

ANTECEDENTES O PRECEDENTES DEL ESTATUTO MARCO DEL PERSONAL ESTATUTARIO DE LOS SERVICIOS DE SALUD ¹

JOSE IGNACIO GARCIA NINET

Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la Universidad de Barcelona

SUMARIO: I .LA LEY DE BASES DE SEGURIDAD SOCIAL DE 28 DE DICIEMBRE DE 1963. II. EL TEXTO ARTICULADO I DE LA LEY 193/1963, DE 28 DE DICIEMBRE, DE BASES DE LA SEGURIDAD SOCIAL, APROBADO MEDIANTE DECRETO 907/1966, DE 21 DE ABRIL (BOE de los días 22 y 23 del mismo mes) Y EL TEXTO REFUNDIDO APROBADO POR DECRETO 2065/ 1974 , DE 30 DE MAYO (BOE de los días 20 y 22 de julio). III. EL ESTATUTO JURIDICO DEL PERSONAL MEDICO DE LA SEGURIDAD SOCIAL APROBADO POR DECRETO 3160/1966 DE 23 DE DICIEMBRE (BOE DEL 30). IV. ESTATUTO DE PERSONAL NO SANITARIO AL SERVICIO DE LAS INSTITUCIONES SANITARIAS DE LA SEGURIDAD SOCIAL APROBADA POR ORDEN DEL MINISTERIO DE TRABAJO DE 5 DE JULIO DE 1971 (BOE DEL 22). V. ESTATUTO DEL PERSONAL SANITARIO NO FACULTATIVO DE LAS INSTITUCIONES SANITARIAS DE LA SEGURIDAD SOCIAL APROBADO POR ORDEN DEL MINISTERIO DE TRABAJO DE 26 DE ABRIL DE 1973 (BOE de los días 28 y 30 y corrección de errores del día 28 de mayo). VI. LAS PREVISIONES DE LA LEY 14/1986 DE 25 DE ABRIL (BOE del 29) GENERAL DE SANIDAD DE APROBACION DE UN ESTATUTO MARCO PARA EL PERSONAL DE LAS INSTITUCIONES SANITARIAS PUBLICAS DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD. VII. A MODO DE BREVE CONCLUSION

I.LA LEY DE BASES DE SEGURIDAD SOCIAL DE 28 DE DICIEMBRE DE 1963

Sin necesidad de entrar en antecedentes más remotos de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre

(BOE del 17), ni de derecho positivo ni de doctrina judicial, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud², tenemos que la Ley

¹ Vid. M. ALONSO OLEA, *Instituciones de Seguridad Social, Madrid (Instituto de Estudios Políticos)*, 1967, 2ª ed., pp. 149 y ss; 1970, 3ª ed. pp. 181 y ss. ; 1972, 4ª ed, pp. 211 y ss; 1974, 5ª ed, pp. 235 y ss; 1977, 6ª ed, pp. 268 y ss; 1979, 7ª ed, pp. 259 y ss; M. ALONSO OLEA y J.L. TORTUERO PLAZA, *Instituciones de Seguridad Social, Madrid (Ed. Civitas)*, 1992, 13ª ed. (última edición en que aparece el Capítulo dedicado a la Asistencia Sanitaria) , por lo que hay que tener en cuenta después la obra de M. ALONSO OLEA, *Las prestaciones del Sistema Nacional de Salud, Madrid (Civitas)*, 1999. J. M. ALMANSA PASTOR, *Derecho de la Seguridad Social, Madrid (Ed. Tecnos)*, 1991, 7ª ed, pp. 377 y ss, especialmente pp. 388 y ss.; L. E. DE LA VILLA GIL y A. DESDENTADO BONETE , *Manual de Seguridad Social* , Pamplona (Ed. Aranzadi), 1979, 2ª ed, pp.409 y ss, especialmente pp., 441 y ss.

² . Que en su Disp. Derogatoria única deroga las siguientes disposiciones de interés para este trabajo:

El apartado 1 del art. 84 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

El R.D. Ley 3/1987, de 11 de septiembre, sobre retribuciones del personal estatutario del Instituto Nacional de la Salud, y las disposiciones y acuerdos que los complementan y desarrollan.

La Ley 30/1999, de 5 de octubre, de selección y provisión de plazas de personal estatutario de los servicios de salud.

El R.D. Ley 1/1999, de 8 de enero, sobre selección de personal estatutario y provisión de plazas en las instituciones sanitarias de la Seguridad Social.

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, complementan y desarrollan.

