

Ordenamiento jurídico actual: habilitación, competencias, desarrollo, supletoriedad

José Ignacio Morillo-Velarde Pérez
Catedrático de Derecho administrativo

SUMARIO: I. Introducción. II. Habilitación competencial: Naturaleza del estatuto marco. III. Ámbito de aplicación. IV. Derogación del régimen anterior.

I. Introducción

El último periodo de sesiones de la legislatura a que pusieron fin las elecciones de marzo de 2004 se cerró con una importante avalancha legislativa que, al menos, renovó con mejor o peor acierto una parte muy importante de nuestro ordenamiento jurídico administrativo, por lo general en una línea de continuidad con lo anterior no siempre justificada por completo.

Entre las normas que en los dos últimos meses de 2003 accedieron a las páginas del BOE, no es la de menor repercusión social el texto al que se dedican éstas, la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud (EM), una ley largo tiempo esperada, de cuya importancia, al menos, da cuenta la gran cantidad de comentarios de prestigiosos especialistas que en el corto tiempo transcurrido se han publicado analizándola desde las perspectivas más variadas¹. Se

trata de trabajos extensos y minuciosos, cuyo título habitual, precisamente *comentarios*, confiesa una clara actitud metodológica, ceñida al análisis exegético de los preceptos de la norma, sin perjuicio, además de otras excelentes contribuciones en revistas especializadas. Esta riada de escritos, con enfoques y valoraciones diversos, pone de relieve como era esperada la norma y cuanto se espera de ella en el futuro de los profesionales que prestan sus servicios en un sistema de salud que trasluce las líneas fundamentales de su marco jurídico-político: el *Estado de las Autonomías*.

Precisamente esta contribución al presente número de la *Revista Derecho y Salud* se dedica al estudio de la norma de referencia en el contexto del ordenamiento jurídico, al análisis de su significación en el mismo y a la exposición de sus características y virtualidades como norma jurídica. Otros analizarán los contenidos ordenadores del sector de la función pública española que constituye el personal estatutario de los servicios de salud².

Desde esta ubicación inicial no es posible desconocer que el futuro de esta norma parece moverse en un horizonte que empieza a tener poco que ver con las previsiones de sus autores. La actualidad parece traer vientos de cambio que pueden afectar precisamente al Estado de las Autonomías y a sus técnicas de articulación de los poderes normativos,

¹ Sin pretensiones de exhaustividad cito los siguientes que me parecen de gran interés: SALA FRANCO, T. El Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud. (Comentario a la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, BOE de 17 de diciembre), Tirant, monografías, Valencia 2004. Comentarios a la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, GONZALEZ SALINAS, P. y LIZARRAGA BONELLI, E. *Coordinadores*, Thomson, Civitas, Cizur Menor, 2005. PÉREZ GALVEZ, J. F. Comentarios al Estatuto Marco de los Servicios de Salud con Jurisprudencia y Formularios, 2 tomos, Ed Bosch 2004; CASTILLO BLANCO, F. "El Estatuto Marco del Personal Estatutario" en La Reforma del Sistema Nacional de Salud: Cohesión, Calidad y Estatutos Profesionales. Coord. M. VAQUER CABALLERÍA, A. PALOMAR OLMEDA, L. PAREJO ALFONSO, 2004.

² De momento, una exposición completa y clara en PÉREZ GÓMEZ, J. M. y PÉREZ LÓPEZ, "Régimen Jurídico del Personal Estatutario de los Servicios de Salud". *Derecho y Salud*, vol 13 núm. 2 2005.

porque cambien los principios ordenadores o, al menos, la percepción sobre los mismos. Obviamente, no es esta la sede adecuada para la profecía ni para el análisis político, pero sería estar fuera de la realidad no advertir de posibilidades que trastruequen con mayor o menor intensidad los esquemas conceptuales que, de momento, nos sirven de referencia.

Antes de abordar el contenido de lo que tampoco es mucho más que un comentario de los aspectos del texto de referencia a que he aludido, también quisiera poner de relieve otro hecho importante, en mi opinión, para explicar algunas de las peculiaridades y características de este sector de nuestro ordenamiento jurídico referido a una concreta relación de trabajo dependiente. Me refiero a su casi total olvido por parte de la que podríamos llamar doctrina general del Derecho administrativo, que se manifiesta, al menos, en dos cuestiones que me parecen dignas de tenerse presentes.

