin, de interés público.

Esta Ley permite la constitución de Fundaciones tanto a las personas física como jurídicas, ya sean estas de derecho público o privado. Establece como única limitación a la constitución de Fundaciones por parte de personas jurídico-públicas, el que sus normas reguladoras lo prohiban.

Las Fundaciones se rigen por normas de derecho privado. En cuanto a la contratación no les son de aplicación las normas contenidas en la legislación de contratos de las Administraciones Públicas, estando sometidas únicamente a los principios de publicidad y libre concurrencia.

En cuanto a la selección de personal y régimen jurídico su vinculación es de carácter laboral, si bien dada su finalidad de carácter público, y constitución por una Administración Pública, debe ser seleccionado con respeto de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad.

En todo caso, y en dudosa interpretación del art. 67 de la Ley General de Sanidad, se ha llegado a manifestar por algún sector doctrinal que se produciría una situación de irregularidad si la jornada de trabajo en estos centros no se ajustara al de los demás dependientes del Sistema, por tratarse de hospitales “vinculados”. No obstante tal interpretación, en exceso rigorista difiere del contenido de dicho artículo ya que este se refiere al “régimen de jornada de los hospitales... (que) será el mismo que el de los hospitales públicos de análoga naturaleza en el correspondiente ámbito territorial”, régimen de jornada de los hospitales, que no tiene que ver con el régimen de jornada de su personal.

SITUACIÓN ACTUAL

En la actualidad, y tras la aprobación de la Ley de nuevas formas de gestión, en el ámbito del Instituto Nacional de la Salud, se produce el dualismo de convivencia de hospitales tradicionales, que se adaptan al denominado sistema de gestión directa, y cuyo personal está constituido, casi exclusivamente por personal estatutario, y otros hospitales que, adaptándose a dicha novedosa legislación, se han constituido como Fundaciones, correspondiendo la administración patrimonial en su integridad a un organismo público como es el Instituto Nacional de la Salud, y cuyo personal es exclusivamente de naturaleza laboral, en consonancia con lo anteriormente dicho.

A.- La existencia de hospitales del sistema tradicional, y en aras a la consecución de los objetivos señalados, en cuanto a su coexistencia dentro de un mercado de competencia regulada con agentes externos e internos con formas jurídicas diferentes, plantea el reto de su modernización.

En la actualidad, y de los 82 hospitales dependientes del INSALUD, 80 siguen manteniendo el modelo tradicional, mientras que los dos restantes, de nueva creación han asumido la forma de Fundación.

Pues bien la modernización de los hospitales entraña un análisis desde dentro que lleve a la conclusión de la fórmula más operativa, que dentro de las múltiples existentes, deba llevarse a efecto, con su consiguiente transformación.

Factor de tensión dentro de estas actuaciones es el de la situación jurídica en que haya de quedar el personal. Es evidente que la doctrina del respeto de derechos adquiridos ha de impedir cualquier medida traumática que implique un cambio forzoso de situación y pérdida de la anterior. La premisa básica, en todo caso, ha de ser la de la voluntariedad. Ahora bien, no parece que resulte conveniente, desde un punto de vista de gestión de los recursos humanos el mantener dos vinculaciones distintas del personal, por un lado estatutarios, en cuanto a aquellos que optasen por mantener su status, y laboral en cuanto a aquellos otros de nueva incorporación o que opten por esta vinculación. Ello llevaría a posteriores agravios comparativos entre una y otra situación, dimanante de distintos derechos y obligaciones, diferente régimen retributivo e incluso jornada de trabajo, así como la consiguiente dificultad de entronque entre unos y otros y funcionamiento de los equipos de trabajo.

Ello lleva a considerar como más conveniente el mantenimiento del sistema de selección y provisión mediante personal estatutario, aun cuando su régimen deba adaptarse a la realidad actual mediante el estatuto marco que el art. 84 de la Ley General de Sanidad prevé, con el carácter de norma básica para todo el Sistema Nacional de Salud, y sin perjuicio de la adopción de una de estas nuevas formas de gestión, y la consiguiente consecución de la autonomía de gestión por parte de los centros.