193/1963, de 28 de diciembre, de Bases de la Seguridad Social³ (BOE de 30 de diciembre) dedica su Base Sexta a la Asistencia Sanitaria, y en ella destacan las siguientes referencias al papel del personal sanitario en sentido amplio, que se encuentran en:

1º) En el núm. 20, en donde ya se hace mención a las Organizaciones Colegiales Sanitarias para que colaboren en la gestión de la Asistencia Sanitaria en la forma que reglamentariamente se determine. Cabe mencionar aquí la Orden de la Presidencia del Gobierno de 26 de diciembre de 1974 (BOE del 28) por la que se crearía una Comisión Interministerial para la Reforma Sanitaria

2º) En el núm. 21, en donde se indicaba que en la Asistencia Sanitaria que garantizaba la Seguridad Social quedarían comprendidos: Los Servicio de Medicina General, Especialidades, Internamiento Quirúrgico y Medicina de Urgencia, así como los de tratamiento y estancia en Centros y Establecimientos Sanitarios.

3º) En el núm. 23, en donde se precisaba que los Servicios de Medicina de Urgencia, debidamente coordinados con los de igual tipo de la Sanidad Nacional, Provincial o Local, estarán dotados de los medios complementarios del personal auxiliar técnico sanitario y de los medios de desplazamiento y transporte necesarios para garantizar a los beneficiarios de los núcleos urbanos y de los medios rurales una inmediata asistencia facultativa en aquellos estados y situaciones que por su índole o gravedad así lo requiriesen.

4º) En el núm.24, en donde se trataba de la ordenación de los Servicios Médicos de la Segu-

ridad Social, excluidos los de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y asistencia a pensionistas, que deberían ajustarse a los siguientes principios generales:

a) Facultad de elección de Médico del titular de la asistencia sanitaria:

Cuando en una determinada zona o circunscripción territorial prestaran sus servicios a la Seguridad Social varios Médicos generales, pediatras de familia o tocólogos, se reconocería a la persona titular del derecho a la asistencia sanitaria la facultad de elección en la forma que reglamentariamente se estableciera. En los demás casos, la facultad de elección se reconocería progresivamente, subordinada a la organización del servicio.

b) Cupos máximos de titulares para Medicina general y especialistas:

Correspondería un Médico general a cada cupo base de titulares o, en su caso, de beneficiarios, que se determinaría en las diferentes localidades en que hubiera suficiente número de ellos, teniendo en cuenta la proporción existente entre su total población y el número de aquellos que en las mismas residiera. Se señalarían los cupos máximos que pudieran ser asignados a cada facultativo, los cuales no podrían sobrepasarse salvo circunstancias excepcionales justificadas.

El número de especialistas guardaría relación, en su caso, con el de los médicos generales.

c) Cobertura de vacantes: de Médicos y personal auxiliar técnico sanitario

Las vacantes de personal sanitario que en el futuro se produjeran, así como de las nuevas plazas que pudieran crearse, se cubrirían por mitades en dos turnos diferentes.

Uno de ellos entre los Médicos y personal auxiliar técnico sanitario, según procediera, incluidos en las respectivas escalas

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 art. 151, así como las disposiciones que los modifican, complementan y desarrollan.

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.

³ *Vid. sobre el tema AAVV "Diez lecciones sobre la nueva legislación española de Seguridad Social", Madrid (Universidad de Madrid), 1964. Para el periodo anterior vid. M. UCELAY REPOLLES, "Previsión y Seguros Sociales", Madrid (Gráficas González), 1955, pp.268 y ss.*

que se declaraban a extinguir, y otro mediante concurso-oposición entre los médicos y personal auxiliar técnico sanitario-de acuerdo con la naturaleza de las vacantes-, con capacidad legal para el ejercicio de su profesión. Una vez agotadas aquéllas, la totalidad de las plazas se cubrirían por este segundo turno.

d) Estatuto jurídico de los Servicios Sanitarios de la Seguridad Social y remuneración del personal Médico según número de titulares o beneficiarios.

Los Médicos que presten sus servicios en la Seguridad Social serán remunerados mediante una cantidad fija por cada persona titular o, en su caso, por cada beneficiario cuya asistencia tenga a su cargo, estableciéndose también sistemas de remuneración distintos cuando así lo aconseje la estructura sanitaria. Tendrán libertad para rechazar nuevas asignaciones u opciones a su favor por encima del cupo base correspondiente a la plaza que desempeñen, siempre que existan varias en su zona o circunscripción. También estarán facultados para rechazar, salvo caso de urgencia, cualquier adscripción siempre que, en cada caso concreto, exista, a juicio de la Inspección médica, causa que justifique dicha determinación. Los Servicios Sanitarios de la Seguridad Social se prestarán conforme al estatuto jurídico que reglamentariamente se establezca.