De un lado, la propia denominación que recibe el personal cuya regulación básica se realiza en esta norma, de *estatutario* precisamente para marcar distancias de naturaleza frente al personal funcionario y alumbrar de esta forma un *tertium genus* a medio camino entre funcionarios y trabajadores³. Como recuerda la *exposición de motivos* del EM esta denominación trae su causa de la palabra que se utilizó para designar las normas que desde mediados de los años sesenta del pasado siglo venían regulando este personal⁴ -*estatutos del personal...* - y, paradójicamente, de una u otra forma, ha terminado contraponiéndose a lo que la doctrina y la Constitución consideran *el régimen estatutario*, esto es, el régimen de los funcionarios públicos. Ahora la ley, con buen criterio, reconduce a este *personal estatutario* a la posición de la que nunca debió haber salido: se trata de funcionarios con un régimen estatutario especial

como el de tantos otros, pero funcionarios públicos a fin de cuentas. Con todos los respetos y sin que nadie se ofenda, entiendo que nada de esto hubiera ocurrido si la doctrina jurídico-administrativa hubiese prestado más atención a este sector del personal al servicio de la Administración pública, por más que lo fuese en el ámbito de la Seguridad Social.

Posiblemente esa anterior ubicación en el ámbito de la Seguridad Social dé alguna explicación a lo que vengo destacando, así como la tradicional bipartición jurisdiccional de esta materia, cuyo final, por otra parte, no ha quedado suficientemente aclarado en esta Ley⁵, por más que pueda haber opiniones en contra⁶. Efectivamente, aunque no es esta la sede, creo que la cláusula derogatoria en los términos en que se ha producido, no es suficiente para rectificar algo que nunca debió ocurrir, como es la atribución de los conflictos de estos funcionarios a la jurisdicción social. Pero si estas circunstancias explican el hecho cumplidamente, no hacen sino explicar lo que, a mi juicio, ha sido un error y una práctica distorsionante.

La otra cuestión a suscitar también con carácter previo y, sin perjuicio de lo que, a continuación, se desarrollará, es la expresión *estatuto marco*. De esta forma se llega a esa especie de galimatías redundante que da título a la ley, *estatuto marco del personal estatutario*. La historia nos ha dado ya hecha la redundancia, desde el momento en que se denomina estatutario a un determinado personal para no llamarlo funcionario. Pero, dando por buena a estas alturas la redundancia, ahí debió parar la cosa. En efecto, creo que no se debió usar la expresión de *estatuto marco* sino de estatuto básico o bases de los estatutos, pues es obvio que ya no puede el Estado asumir la regulación completa de las materias que

³ No es mi intención abordar el tema de la naturaleza jurídica de esta relación. Muy clarificador GONZÁLEZ SALINAS, P. Comentarios a la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, GONZÁLEZ SALINAS, P. y LIZARRAGA BONELLI, E. *Coordinadores*, Thomson, Civitas, Cizur Menor, 2005, págs. 48 y ss.

⁴ SALA FRANCO, T El Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud. (Comentario a la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, BOE de 17 de diciembre), Tirant, monografías, Valencia 2004, pág. 19.

⁵ MARTÍNEZ MOYA, J. "Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud ¿un "marco" propicio para soltar amarras definitivamente y declarar la incompetencia del orden social?" Revista de Derecho Social, núm. 28, 2004 y HERNÁNDEZ MARTÍN, A. "Nuevas dudas jurisdiccionales sobre el personal estatutario de los servicios de salud tras la aprobación del estatuto marco por Ley 55/2003, de 16 de diciembre" Aranzadi social núm. 9, 2004.

⁶ SALA FRANCO, T El Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud. (Comentario a la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, BOE de 17 de diciembre), Tirant, monografías, Valencia 2004, pág. 25.

integran los viejos estatutos que dan nombre a estos sectores del personal de los servicios de salud, según explicaré, pero no me parece correcto utilizar una expresión que tiene un sentido preciso en la Constitución, aunque su utilización haya sido escasa⁷. Con ello a la redundancia se añade la inexactitud de la palabra *marco* que no se sabe muy bien que sentido tiene en este contexto. La impresión que da es que, a través de esta pintoresca y redundante denominación de *estatuto marco del personal estatutario*, se quiere aludir a una especie de estatuto de los estatutos, donde el Estado puede desplegar sus competencias normativas, pero esto técnicamente se expresa como antes he indicado y como muy correctamente hacen el art. 1 y la disposición final primera de la Ley 55/2003: bases de los estatutos, bases del régimen jurídico, etc.

II. Habilitación competencial: Naturaleza del estatuto marco

La disposición final primera de la Ley 55/2003 invoca el título competencial que habilita al Estado para dictar una norma con el contenido de la que nos ocupa. A tal efecto, alude al art. 149.1.18 de la Constitución que, entre un amplio elenco de títulos competenciales, incluye *las bases del régimen estatutario* del personal que sirve a las diversas Administraciones públicas.