La reforma del régimen estatutario debe buscar el objetivo de adaptar las relaciones laborales a la realidad actual y a las perspectivas de evolución del sistema sanitario público, partiendo de dotar de la máxima autonomía a los Centros.

Esta norma, de conformidad con lo establecido en el art. 149.1.16º de la C.E. tiene un contenido básico, y por tanto común para el personal de los servicios sanitarios de las Comunidades Autónomas con competencias traspasadas, en los aspectos mínimos que establece el art. 84 de la L.G. Sanidad, y que permitan la movilidad de unos a otros Servicios de Salud (normas relativas al acceso al SNS, provisión de plazas, principios generales sobre derechos y deberes). Podrá contener los criterios de aplicación no solo al personal estatutario, sino también al laboral y funcionario del Sistema.

Como se ha señalado en el documento “55 propuestas para el consenso parlamentario”, en el apartado de Organización y Gestión, sobre potenciación del protagonismo de los profesionales, son objetivos en este ámbito los siguientes

1. Implantar un nuevo régimen estatutario regulando las peculiaridades profesionales sanitarios... que ha de conciliar la autonomía de gestión de los centros con unas condiciones mínimas comunes de calidad y garantía profesional para todo el sistema.

2. Mantener un régimen común de acceso y movilidad (selección y acceso por convocatoria singular de cada centro, es decir estableciendo una separación entre el acceso al Sistema y la cobertura de puestos y plazas).

3. Flexibilización del régimen de dedicación, mediante una mayor personalización de las condiciones de trabajo (jornada reducida, trabajo a tiempo parcial, vinculación profesional por acto, etc.)

4. Promover nuevas fórmulas retributivas en las que realmente se prioricen los incentivos a la actividad y a la calidad, y hacer efectiva la participación de los profesionales en la toma de decisiones de los centros.

5. Adecuar las plantillas a las necesidades efectivas de las instituciones...

6. Regular la negociación colectiva a nivel de centro, bajo pautas comunes a todo el sistema, por lo que se refiere al volumen total de empleo del sector y a las condiciones salariales básicas.

7. Profesionalizar la función directiva... (sistemas de formación de gestores y directivos, mecanismos de evaluación de los equipos directivos).

8. Promover una ordenación general de las profesiones sanitarias... formación continuada y carrera profesional... sin vinculación salarial, y mediante mecanismos de reevaluación...

9. Adecuar las especialidades sanitarias a las necesidades del sistema... dando paso a nuevas especialidades emergentes, promoviendo áreas de capacitación específica... reacreditación y auditorías para la evaluación docente.

B.- En cuanto a las Fundaciones existentes . Igualmente y sin perjuicio de que como tales gocen de personalidad jurídica y patrimonio único, la homogeneidad del sistema aconseja que, teniendo en cuenta la titularidad pública y su integración dentro del S.N.S., se establezca un régimen armónico, en cuanto a los requisitos, derechos y obligaciones mínimas de su personal, que permita establecer, dentro del marco de autonomía de los centros, unas ciertas condiciones de homogeneidad.

Ello pasa, por el establecimiento de un Acuerdo o Convenio de ámbito superior al de Centro de Trabajo, que regule aspectos tales como la ordenación de la negociación colectiva ; sistema de ingreso y modalidades de contratación ; jornada y horario máximo de trabajo ; estructura de las retribuciones ; vacaciones,

permisos y licencias ; excedencias ; régimen disciplinario ; Seguridad e higiene en el trabajo ; representación sindical en el ámbito del respectivo Centro.

5.- EL PLAN ESTRATÉGICO DEL INSALUD.

Como es sabido, recientemente se ha presentado el Plan Estratégico del INSALUD, plan que partiendo del reconocimiento de los principios generales que identifican al Sistema Nacional de Salud universalidad en la cobertura asistencial, financiación pública del sistema, aseguramiento público, solidaridad y garantía de los ciudadanos en cuanto al nivel de cuidados que reciban en función de su estado de salud, y previa identificación de la situación actual del Servicio, plantea un desarrollo de líneas estratégicas que, en lo que afecta al contenido de esta disertación, viene a señalar las actuaciones en materia de recursos humanos.