5º). En materia disciplinaria

El núm. 25, que trató de la facultad disciplinaria sobre el personal sanitario (en sentido amplio) que prestare sus servicios a la Seguridad Social y que correspondería al Ministerio de Trabajo, con independencia de cualquier otra jurisdicción a que estuvieren sujetos en razón a actividades ajenas a la Seguridad Social. Las medidas que a este respecto pudiese adoptar el Ministerio de Trabajo no tendrían necesariamente repercusión en otras actividades que se ejercieran al margen de la Seguridad Social.

6º) En materia de Asistencia Sanitaria

Aparte de todo lo anterior, todavía en materia de Asistencia Sanitaria tendríamos los núms. 26 (que trató de la hospitalización en centros propios o concertados), 27 (que trataba de la prestación farmacéutica) y 28 (de las prótesis quirúrgicas fijas y de las ortopédicas permanentes o temporales y prótesis dentarias), que no son objeto de consideración en este estudio.

II. EL TEXTO ARTICULADO I DE LA LEY 193/1963, DE 28 DE DICIEMBRE, DE BASES DE LA SEGURIDAD SOCIAL, APROBADO MEDIANTE DECRETO 907/1966, DE 21 DE ABRIL (BOE de los días 22 y 23 del mismo mes) Y EL TEXTO REFUNDIDO APROBADO POR DECRETO 2065/ 1974 , DE 30 DE MAYO (BOE de los días 20 y 22 de julio⁴).

El Capítulo IV del Libro Segundo (Régimen General de la Seguridad Social), trataba de la Asistencia Sanitaria (arts. 98 a 125, ambos inclusive), significando, de entrada (art. 98⁵), que la asistencia sanitaria del Régimen General de Seguridad Social tendría por objeto la prestación de los servicios médicos y farmacéuticos conducentes a conservar o restablecer la salud de los beneficiarios de dicho Régimen, así como su aptitud para el trabajo. La asistencia médica prestada por el Régimen General a sus beneficiarios habría de comprender, con el alcance determinado en esta Ley, los servicios de Medicina General, Especialidades. Internamiento Quirúrgico y Medicina de Urgencia, así como los de tratamiento y estancia en centros y establecimientos sanitarios (art.103.1⁶)

Será la Sección 3ª de este Capítulo la que tratará de la Ordenación de los servicios sanitarios con un

⁴ Vid. MINISTERIO DE TRABAJO/SUBSECRETARIA DE LA SEGURIDAD SOCIAL, Libro blanco de la Seguridad Social, Madrid (Ministerio de Trabajo), 1977, pp. 512-527) y 531-666, con un tratamiento amplio de la Problemática actual de la Organización y Asistencia Sanitaria. Hay que tener en cuenta que el R.D. Legislativo 1/1994, de 20 de junio, que aprobó el Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social, dejó vigente gran parte del Cap. IV del Título III del TRLGSS de 1974, en lo referido a la Asistencia Sanitaria

⁵ Vid. en el mismo sentido el art. 98 del TRLGSS de 1974.

⁶ Vid. en el mismo sentido el art. 103.1 del TRLGSS de 1974.

tratamiento prolijo, distinguiendo entre los servicios sanitarios para la enfermedad común y accidente no laboral (arts. 109 a 116) y los servicios sanitarios para accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, así como para la asistencia a pensionistas (arts. 117 a 125).

En orden a la asistencia sanitaria para enfermedad común y accidente no laboral (o como hoy diríamos: contingencias comunes) se dispone (art. 98) que la Entidad Gestora [en aquel entonces el INP, según disponía el art. 195.1.a) de esta misma Ley] organizaría los Servicios Sanitarios de la Seguridad Social, a su cargo, de conformidad con la presente Ley y con las normas que se dicten para su aplicación).

Dentro de esta Subsección 1ª) son de destacar los siguientes preceptos que, como es fácil de recordar, constituyen el desarrollo de las correspondientes bases antes transcritas:

-El art. 110, que trataba de los criterios de organización de los Servicios Sanitarios en las respectivas unidades territoriales, que podrían ser de ámbito nacional, regional, provincial, de sector, de subsector y de zona, pudiendo ser organizados jerárquicamente.⁷

-El art. 111⁸ (que trataba de los cupos base y máximo) y el art. 112⁹ (que trataba del derecho de elección de facultativos).