Aunque este es el título que ampara el ejercicio de la potestad legislativa en esta norma, se matiza y completa, además, con la mención de los apartados 7 *–legislación laboral–* y 16 *–bases de la sanidad–* del mismo artículo 149.1 CE. Este último converge con el general para apoderar la disposición adicional segunda justificada, por tanto, en dos títulos diferentes. Y el apartado 7 completa, a su vez, las previsiones de la disposición adicional segunda y de la transitoria primera en cuanto referidas al personal laboral que no pueden ampararse en lo previsto en el

apartado 18, ceñido exclusivamente a los funcionarios públicos. Se puede concluir, pues, que salvo respecto de cuestiones más o menos importantes, pero, en definitiva, muy concretas, el título habilitante que justifica la competencia legislativa de las Cortes Generales es el de bases del régimen estatutario del personal al servicio de las Administraciones públicas.

Con esta justificación, por tanto, el art. 1 párrafo primero del EM puede proponerse como 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. Su simple lectura deja claro que el Estatuto Marco está integrado por las bases reguladoras de la relación jurídica que vincula al denominado personal estatutario de los servicios de salud que integran el Servicio Nacional de Salud con las entidades para las que trabajan. Para valorar adecuadamente este objetivo, en primer lugar ha de despejarse la cuestión de la naturaleza jurídica del personal estatutario a la luz de las diversas categorías del trabajo dependiente que reconoce nuestro Derecho.

No es mi intención dedicar especial detenimiento a esta cuestión que en el plan de este número de la *Revista Derecho y Salud*, deberá recibir un tratamiento específico, por lo que me consta. Sin embargo, la propia confesión legal de su objeto y la necesidad de realizar un contraste crítico con el título competencial invocado por la propia norma, obliga a avanzar un pronunciamiento acerca de algo que para mí siempre ha estado claro, por más que a veces pueda haber aparecido oscurecido por una defectuosa actitud metodológica a la hora de enfrentarse con la realidad⁸.

titución Española de 1978, INAP, 2003.

⁸ FONT ALMAGRO, N V “El personal estatutario de la seguridad social al servicio de instituciones sanitarias a propósito del nuevo estatuto marco: la naturaleza de su régimen jurídico: Su jubilación” [Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social](#), núm. 9, 2005. Otra postura en GOERLIC PESEL, J. M. “El personal estatu-

⁷ MORILLO-VELARDE PÉREZ, J. I Comentario al art. 150 de la Cons-

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 al personal estatutario que nos ocupa en el ámbito más general de la función pública civil. En consecuencia, su regulación se enmarca con plena naturalidad en el contexto de los artículos 103. 3 y 149. 1. 18 de la Constitución, amén de otros preceptos que no es este el momento de citar. El art. 103. 3 reserva a la ley la regulación del *estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de*

acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio de su derecho a sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones. Por su parte el citado art. 149.1.18 distribuye la regulación del estatuto funcional en dos grandes bloques: las bases del régimen jurídico que corresponde al Estado, quien deberá establecerlas mediante ley y su desarrollo que corresponderá a las Comunidades Autónomas, también mediante ley, pues obsérvese que la reserva que establece el art. 103. 3 abarca al conjunto del estatuto funcional, que engloba tanto las bases del régimen estatutario como su desarrollo, sin perjuicio, como ha señalado el Tribunal Constitucional, de la colaboración en esta tarea reguladora de la normatividad procedente del ejercicio de la potestad reglamentaria⁹.

El Estatuto marco tiene, por tanto, la naturaleza de norma básica en el sentido que esta expresión recibe en el art. 149. 1 de la Constitución, ampliamente desarrollado por la jurisprudencia constitucional y la doctrina y no, como de su propia denominación cabría entender, *ley marco*, categoría diferente a la que se refiere el art. 150. 1 CE pero absolutamente inapropiada en este contexto, incompatible, a mi juicio, con el título habilitante invocado en la disposición final primera, pues mientras las bases a que se refiere el art. 149 CE constituyen técnicas para la delimitación, según los estatutos de autonomía, de las competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, mediante la dialéctica *bases-desarrollo*, las leyes marco del art. 150 suponen ampliación extraestatutaria de competencias autonómicas por el Estado¹⁰ utilizando la técnica de la delegación legislativa. Obviamente, mientras la mencionada dialéctica sólo es posible en aplicación de los estatutos de autonomía, la técnica del marco se sitúa al margen de dicha aplicación. A mi juicio, el verdadero sentido del estatuto marco, en este contexto, es precisamente establecer las bases de un *estatuto especial* de función pública. Es ahí donde la técnica de las bases o

tario. Consideraciones sobre el nuevo borrador de estatuto básico del personal del servicio nacional de salud” Derecho y Salud, Extra XI Congreso, 2003.

⁹ STC 99/1987, de 11 de junio (TOL 338841), STC 37/2002, de 14 de febrero (TOL 132125), STC 1/2003, de 16 de enero (TOL 238344)

¹⁰ MORILLO-VELARDE PÉREZ, J. I. Comentario al art. 150 de la Constitución Española de 1978, INAP, 2003, pág. 6.

legislación básica despliega su plena virtualidad de establecer mínimos comunes normativos para orientar adecuadamente los desarrollos autonómicos y estatales del régimen de este personal¹¹ en el marco de la unidad del Estado autonómico (art. 2 CE).