El análisis de situación viene a resaltar que de los 132.726 profesionales al servicio del INSALUD, el 24,3% lo hace en la atención primaria y el 75,7% en atención especializada.

Del personal que configura la atención primaria el 36,3% son interinos y el 63,7% propietarios. El de atención especializada guarda una proporción del 20,8% de interinos por un 79,2% de propietarios.

Su sistema de selección se regula por el Real Decreto 118/91, de 25 de enero, que desarrolla la Ley 4/90, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para 1990.

La experiencia práctica revela que este régimen de selección, siendo intrínsecamente bueno, adolece de los siguientes problemas

- Dificulta la selección por centro, así como la captación de los candidatos más adaptados a sus necesidades.
- No permite establecer perfiles para los puestos de trabajo (baremos predefinidos).
- Impide la formación de equipos por los propios hospitales.
- Proceso de selección enormemente rígido y complejo.
- El personal estatutario sigue el concepto tradicional de funcionario.

Ello nos lleva a la existencia de un sistema rígido carente de flexibilidad. La vinculación lo es con el sistema y no con un puesto de trabajo concreto, lo que cabe predicar igualmente de las jefaturas de servicio y sección.

En cuanto al sistema retributivo se puede decir que

- El componente variable (incentivos) tiene una escasa relevancia.
- El complemento específico, que se identifica como “dedicación exclusiva al sistema sanitario público”, está desvirtuando de su concepción inicial.
- El abanico salarial es muy cerrado careciendo de un efecto incentivador.

Por ello, el Plan establece una serie de líneas de actuación, tendentes a flexibilizar el marco laboral, dotando de un mayor protagonismo a los profesionales.

Tiene en cuenta que, en el marco de un sistema de competencia regulada, el régimen del personal de los Centros no puede ser radicalmente distinto al de los proveedores externos con los que compete.

En consecuencia se plantea la flexibilización del régimen estatutario, de forma que se concilie con la autonomía de gestión de los centros, así como la adopción del régimen laboral en centros de nueva construcción. Situación que se ha visto favorecida por la inclusión en la Ley de Medidas fiscales, Administrativas y del Orden Social para 1.997, de una disposición que permite pasar a la situación de excedencia voluntaria por incompatibilidad a aquellos profesionales de régimen estatutario que voluntariamente se integren en estos centros, manteniendo una reserva de su puesto de origen durante tres años.

Las líneas de actuación contempladas en el Plan estratégico van dirigidas a

1.- Conseguir la vinculación del personal con el Centro, sin que por ello se impida la movilidad de los profesionales.

2.- Selección del personal desde los propios centros, con régimen común de acceso.

De esta forma, los propios centros podrán fijar los perfiles de los puestos de trabajo, siempre entendido que con respeto de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad.

3.- Desarrollo de las características propias de la carrera profesional por centro.

Esto implica la fijación de un marco común de referencia nacional establecido a través del Consejo Interterritorial, que se complemente con la política de personal propia de cada Centro. La carrera profesional deber ser un elemento de prestigio profesional.

4.- Refuerzo del papel central del profesional en los centros sanitarios.

El papel central del médico debe reforzarse, siendo éste el responsable directo de la asistencia sanitaria. Sin olvidar la importante labor de la enfermería

y otros grupos de profesionales, en cuanto a que con sus actuaciones mejoran la calidad y eficiencia de los servicios.

Por ello es preciso dotar del suficiente protagonismo y capacidad de decisión a sus profesionales.

5.- Potenciación y protocolización de los incentivos en las retribuciones.

Ligando la parte variable de las retribuciones al cumplimiento de los objetivos pactados, descentralizando los criterios de asignación y cuantía individual a percibir.

6.- Transición el régimen estatutario al laboral en los centros de nueva creación.

LEY 66/1997, DE 30 DE DICIEMBRE, DE MEDIDAS FISCALES, ADMINISTRATIVAS Y DEL ORDEN SOCIAL.