Con un contenido más relacionado con los temas del Estatuto del personal sanitario hay que recordar los siguientes preceptos:

1º) El art. 113¹⁰, que desarrollaba la siempre muy complicada cuestión de la provisión de vacantes de personal sanitario. Prevenía este precepto que las vacantes de personal sanitario que en el futuro se produjeran, así como las nuevas plazas que pudieran crearse, se cubrirían mediante convocatorias como

máximo de carácter anual, por mitades en dos turnos. Uno de ellos, entre los facultativos y personal auxiliar técnico-sanitario, según procediera, incluidos en las respectivas escalas de 1946 y Nacional Única, declaradas a extinguir por Ley 193/1963, de 28 de diciembre, y otro, mediante concurso oposición entre los facultativos y personal técnico-sanitario, de acuerdo con la naturaleza de las vacantes, con capacidad legal para el ejercicio de su profesión.

Una vez agotadas las Escalas citadas, la totalidad de las plazas se cubrirían por el turno de concurso-oposición.¹¹

2º) En otro orden de cosas, el art. 114 trataba del procedimiento relativo a la declaración de vacantes¹² y el 115 de los supuestos especiales¹³.

3º) Pero el precepto más importante, en conexión con el art. 45 de esta misma Ley (que se refería con alcance general al régimen estatutario del personal de las entidades gestoras) habría de ser el art. 116,¹⁴ que trató del Estatuto del personal sanitario, precisando que el personal sanitario de la Seguridad Social prestaría sus servicios conforme al Estatuto jurídico que reglamentariamente se estableciera¹⁵.

⁷ Vid. en parecidos términos el art. 110.1 y 2 del TRLGSS de 1974

⁸ Vid. en similares términos el art. 111 del TRLGSS de 1974

⁹ Vid. en similares términos el art. 112 del TRLGSS de 1974

¹⁰ Vid. E. SERRANO GUIRADO, *El Seguro de Enfermedad y sus problemas*, Madrid (Instituto de Estudios Políticos), 1950, pp. 295-325 y bibliografía allí citada.

¹¹ Vid. en similar sentido el art. 113 del TRLGSS de 1974, y para el futuro vid. R. D. Ley 1/1999, de 8 de enero, sobre selección de personal estatutario y provisión de plazas en las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social (BOE de 9 de enero), que derogaría, entre otros, los arts. 113 y 114 del TRLGSS de 1974, haciendo otro tanto con los artículos correspondientes de los tres Estatutos que después veremos

¹² Vid. en similar sentido el art. 114 del TRLGSS de 1974. Este precepto, como acabamos de ver en la nota anterior, fue expresamente derogado por el R. D. Ley 1/1999, de 8 de enero.

¹³ Vid. en similares términos el art. 115 del TRLGSS de 1973

¹⁴ Vid. en similar sentido el art. 116 del TRLGSS de 1974. Vid. M. GARCIA PIQUERAS, *Régimen jurídico del personal al servicio de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social*, Madrid (CES), 1996; del CGPJ, "Personal estatutario de la Seguridad Social. Manuales de Formación continuada", Madrid (CGPJ), 2000; J. M. GOERLICH PESET, *El personal estatutario al servicio de instituciones sanitarias de la Seguridad Social*, en AA.VV. *La Administración Pública como empresario. Aspectos laborales y sindicales. Convenio Unico para el personal laboral de las Administraciones Públicas*, Madrid (CGPJ), 2000, pp. 171 y ss.; A. PALOMAR OLMEDA, "Las situaciones administrativas del personal de la Seguridad Social", en *Revista de Seguridad Social*, 1986, num. 29, pp. 7 y ss

¹⁵ Mediante Orden de la Presidencia del Gobierno de 2 de marzo de 1966 se disolvió la Comisión Interministerial de Seguridad Social, que había sido creada por Orden de 22 de junio de 1960, atribuyéndose sus funciones a la Comisión Superior de Personal.

Dicho personal sería remunerado mediante una cantidad fija por cada persona titular o, en su caso, por cada beneficiario cuya asistencia tuviera a su cargo o mediante otra fórmula de remuneración en cuanto así lo aconsejara la estructura sanitaria o la naturaleza de los servicios prestados.¹⁶

La Subsección 2ª (arts. 117 a 125¹⁷) trataba de los servicios sanitarios para accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, así como para la asistencia a pensionistas.