En este contexto constitucional y competencial el estatuto marco tiene además la condición de *lex specialis* frente al estatuto básico general de la función pública constituido por un conjunto más o menos deficiente de normas agrupadas en torno a la Ley 30/1984, de 2 de agosto de medidas para la reforma de la función pública¹². Tanto el estatuto marco, como al estatuto general –ley 30/1984 y demás normas básicas- son desarrollados por el Estado y las Comunidades Autónomas en sus respectivos ámbitos de competencia¹³. Obsérvese, por tanto, que régimen general y especialidad y no son paralelos ni intercambiables con derecho básico y derecho autonómico respectivamente, pues uno y otro contienen ambos tipos de normas generales y especiales. En este sentido puede afirmarse que el EM contiene las bases de la especialidad del régimen de estos funcionarios que deberán desarrollarse por las Comunidades Autónomas y el Estado en sus respectivos ámbitos competenciales. Al mismo tiempo, Comunidades Autónomas y Estado realizan también desarrollos generales para sus respectivos funcionarios. El Estatuto marco, por tanto, es una norma básica de carácter especial, paralela a las restantes normas básicas sobre función pública citadas. De ahí que, como veremos, puedan desarrollarse relaciones de subsidiariedad de fundamento diferente.

¹¹ STC 48/1988, de 22 de marzo (TOL 80159), STC 147/1991, de 4 de julio (TOL 80561).

¹² “Dichas bases, aplicables, en lo que ahora interesa, a los funcionarios de todas las Administraciones públicas, sin perjuicio, por tanto, de las previsiones específicas, resulten o no básicas, relativas a concretos regímenes funcionariales, están contenidas, principalmente, en la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública, en la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones públicas y en la Ley 9/1987, de 12 de junio, de órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones públicas, así como en las disposiciones legales que las modificaron” (STC 37/2002 y 1/2003, entre otras).

¹³ STC 223/2000, de 21 de septiembre (TOL 81685), STC 197/1996, de 28 de noviembre (TOL 83126).

Al desarrollo de las bases se refiere el art. 3 EM: en desarrollo de la normativa básica contenida en esta Ley, el Estado y las comunidades autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias, aprobarán los estatutos y las demás normas aplicables al personal estatutario de cada servicio de salud. Habría que matizar al texto en el sentido de advertir que el precepto se refiere a la aplicación directa pues, evidentemente, también son aplicables las normas básicas que integran el estatuto marco, lo que ocurre es que, precisamente, en virtud del concepto mismo de ley básica, que corresponde dictar al Estado, se supone que sus determinaciones permiten una ulterior concreción que deberán realizar el Estado o las Comunidades Autónomas en relación con su respectivo personal utilizando la ley o el reglamento, según proceda. En esta contexto, queda claro que los diversos estatutos del personal estatutario -en su mayor parte de carácter autonómico- sustituirán a los que la ley que comentamos desplaza, según más adelante explicaré.

Para la elaboración de dichas normas- las de desarrollo autonómico o estatal del EM-, cuyas propuestas serán objeto de negociación en las mesas correspondientes en los términos establecidos en la legislación aplicable sobre participación en la determinación de las condiciones de trabajo de los funcionarios, los órganos en cada caso competentes tomarán en consideración los principios generales establecidos en el artículo siguiente, las peculiaridades propias del ejercicio de las profesiones sanitarias, y las características organizativas de cada servicio de salud y de sus diferentes centros e instituciones. Este precepto no entraña, a mi juicio, otra novedad que las propias exigencias que impone a la actividad normativa que regula, a las que me referiré a continuación. Por otra parte la alusión a la Ley 9/1987, de 12 de junio, de órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones públicas viene a ratificar el carácter funcional y no laboral que el EM atribuye al personal a que se aplica.

De las determinaciones que enmarcan o limitan la actividad normativa de desarrollo destaca su propia heterogeneidad: los principios generales que se

contienen en el art. 4, las peculiaridades de las profesiones sanitarias, las características organizativas de los servicios de salud y de los centros e instituciones. Siendo todas estas limitaciones en si mismas razonables, ni su naturaleza normativa, ni su nivel de concreción o determinación son equiparables, por lo que su eficacia de cara a la finalidad que persigue la norma es muy diferente. No parece, en efecto, que pueda dudarse de que el principio de legalidad (art. 4 a), por citar el primero, tiene una relevancia que difícilmente se puede predicar de las características organizativas de un centro de salud, acerca de las cuales se podrán establecer valoraciones muy diferentes en cada caso; incluso, los mismos principios que enumera el art. EM son muy diversos entre si:

Los principios de sometimiento pleno a la Ley y el derecho y de igualdad, mérito, capacidad y publicidad en el acceso a la condición de personal estatutario, son principios constitucionales insoslayables por el propio EM que, cada uno en su ámbito y desde perspectivas distintas, configuran el Estado de Derecho diseñado por la Constitución.