1.- En el sentido indicado se ha avanzado en una disposición tal como la Ley 66/1.997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, cuando en su Disposición Adicional vigésima se contempla, si bien con carácter extraordinario, por una sola vez y para el año 1.998, el desarrollo de unos Concursos-oposición, descentralizados, por gerencia de atención especializada, a fin de regularizar la anómala situación derivada de la inexistencia de procesos selectivos, en el ámbito de los Facultativos Especialistas de Area, desde hace nueve años.

Por primera vez, en esta norma se contempla la realización de unas pruebas con carácter descentralizado por centro, y desvinculadas de los procesos de provisión de puestos de trabajo, con constitución de tribunales de centro, a los que, con absoluto respeto de los citados principios de igualdad, mérito y capacidad, les corresponderá evaluar a los participantes.

2.- Como inicio de un cambio sustancial en la configuración del Complemento Específico, el art. 53, procede a modificar el art. 2.3.b) del R.D.Ley 3/1987, de 11 de septiembre, sobre retribuciones del personal estatutario del INSALUD, al permitir la renuncia del mismo.

No olvidemos que aún cuando dicho Real Decreto Ley vincula el complemento a la especial dificultad técnica, dedicación, responsabilidad, incompatibilidad, peligrosidad o penosidad, lo cierto es que desde su configuración normativa, siempre se ha ligado únicamente al componente de incompatibilidad.

Ahora bien, tal medida se ve complementada por la modificación del régimen disciplinario, al contemplarse expresamente la consideración como falta muy grave el “incumplimiento de las normas sobre incompatibilidades”, superando así las dudas surgidas de la existencia de pronunciamientos contradictorios entre dife-

rentes Tribunales Superiores de Justicia y Audiencia Nacional. Pues así como la Audiencia Nacional y el T.S.J. de Murcia consideraban la ausencia de tipificación de la conducta, otros como es el caso del T.S.J. de Madrid o el de Castilla-La Mancha, han contemplado el criterio contrario. La argumentación de los que consideran como no tipificada la falta, parte de que su inclusión dentro de la expresión “la realización de actos en pugna con los intereses de la Seguridad Social” (art. 66.3.j del estatuto jurídico del personal médico de I SS.), carece de sentido al no acreditarse daño material a los intereses de la Seguridad Social por la realización de actividad privada y percepción simultánea del complemento.

Por lo que respecta a la sentencia de la Audiencia Nacional, de 17 de febrero de 1.997, en su segundo fundamento de derecho razona que

“Considera el acto recurrido que el hecho de trabajar como médico para ASISA no obstante cobrar complemento específico constituía un ataque a los intereses de la Seguridad Social, pero, como es general, no se nos dice en que aspecto concreto de los intereses, y si son los económicos, medios tiene el INSALUD, y parece que los ha ejercitado, para deshacer lo mal hecho mediante la acción de reintegro siempre posible en tanto no prescriba. El tipo tiene una tal indefinición que ha de ser plenamente integrado con unos hechos muy concretos y no susceptibles de separación por vía que no sea la sancionadora pura y simple. De ahí que no estimando cometida infracción alguna, huelga cualquier otra cuestión sobre trámite o prueba”.

La sentencia del T.S.J. de Murcia (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 26.12.95, es más curiosa todavía al sustentar alguna tesis completamente superada como la relativa al carácter funcionarial del personal estatutario, así dice

“... A la interesada le es de aplicación solamente, en cuanto a las supuestas infracciones disciplinarias cometidas, su Estatuto.

No tiene la consideración de funcionario público (sentencias del T.S. de 30 de octubre de 1990, de 30 de marzo de 1992, de 1 de julio de 1993, etc.), por ello no le es de aplicación supletoria la Ley 30/1984 como pudiera estimarse en principio conforme a su art. 1.5...

Sexto.- Se ha incardinado la conducta de la recurrente en el art. 66.3 j) del Estatuto (“realización de actos en pugna con los intereses de la Seguridad Social”)...

Como señala el Tribunal Constitucional, en la sentencia antes citada de 29.3.90, no caben clausulas generales de infracción que “permitirían al órgano sancionador actuar con un excesivo arbitrio y no con el prudente y razonable que permitiría una especificación normativa”.

El precepto aplicado por la Administración en el caso que nos ocupa es una clausula general que en modo alguno puede considerarse como tipificadora de la conducta que observó la actora, que tampoco puede encuadrarse en ningún otro artículo del Estatuto...