Podía ser que los Servicios Sanitarios para las contingencias profesionales fueran prestadas por el mismo INP (de conformidad con el art. 196.2 de esta misma Ley), en cuyo caso serían los mismos y con organización común que los establecidos para la asistencia por contingencias comunes. El INP podría emplear personal sanitario bajo la modalidad de servicios concertados para dicha asistencia, así como

Mediante Orden de la Presidencia del Gobierno, de 8 de junio de 1966, se constituyó una Comisión especial sobre asistencia sanitaria en la Seguridad Social.

Sin perjuicio de los tratamientos amplios que después se hacen a los tres últimos Estatutos que han estado vigentes, cabe hacer mención de las siguientes disposiciones precedentes:

El Decreto 3160/1966, de 23 de diciembre (BOE del 30), aprobó el Estatuto Jurídico del personal médico de la Seguridad Social, que sería modificado por los Decretos 1873/1971, de 23 de julio (BOE del 31 de julio) y 1376/1972, de 20 de abril (BOE del 8 de junio).

La Orden del Ministerio de Trabajo de 22 de abril de 1967 aprobó el Estatuto Jurídico de las enfermeras de la Seguridad Social (BOE de 11 de mayo).

La Orden del Ministerio de Trabajo de 22 de abril de 1967 aprobó el Estatuto Jurídico de las matronas y ayudantes técnicos sanitarios femeninos en posesión del diploma de asistencia obstétrica de la Seguridad Social (BOE de 11 de mayo).

La Orden del Ministerio de Trabajo de 16 de junio de 1967 aprobó el Estatuto Jurídico de los practicantes-ayudantes técnicos-sanitarios de la Seguridad Social (BOE de 8 de julio).

La Orden del Ministerio de Trabajo de 22 de abril de 1967 aprobó normas sobre sistema y cuantía de las retribuciones de las enfermeras y ayudantes técnicos femeninos sanitarios de la Seguridad Social.

La Orden del Ministerio de Trabajo de 22 de abril de 1967 aprobó las normas sobre sistema y cuantía de las retribuciones de las matronas y ayudantes técnicos sanitarios femeninos en posesión del diploma de asistencia obstétrica de la Seguridad Social.

La Orden del Ministerio de Trabajo de 16 de junio de 1967 aprobó las normas sobre sistema y cuantía de las retribuciones de los practicantes-ayudantes técnico-sanitarios de la Seguridad Social.

¹⁶ Vid. Orden del Ministerio de Trabajo de 28 de febrero de 1967. Cfr. M. ALONSO OLEA, *Instituciones de Seguridad Social*, Madrid (Instituto de Estudios Políticos) 2ª ed, 1967, Pág. 154, quien da cuenta de la extrema complejidad de las normas retributivas de este personal.

¹⁷ Vid. en similares términos los arts. 117 y ss del TRLGSS de 1974.

Sanatorios y Centros especializados en la materia, oficiales o privados, mediante los oportunos conciertos, con arreglo a las normas que se establecerían reglamentariamente (art. 117¹⁸).

Ahora bien, dada la urgencia de estas situaciones, se disponía (art. 118¹⁹) que, en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional, estarían obligados a prestar asistencia sanitaria: a) el personal sanitario de los servicios del INP, de las Mutuas Patronales y de las empresas que colaborasen en la gestión y b) Los titulares de los Servicios Sanitarios Locales, o cualquier otro facultativo, a petición de las Entidades incluidas en el apartado anterior, según los casos, o de cualquier empresario en caso de urgencia respecto a sus propios trabajadores.

Respecto de la retribución del personal sanitario y de los facultativos que se hicieran cargo o interviniesen en la asistencia de los accidentados o de los afectados por una enfermedad profesional, se indicaba que se regularían reglamentariamente. Pero en cualquier caso, existiría una tarifa oficial obligatoria por acto médico, aprobada por el Ministerio de Trabajo, para todos los facultativos o personal sanitario no integrados directamente o por concierto, en su caso, en los Servicios Sanitarios mencionados en el art. 117 (art.119²⁰).

Por lo que se refiere a la asistencia a pensionistas (art. 120), se indicaba que los servicios sanitarios se ordenarían según los términos que reglamentariamente se establecieran,²¹ y en dicha asistencia participaría la Organización Sindical (ya extinta desde 1977) a través de sus Obras e Instituciones especializadas, mediante el régimen de conciertos previstos en el art. 209 de esta misma Ley.