Los principios de la estabilidad en el empleo y en el mantenimiento de la condición de personal estatutario fijo, de libre circulación del personal estatutario en el conjunto del Sistema Nacional de Salud, de integración en el régimen organizativo y funcional del servicio de salud y de sus centros e instituciones constituyen opciones del legislador básico configuradoras de esta especialidad de relación funcional que, obviamente han de observarse por las normas de desarrollo, pero son prescindibles en caso de reforma del EM, por más que sean sumamente atendibles y adecuados en el contexto del Estado social.

La *coordinación, cooperación y mutua información entre las Administraciones sanitarias públicas* constituyen la proyección sobre el ámbito de la sanidad pública de principios de articulación muy característicos y connaturales al Estado de las Autonomías por lo que han de ser tenidos en cuenta a través de la enorme variedad de técnicas mediante las que se sustancian, aunque el legislador básico se hubiera olvidado de ellos. En esta tarea de desarrollo habrán de tenerse especialmente presentes las concreciones

en normas positivas como la Ley 16/2003, de 28 de mayo, *de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud*

La planificación eficiente de las necesidades de recursos y programación periódica de las convocatorias, la dedicación prioritaria al servicio público y transparencia de los intereses y actividades privadas como garantía de dicha preferencia, son opciones organizativas de alcance e intensidad diferente, cuya vinculatoriedad está sujeta a la valoración de circunstancias y situaciones difíciles de predecir que no remiten a soluciones unívocas.

La participación de las organizaciones sindicales en la determinación de las condiciones de trabajo, a través de la negociación en las mesas correspondientes es una nota habitual y común de la función pública española en todas sus variedades y niveles aplicable en este ámbito, como en el resto, con las peculiaridades y limitaciones que en determinados casos prevé la Constitución. Se remite, por tanto, el EM a las normas ya citadas que regulan dicha participación y representación.

La responsabilidad en el ejercicio profesional y objetividad como garantías de la competencia e imparcialidad en el desempeño de las funciones son exigencias jurídicas de carácter general derivadas del ejercicio de actividades profesionales que, al integrarse en el ámbito de la función pública, vinculan también a la Administración como responsables de los servicios públicos.

Por último la incorporación de los valores de integridad, neutralidad, transparencia en la gestión, deontología y servicio al interés público y a los ciudadanos, tanto en la actuación profesional como en las relaciones con los usuarios revisten una indudable trascendencia ética, sin perjuicio de apuntar a mayores concreciones normativas para su plena operatividad.

Por lo que hace a la referencia a *las peculiaridades propias del ejercicio de las profesiones sanitarias*, entiendo que el EM realiza una especie de recordatorio de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias que, desde el punto de vista normativo no supone ningún

plus, ya que esta norma se apoya en títulos competenciales muy claros, según su disposición final primera y no necesita, por tanto, del EM para vincular al Estado y Comunidades Autónomas en su desarrollo cuando la materia en ellas reguladas estuviese concernida.

III. Ámbito de aplicación

El art. 3 de la ley que constituye el EM delimita su ámbito de aplicación en términos bastante desiguales por lo que respecta a los colectivos de personal a que alude.

Efectivamente, no plantea especial dificultad su aplicación al personal funcionario especial que es el personal estatutario, así el art. 2, apartado 1 apunta directamente *al personal estatutario que desempeña su función en los centros e instituciones sanitarias de los servicios de salud de las comunidades autónomas o en los centros y servicios sanitarios de la Administración General del Estado*. Es con relación a este personal donde el EM adquiere su más pleno sentido, estableciendo las bases de un régimen funcional especial que debe completarse con las normas de desarrollo que respecto a sus respectivos colectivos de personal dicten el Estado y las Comunidades Autónomas. Una vez que esto se produzca, estará plenamente acabado el régimen *estatutario especial* que sustituirá a los viejos estatutos de los años sesenta del pasado siglo, adaptando el régimen de este personal a la estructura organizativa de la sanidad en el Estado de las autonomías. Esto supondrá, como es obvio, que donde había un régimen estatutario especial habrá ahora dieciocho estatutos especiales de contenidos más o menos próximos o lejanos en función de la diversa problemática que se plantee en cada Comunidad Autónoma y en los servicios de salud del Estado y de sus respectivas políticas. Al mismo tiempo hay otros tantos regímenes estatutarios generales que en el Estado y en cada Comunidad Autónoma establecen el régimen general de la función pública y son de aplicación supletoria en lo no previsto por las normas del EM y de desarrollo del mismo (art. 2 apartado 2).