En relación al elemento de la tipicidad en una sanción disciplinaria característica niega esta última sentencia la posibilidad constitucional de la sanción con fundamento en un tipo legal genérico (“incumplimiento de los deberes y obligaciones del funcionario”) por considerar que el art. 25.1 de la Constitución “no tolera la aplicación analógica in peius de las normas penales y exigen su aplicación rigurosa... a conductas que reúnan todos los elementos del tipo descrito y sean objetivamente perseguibles”...

En conclusión, cabe decir que el incumplimiento de lo dispuesto en la Ley 53/84 no está tipificado en el Estatuto, como sí lo está para los funcionarios públicos...”

Sin embargo, en interpretación contraria y contradictoria con las anteriores, la sentencia del T.S.J. de Castilla-La Mancha, de 13.3.97, dice que esta conducta sí es sancionable

“... procedencia de aplicación del art. 66.3.j) del Estatuto, dada la realización de actos en pugna con los intereses de la Seguridad Social, pues bien se establece en el F.D. 6º de la resolución recurrida de 17 de febrero de 1.994, tal colisión de intereses existe cuando se infringen normas emanadas para regular el régimen de dedicación exclusiva al que voluntariamente se somete el recurrente, percibiendo cantidades específicas por ello, alterando el orden de la institución a la que pertenece, al poder crear un agravio comparativo con respecto a otros compañeros que ejerciendo privadamente no perciben el complemento específico...”

A partir de la entrada en vigor de la Ley 66/97, la conducta se encuentra plenamente tipificada, lo que debe redundar en una absoluta igualdad en su aplicación.

3.- Como consecuencia del pacto sindical suscrito, en materia de renuncia a guardias por facultativos mayores de 55 años, y a fin de facilitar su ejercicio, el art. 54 contempla la posibilidad del nombramiento de facultativos para la prestación de servicios de atención continuada. Modalidad de nombramiento de carácter eventual, debidamente justificado y motivado, que amplía las posibilidades contempladas para los nombramientos eventuales en el art. 5 del estatuto del personal médico.

Al otorgarse competencia a las gerencias para reconocer el derecho de renuncia de guardias por motivo de edad, la medida incluida en esta Ley, viene a reforzar la autonomía de gestión de los centros.

4.- Por último, el art. 52 contempla un nuevo sistema de provisión de los puestos de Jefe de Servicio y Sección, mediante un procedimiento de selección basado en la evaluación del curriculum profesional de los aspirantes y del proyecto técnico de gestión de la unidad asistencial que estos realicen.

Si bien el desarrollo se llevará a efecto mediante Real Decreto, en el mismo se contemplará, la evaluación cuatrienal de los indicados Jefes asistenciales.

En todo caso, para desempeñar las jefaturas se precisará ostentar nombramiento en propiedad como personal estatutario, y tanto en la selección como en la evaluación intervendrá una comisión de selección constituida en el propio centro sanitario.

7.- ESTATUTO MARCO DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD - ESTATUTO BÁSICO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA.

Recientemente se firmó en el seno de la Mesa General de Negociación de la Función Pública un Acuerdo para impulsar la aprobación parlamentaria del Estatuto Básico de la Función Pública.

Si bien el anteproyecto contempla dentro de su ámbito de aplicación a la “Administración de las Instituciones del Sistema Nacional de Salud” (art. 2.d), y en su art. 4.2 determina su aplicación al personal estatutario de las Instituciones del Sistema Nacional de Salud, este artículo ya contempla que su aplicación lo será con las especificaciones previstas en la Disposición Adicional Séptima del Estatuto.

Por su parte, el art. 8.5, dentro de las clases de personal, contempla al personal estatutario del Sistema Nacional de Salud.

Ahora bien, como no podía ser menos, la Disposición Adicional séptima deja a salvo la aprobación del Estatuto Marco del personal del Sistema Nacional de Salud, tal y como establece el art. 84 de la Ley General de Sanidad, al tener en consideración las características peculiares y diferenciadoras que al ejercicio de estas profesiones afectan. Así pues, dentro de la configuración general de Función Pública, este régimen especial se sustenta en el propio modelo organizativo del Sistema Nacional de Salud y en el tipo de funciones sanitario-asistenciales que presta. El Estatuto se prefigura, con rango legal y carácter de norma básica en el sentido en que lo configura el art. 149.1.16º de la Constitución.