La Sección 4ª, relativa a las Normas comunes (arts. 121 a 125), hacía mención a las siguientes cuestiones de interés a nuestros efectos.

¹⁸ Vid. en similares términos el art. 117 del TRLGSS de 1974.

¹⁹ Vid. en similares términos el art. 118 del TRLGSS de 1974

²⁰ Vid. en similares términos el art. 119 del TRLGSS de 1974

²¹ Hasta aquí el contenido es similar al del único inciso del art. 120 del TRLGSS de 1974.

1ª) Al régimen de las Instituciones sanitarias y de su personal, significando sobre esto último que los Centros Especiales de la Seguridad Social se regirían en cuanto a organización, funcionamiento y régimen de su personal sanitario y de todo orden, por los **reglamentos específicos que para los mismos se dicten por el Ministerio de Trabajo (art. 121²²)**.

2ª) A los Servicios de urgencia, que se establecerían progresivamente, y en la medida y extensión que permitiera la estabilidad financiera de este Régimen General. Dichos servicios, parece obvio, estarían dotados de los medios complementarios de personal auxiliar técnico-sanitario y de los medios de desplazamiento y transporte necesarios para garantizar a los beneficiarios de los núcleos urbanos y de los medios rurales una inmediata asistencia facultativa en aquellos estados y situaciones que por su índole y gravedad así lo requirieran (art. 122²³).

3ª) A la facultad disciplinaria sobre el personal sanitario que prestare, por cualquier título, servicios a la Seguridad Social, que correspondería al Ministerio de Trabajo, con independencia de cualquier otra jurisdicción a que aquél estuviere sujeto en razón a actividades ajenas a la Seguridad Social. Las medidas que a este respecto pudiera adoptar el Ministerio de Trabajo no tendrían necesariamente repercusión en otras actividades que se ejercieran al margen de la Seguridad Social (art. 123).²⁴

4ª) A la Inspección de los servicios sanitarios, precisándose que, sin perjuicio de las facultades propias de la Inspección de Trabajo, corresponde a la Entidad Gestora (INP) la inspección sobre la organización y funcionamiento de los servicios sanitarios propios o concertado, así como, en su caso, de los de las Mutuas Patronales aseguradoras de accidentes de

trabajo y de los empresarios. A tal efecto, los inspectores médicos y farmacéuticos tendrán la consideración de autoridad pública en el ejercicio de tal función y recibirán de las Autoridades y de sus agentes la colaboración y el auxilio que a aquélla se deben (art. 124²⁵).

III. EL ESTATUTO JURIDICO DEL PERSONAL MEDICO DE LA SEGURIDAD SOCIAL APROBADO POR DECRETO 3160/1966 DE 23 DE DICIEMBRE (BOE DEL 30)²⁶.

De conformidad con lo dispuesto en el art. 116.1 de la Ley de Seguridad Social de 21 de abril de 1966, mediante Decreto 3160/1966, de 23 de diciembre (BOE del 30), se aprobó el Estatuto Jurídico del personal médico de la Seguridad Social, que entraría en vigor el 1 de enero de 1967.

El ámbito de aplicación del Estatuto fue, en principio, el personal médico de la Seguridad Social que, en posesión del correspondiente nombramiento legal para sus puestos o plazas, prestara sus servicios en la Seguridad Social (art. 1º).²⁷

Los médicos que prestaran sus servicios a la Seguridad Social estarían sometidos al cumplimiento de las normas de este Estatuto jurídico, a las disposiciones generales de ordenación de la asistencia sanitaria y a las que dictara el Ministerio de Trabajo, oída, en lo que a este texto se refiere, la Comisión

²² Vid. en similares términos el art. 121 del TRLGSS de 1974 y la OMT de 7 de julio de 1972 (BOE del 19), que aprobó el Reglamento General para el Régimen, gobierno y servicio de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social. Por posterior OMT de 27 de junio de 1973 (BOE de 16 de julio) se modificaron algunos artículos de la anterior OMT.

²³ Vid. en similar sentido el art. 122 del TRLGSS de 1974. Mediante OMT de 28 de marzo de 1966 (BOE de 16 de abril), ya se dispuso una nueva ordenación asistencial y la constitución de Servicios Especiales de Urgencia en Madrid, Barcelona, Bilbao, Sevilla, Valencia y Zaragoza.