Conviene subrayar que esta aplicación supletoria es del estatuto general de función pública de cada

nivel territorial –estatal o autonómico– respecto del régimen especial del personal estatutario de los servicios de salud, justificado en la dinámica tradicional de la relación derecho general frente a derecho especial. Nada tiene, pues, que ver la supletoriedad a que alude el EM con la supletoriedad general del derecho estatal respecto del autonómico derivada de la respectiva cláusula del art. 149.3 CE, de maltrato desarrollo por el Tribunal Constitucional. Así pues, lo que aquí se aplica como supletorio es tanto derecho estatal –normas básicas del Estado– como normas de desarrollo autonómico en cuanto que a través de unas y otras se configuran los diferentes regímenes jurídicos funcionariales del que el personal estatutario de los servicios de salud estatal o autonómicos no constituyen sino un supuesto especial, debido a una actividad que se considera especial en el conjunto de las actividades y servicios de las diversas Administraciones públicas, seguramente con total justificación.

Aunque en ambos casos hablamos de supletoriedad o subsidiariedad se advierte que son conceptualmente dos relaciones muy diferentes: la que aquí contemplamos glosando al EM es una relación de supletoriedad en el ámbito total de aplicación del derecho autonómico y estatal. Esa relación es susceptible de pronunciamiento en una norma básica o incluso autonómica sin reproche alguno de constitucionalidad y, consecuentemente, puede ser modulada o condicionada por el legislador estatal o autonómico. La supletoriedad basada en el artículo 149.3 CE se establece entre el derecho estatal y el autonómico y, por su carácter de norma constitucional, no puede ser modulada ni condicionada por el legislador sino aplicada por los operadores jurídicos en los términos que lo necesiten¹⁴.

El apartado 3 del art. 2 contempla la posibilidad contraria, esto es, la aplicación del Estatuto Marco al personal sanitario funcionario y al personal sanitario laboral que preste servicios en los centros del Sistema Nacional de Salud gestionados directamente por entidades creadas por las distintas comunidades au-

¹⁴ STC 61/1997, de 20 de marzo (TOL 9294). Me remito a la amplísima bibliografía que ha generado, muy conocida.

tónomas para acoger los medios y recursos humanos y materiales procedentes de los procesos de transferencias del Insalud. Es decir, planteada la cuestión en los términos que venimos considerando se trata de aplicar el régimen estatutario especial a personal sanitario o laboral de régimen común. Es decir, contemplamos ahora la cuestión desde una perspectiva inversa: aplicar la norma especial a supuestos de personal que no tienen la condición de estatutario en el sentido acuñado por el sector de nuestro ordenamiento jurídico que comento. Es decir que rebasan el ámbito de especialidad propio de este personal. Con independencia de las circunstancias que en el plano de las políticas de personal puedan aconsejar la utilización de unas u otras medidas, según que casos, parece claro que no cabe un criterio general de aplicabilidad del régimen especial a los supuestos generales, pues de ahí se seguiría la desaparición del mismo régimen general absorbido por las especialidades. En consecuencia, el EM, una vez que plantea la cuestión, no puede sino dar una solución que necesariamente ha de ser respetuosa con la norma general: esta ley solo les es aplicable en todo aquello que no se oponga a su normativa específica de aplicación- pero sin que pueda ser unívoca pues dependerá de los respectivos contenidos que se trate de aplicar: si así lo prevén las disposiciones aplicables al personal funcionario o los convenios colectivos aplicables al personal laboral de cada comunidad autónoma. Es decir, que por sí misma esta Ley no es aplicable, pues si lo fuese, insisto en que eliminaría al propio régimen general. De ahí que, en definitiva, se remita a las determinaciones del régimen general para dilucidar la cuestión¹⁵, al tiempo que la Disposición adicional quinta permite la integración voluntaria de este personal en la condición de estatutarios a través de los procedimientos que regulen las Comunidades Autónomas¹⁶.

IV. Derogación del régimen anterior

La disposición final tercera establece la entrada en vigor de la Ley 55/2003 al día siguiente de su

publicación en el Boletín Oficial del Estado, exceptuando, como es habitual, el plazo de veinte días de *vacatio legis* previsto en el Código civil. En ese momento, el día 18 de diciembre de 2003 quedaron oficialmente derogadas una larga lista de disposiciones de rango diverso que se enumeran en la disposición derogatoria única. Esta previsión, sin embargo, no es incompatible con el establecimiento de un régimen transitorio, en el que destaca la disposición transitoria sexta que dispone la aplicación paulatina de la nueva ley en relación con determinados aspectos. No voy a detenerme en el análisis del régimen transitorio de la Ley, pues será objeto de tratamiento en otro artículo dentro de este mismo número de la *Revista Derecho y Salud*, sólo una breve referencia al régimen de derogación y de aplicación de la nueva norma.