El borrador de este texto dice

“1. En desarrollo de lo previsto en el artículo 4 de la presente Ley, un Estatuto Marco del personal estatutario de los Servicios de Salud establecerá las bases del régimen de este personal.

El Gobierno, previo informe del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud y previa negociación con las Organizaciones Sindicales representativas según lo establecido en los artículos 6 y 7 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical, remitirá a las Cortes el proyecto de dicho Estatuto Marco, de conformidad con la Ley 14/86, General de Salud, que regulará, con carácter de normativa básica, los aspectos esenciales de la relación de servicio del personal estatutario de las instituciones sanitarias públicas desarrollando los principios establecidos en esta Ley, adaptados a las específicas características el ejercicio de las profesiones sanitarias, de la organización del Sistema Nacional de Salud y del servicio sanitario-asistencial. La regulación se hará con estricto respeto a las competencias de ordenación de los recursos humanos de los respectivos Servicios de Salud que corresponden a las Comunidades Autónomas. En el citado Estatuto Marco se regulará la composición y funciones de la Mesa de Negociación del Sistema Nacional de Salud.

En tanto se dicta el Estatuto Marco del personal estatutario de los Servicios de Salud se estará a lo establecido en la disposición final que regula la entrada en vigor de la presente Ley.

En cualquier caso, durante dicho período se seguirán aplicando las normas actualmente vigentes en materia de clasificación de personal, modalidades de prestación del servicio, procedimientos de selección y provisión de plazas, regulación del personal directivo y su nombramiento, del personal interino, retribuciones, de situaciones administrativas y régimen disciplinario ; asimismo se mantendrán, en desarrollo del Capítulo XVIII de este Estatuto Básico, las Mesas Sectoriales de personal de Instituciones Sanitarias y el orden jurisdiccional competente según las materias de que se trate, todo ello sin perjuicio de las competencias propias de las Comunidades Autónomas para la regulación de tales materias”.

En definitiva esta disposición viene a garantizar la pervivencia de un régimen estatutario propio del personal del Sistema Nacional de Salud, mediante la promulgación del precitado Estatuto Marco, a la vez que mantiene la subsistencia del régimen actual (párrafo segundo de la disposición adicional), en tanto no se apruebe la norma básica.

Es por tanto un reto de cara al futuro, la elaboración a lo largo del presente año del anteproyecto de Estatuto Marco del Sistema Nacional de Salud. Partiendo del ámbito de aplicación delimitado en el art. 84.1 de la Ley General de Sanidad Personal médico, personal sanitario no facultativo y personal no sanitario de Instituciones Sanitarias, y con una clara apuesta por la descentralización del sistema.

En todo caso, la flexibilización del régimen del personal, debería contemplar tanto un sistema unificado de acceso y provisión de puestos, por centro sani-

tario, como la existencia de un régimen retributivo incentivador, en el que el diseño de las retribuciones variables le corresponda a los diferentes Servicios de Salud, y su concreción a los Centros Sanitarios.

Dentro de este esquema, los centros tendrían un cierto nivel de negociación, en la actualidad limitado por la Ley 9/1.987, de 12 de junio, de Organos de Representación, Determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al Servicio de las Administraciones Públicas, en su redacción dada por la Ley 7/1.990, de 19 de julio, sobre negociación colectiva y participación en la determinación de las condiciones de trabajo de los empleados públicos.

En todo caso, una cuestión a abordar es el de la unidad de jurisdicción, frente al actual sistema de competencia dual, de la jurisdicción laboral, según se depende del art. 45.2 de la Ley General de la Seguridad Social de 30 de mayo de 1.974, y de la jurisdicción Contencioso-Administrativa, en materias relativas a selección de personal, régimen disciplinario y responsabilidad patrimonial derivada de la asistencia sanitaria prestada en las Instituciones Sanitarias del Sistema Nacional de Salud.