²⁴ Vid. en similar sentido el art. 123 del TRLGSS de 1974

²⁵ Vid. en similar sentido el art. 124 del TRLGSS de 1974

²⁶ A. PALOMAR OLMEDA y otros, *Manual jurídico de la Profesión médica*, Madrid (Ed. Dykinson), 1998 y J. MUR TORRES, *Organización sanitaria. Personal Estatutario de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social*, Zaragoza, 1991, pp. 127 y ss.

²⁷ El Estatuto se extendería posteriormente a:

-Los farmacéuticos que desempeñaran plazas de la Seguridad Social ex. Disp. Transitoria 5ª del R.D. 1033/1976, de 9 de abril (BOE de 11 de mayo).

-El personal de los Hospitales clínicos universitarios, según OOMM de 9 de junio de 1986 (BOE del 11) y 5 de septiembre de 1986 (BOE del 13), ambas del Ministerio de Sanidad y Consumo.

-Los RRDD 187/1987, de 23 de enero y 417/1987, de 27 de febrero, dieron opción al personal de los centros incorporados al INSALUD de los Organismos Autónomos, Administración Institucional de la Sanidad Nacional y Casa de Salud Santa Cristina y Escuela Oficial de Matronas, que se suprimían, a incorporarse a los correspondientes Estatutos del personal del INSALUD.

Especial de Asistencia Sanitaria de la Seguridad Social (art. 3.pfo.1º).

Las relaciones jurídico-administrativas de los médicos con la Seguridad Social se inspirarían en los principios generales por los que se rige el personal técnico, sin perjuicio del libre ejercicio de la profesión (art. 3.pfo.2º). En resumidas cuentas nos hallamos ante una relación ni laboral ni funcionarial, sino un tercer género, o sea régimen estatutario especial regido por sus propias normas²⁸.

El Capítulo II de este Estatuto regulaba con detalle los siguientes aspectos:

-Clases de nombramiento (art. 4º²⁹): requisitos y carácter del nombramiento (titular en propiedad, interino, eventual o contratado).

-Definición de los distintos supuestos de: Personal propietario, interino, eventual y contratado (art. 5º³⁰).

-Personal contratado en casos extraordinarios de alta especialización (art. 6º³¹).

-Personal autorizado en aquellas localidades en que no existiera cupo suficiente para la creación de una plaza de Especialista, en cuyo supuesto se podría autorizar excepcionalmente la actuación dentro de la Seguridad Social de Especialistas que ejercieran libremente como tales en dichas localidades sin crear nueva plaza (art.7º).

²⁸ La Ley 55/2003, de 16 de diciembre, no ha derogado el art. 45 del TRLGSS, lo cual supone no haber entrado en la controversia de la jurisdicción competente sobre este personal, si la social o la administrativa, pareciendo que dar resuelta mediante el Auto de la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2005. Sobre toda esta problemática vid. F. CAVAS MARTINEZ y A.V. SEMPERE NAVARRO, *El personal estatutario de la Seguridad Social en la doctrina de unificación (1991-1998)*, Pamplona (Ed. Aranzadi), 1999 y A. DESDENTADO BONETE; *El sistema normativo de la relación de servicios del personal estatutario de las instituciones sanitarias de la Seguridad Social*, Aranzadi Social, 2000, num. 16 e I. ALVAREZ SACRISTAN, *Las complicadas normas y doctrinas del personal estatutario de la Seguridad Social*, Actualidad Jurídica Aranzadi, febrero de 2000, num. 424

²⁹ Que sería posteriormente modificado por el R.D. 1033/1976, de 9 de abril (BOE del 11 de mayo).

³⁰ Que sería posteriormente modificado por el R.D. 1033/1976, de 9 de abril (BOE del 11 de mayo).

³¹ Que sería posteriormente modificado por el R.D. 701/1977, de 28 de marzo (BOE del 20 de abril)

-Causa de los ceses: renuncia, excedencia, jubilación, cumplimiento del plazo o sanción (art. 8º).

-Situaciones: activo, excedencia forzosa, excedencia voluntaria, excedencia especial en activo o jubilado (arts. 9º, 10, 11, 12, 13 y 14).

-Reingreso de excedencia voluntaria (art. 15),

-Reingreso de excedencia por causa de enfermedad (art.16).

-Jubilación forzosa (art. 17).

-Incapacidad (art. 18).

-Prórroga de plazo de jubilación (art. 19).

El Capítulo III trataba con prolijidad de los Deberes y funciones de todo el personal del siguiente modo:

-Función del Médico general (art. 20).

-Función del Pediatra-Puericultor (art. 21).

-Función del Médico del Servicio de Urgencia (art.22³²).