En virtud de la disposición derogatoria quedan derogadas, o se considerarán, en su caso, inaplicables al personal estatutario de los servicios de salud, cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan o contradigan a lo dispuesto en esta Ley y, especialmente, las siguientes. Nos encontramos con una fórmula derogatoria que comporta, además, una precisión de inaplicación: quedan derogadas, se consideran inaplicables. Una interpretación superficial al margen de la técnica normativa del Estado de las Autonomías, quizá llevase a considerar que el legislador intente sencillamente ofrecer una cláusula defensiva de los nuevos contenidos normativos, sin entrar en demasiadas averiguaciones sobre la situación del derecho anterior, que no debe ser obstativo al pleno despliegue del nuevo texto. Sin embargo, el legislador básico, aunque en el fondo pretenda un efecto práctico no muy lejano del descrito, está realizando una operación técnicamente diferente, consistente en la derogación –extinción, eliminación– de las normas que están sujetas a su disponibilidad –las normas básicas, en lo que aquí interesa– y el desplazamiento de aquellas otras sobre cuya existencia no le es dado disponer, pero cuyos efectos si puede rechazar, al menos de forma indirecta, para que no interfieran en el ámbito de su poder normativo, se trata de las normas de desarrollo de las bases que son de competencia autonómica. De otra manera, la expresión o se considerarán en su caso inaplicables es,

¹⁵ SALA FRANCO, T. "Las incógnitas del Estatuto Marco" *Derecho y Salud*, Vol 13, num. 1, 2005.

¹⁶ En Andalucía Orden de 22 de noviembre de 2005.

sencillamente inútil. Es verdad que el legislador puede determinar dentro de sus competencias el objeto de su regulación en cada caso, pero ese no es contenido para una disposición derogatoria. Tal determinación en nuestro caso ya se ha hecho, como hemos estudiado más atrás. También puede el legislador establecer cláusulas de derecho intertemporal, y así lo ha hecho en las disposiciones transitorias, especialmente en la sexta, pero en la disposición derogatoria única el legislador está queriendo aludir a un fenómeno diferente. Se trata de identificar el efecto de la ley básica posterior sobre las normas de desarrollo vigentes en el momento de su entrada en vigor.

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado en más de una ocasión sobre el efecto que la derogación o modificación, en su caso, de una ley básica en las normas de desarrollo anteriores. En pura técnica jurídica la norma estatal básica no puede derogar a la de desarrollo por cuanto entre una y otra no existe relación de jerarquía y la norma autonómica queda fuera del poder derogador del Estado, ya que supone ejercicio de una potestad normativa de titularidad autonómica. Sin embargo, el presupuesto es la discordancia o incompatibilidad entre la norma autonómica y la posterior ley básica estatal, generada justamente por el cambio operado en la ley estatal; es evidente que la pervivencia de aquélla no puede ser consentida sin frustrar a esta última. En consecuencia, la confrontación de ambas se salda con una vulneración de la norma estatal que el Alto Tribunal no ha dudado en considerar ilegítima por cuanto supone una alteración del sistema de competencias. Dicha inconstitucionalidad, sobrevenida ciertamente, conlleva la nulidad de la norma autonómica, si bien los efectos de su declaración no alcanzan al momento del nacimiento de la norma autonómica, sino al de la entrada en vigor de la Ley estatal¹⁷. De lo expuesto se desprende que la colisión sobrevenida entre una ley de desarrollo y una ley básica posterior remite a un problema de inconstitucionalidad y, en consecuencia, de invalidez de la norma con los correspondientes efectos procesales: es necesario la

¹⁷ STC 1/2003, de 16 de enero (TOL 238344).

declaración de inconstitucionalidad para que los jueces y tribunales puedan dejar de aplicar la norma autonómica.

Esta doctrina que, como digo, tiene hondo arraigo en la jurisprudencia constitucional no es compartida unánimemente por todos los miembros del Tribunal. En una sentencia relativamente contemporánea del texto del EM, se formuló un voto particular que explica el tenor de la cláusula que comento, pues se entiende que en el supuesto contemplado es de aplicación el principio de *prevalencia del derecho estatal* y, en consecuencia, se justifica el desplazamiento de la norma autonómica que deviene así inaplicable¹⁸. Desde el punto de vista práctico se convierte lo que era un problema de validez de una norma con rango de ley, en una cuestión de aplicación con independencia de la condición de la misma, válida o no¹⁹.

No hay duda de que desde el punto de vista práctico esta posición posee indudables ventajas, aunque pudiera también generar riesgos que el voto particular citado se apresura a afrontar. No es el momento de detenerse en ello. Se trata ahora de dar una posible explicación del contenido de la cláusula derogatoria –derogación e inaplicación– de las normas que contradigan el EM. Parece, pues, que el legislador se ha inclinado por esta solución que, como es natural, no vincula al Tribunal Constitucional.

La larga lista de normas que se contienen en la disposición derogatoria y su diferente naturaleza aconsejan proceder de esta manera para evitar posibles extralimitaciones.

a. *El apartado 1 del art. 84 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (LS)*²⁰ La derogación de

¹⁸ Este es el sentido del voto particular formulado por los magistrados Manuel Jiménez de Parga Cabrera, Presidente del Tribunal Constitucional, Javier Delgado Barrio y J. R. Z. P. a la STC 1/2003, de 16 de enero (TOL 238344)

¹⁹ No es esta la sede adecuada para la polémica ni para aventurar opiniones que deben producirse en el contexto de las exposiciones generales sobre el sistema de fuentes del Derecho. Respetando esta premisa considero que ni la posición de la mayoría del Tribunal ni la de los firmantes del voto particular son enteramente correctas, aunque considero más ajustada a la realidad institucional y práctica la última.

²⁰ 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

este precepto sólo se justifica como una cautela frente a la cláusula deslegalizadora que en el mismo se contenía, al remitir al Gobierno la aprobación del propio Estatuto marco. La STC 99/1987, de 11 de junio atajó estas prácticas deslegalizadoras, que ahora esta ley rectifica elevando el rango de las bases del régimen jurídico del personal estatutario al de ley, frente a la situación tradicional de normas reglamentarias. Se introduce claridad al eliminar, por completo, el apoderamiento al Gobierno. Pero, además, el propio carácter de la norma a que se alude, cuya naturaleza he aclarado más atrás, de bases del régimen estatutario requiere ordinariamente el rango de ley como el Tribunal Constitucional ha señalado en reiteradísimas ocasiones²¹.

b. *El Real Decreto-ley 3/1987, de 11 de septiembre, sobre retribuciones del personal estatutario del Instituto Nacional de Salud y las disposiciones y acuerdos que lo complementan y desarrollan.* Esta derogación expresa, sin perjuicio de las situaciones transitorias, es coherente con el hecho de que se establezca una nueva regulación de esta materia.

c. *La Ley 30/1999, de 5 de octubre, de selección y provisión de plazas de personal estatutario de los servicios de salud.* Puede decirse lo mismo que de la anterior.

d. *El Real Decreto-ley 1/1999, de 8 de enero, sobre selección de personal estatutario y provisión de plazas en las instituciones sanitarias de la Seguridad Social.* Este Real Decreto-ley había sido derogado por la Ley 30/1999, quedando reducido a la condición de norma reglamentaria hasta que se dictaran las normas de desarrollo, situación que se prolonga en atención a lo establecido en la disposición transitoria sexta que matiza, además, que durante su vigencia transitoria no tendrá la condición de norma básica

e. *El Estatuto jurídico del personal médico de la Seguridad Social aprobado por Decreto 3160/1966, de 23 de diciembre, y las disposiciones que lo modifican, com-*

plementan y desarrollan.

f. *El Estatuto de personal sanitario no facultativo de las instituciones sanitarias de la Seguridad Social aprobado por la Orden de 26 de abril de 1973, con excepción de su artículo 151, así como las disposiciones que lo modifican, complementan y desarrollan.*

g. *El Estatuto de personal no sanitario de las instituciones sanitarias de la Seguridad Social aprobado por la Orden de 5 de julio de 1971, y las disposiciones que lo modifican, complementan y desarrollan.*

Por el momento en que se dictaron, Estado unitario y centralista preconstitucional, estos estatutos, regulaban la totalidad del régimen de estos funcionarios. La actual compartición de la potestad normativa –bases estatales y desarrollo autonómico o estatal- determina que la ley del EM sólo pueda derogar los aspectos básicos y desplazar los de desarrollo que sean incompatibles con aquéllos, como he explicado más atrás. Se introduce de esta manera la posibilidad de diversidad entre los diferentes estatutos en la medida en que las Comunidades Autónomas y el Estado establezcan concreciones de desarrollo diversas.

Tras esta detallada enumeración de textos derogados o inaplicables con las correspondientes matizaciones el legislador añade un párrafo perfectamente prescindible:

La entrada en vigor de esta Ley no supondrá la modificación o derogación de los pactos y acuerdos vigentes en aquellos aspectos que no se opongan o contradigan lo establecido en la misma. Si acaso tiene algún valor es justamente para afirmar lo contrario que es la derogación de los pactos o acuerdos que se opongan a la misma, pero este efecto parece obvio en virtud del principio de legalidad y, es de suponer que en tal caso se ha de proceder a ajustar dichos pactos o acuerdos a las exigencias de desarrollo del EM para lo cual, como sabemos, ha de procederse a través de las correspondientes vías de negociación.

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 regirán 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](#).

²¹ STC 223/2000, de 21 de septiembre (TOL 81685).