-Función de los Especialistas (arts.23).

-Función de los Médicos ayudantes (art. 24).

-Del cumplimiento de las normas reglamentarias por parte del personal médico (art. 25³³).

-De la Inspección de Servicios Sanitarios (art. 26), que podría solicitar de los Médicos generales y especialistas los informes, exploraciones y juicios clínico-terapéuticos precisos para el mejor cumplimiento de su función, mediante consulta con el Médico que le trata.

-Obligaciones generales de prestación personal de los servicios profesionales, la cumplimentación y curso de la documentación derivada de la asistencia

³² Vid. Orden del Ministerio de Sanidad y Consumo de 7 de febrero de 1983 (BOE del 10) sobre médicos residentes asistenciales que no tuvieran establecido programa de docencia en las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social, que quedarían configurados como Médicos de Urgencia Hospitalaria

³³ Vid. art. 25 del Decreto 1873/1971, de 23 de julio (BOE del 31)

prestada, la observancia del horario y permanencia, etc. (art. 27³⁴).

-Obligación de residencia (art. 28) en la localidad a que corresponda la plaza que desempeña o en la zona médica.

-Régimen de incompatibilidades (art. 29³⁵), partiendo del principio de que sería incompatible el desempeño simultáneo de más de una plaza de cualquier orden que sea dentro de la Seguridad Social.

El Capítulo IV trataba “De los derechos”, dedicando la Sección 1ª a las Retribuciones³⁶

, que será siempre un tema problemático y muy casuístico y diferenciado del régimen laboral, en los siguientes extremos:

-Sistemas de retribución (art. 30): por cantidad fija por cada titular de derecho o beneficiario; por sueldo; por cantidades fijas y periódicas si se trataba de personal adscrito a determinados servicios jerarquizados; por cantidades calculadas en función del número y clases de intervenciones realizadas o por acto médico, con arreglo a tarifa.

- Retribuciones por urgencia, acumulaciones y servicio de localización (art. 31³⁷). La OM de Sani-

dad y Consumo de 9 de diciembre de 1977 (BOE del 10), por ej. nos dirá que son guardias o servicios de localización aquellos en los que el facultativo, aun cuando no esté presente en la Institución, se encuentre en situación de disponibilidad que haga posible su localización y presencia inmediata cuando ésta fuese requerida por la Dirección o por los Jefes o personas autorizadas al efecto. Los facultativos a quienes se les asigne turno de localización deberán cumplirlo personalmente, con la duración que en cada caso se señale, sin posibilidad de delegación. Estos servicios tendrán carácter excepcional, etc.

- Retribución por sustituciones durante el periodo vacacional anual, por enfermedad u otras causas de ausencia de los titulares de las plazas, debidamente autorizados, y que sería igual a la que percibiría el Médico sustituido (art. 32).

-Retribución complementaria (art. 33) por desplazamiento a otra localidad distinta de su residencia habitual por razones de trabajo.

-Indemnizaciones por gastos de material (art. 34) de los especialistas de Radiología y Electrología, que presten servicios a la Seguridad Social con sus propias instalaciones, así como los especialistas de análisis clínicos.

-Gratificaciones extraordinarias (pagas extraordinarias de 18 de julio y Navidad): modo de cálculo y pagos proporcionales (art. 35). En principio serían iguales a la remuneración media mensual devengada en los seis meses anteriores a los de julio y diciembre de cada año.

-Retribución por asistencia en accidentes de trabajo y enfermedades profesionales(art. 36) , según remuneración fija o por acto médico.

-Circunstancias especiales de retribución por asistencia a accidentes de trabajo y enfermedades profesionales (art. 37).

La Sección 2ª trataba de la Seguridad Social del Personal Médico con el siguiente desarrollo:

³⁴ Vid. art. 27 del decreto 1873/1971, de 23 de julio (BOE del 31)

³⁵ Vid. Ley 53/1984, de 26 de diciembre (BOE de 4 de enero de 1985) y R.D. 598/1985, de 30 de abril (BOE de 4 de mayo), sobre regulación de las incompatibilidades, así como el art. 29 del D. 1873/1971, de 23 de julio (BOE del 31).

³⁶ Vid. R. D. Ley 3/1987, de 11 de septiembre (BOE del 12), sobre retribuciones del personal sanitario del INSALUD. Este precepto alcanzaba al personal incluido en los Estatutos Jurídicos del Personal Médico de la Seguridad Social, del Personal Sanitario no facultativo y del Personal no Sanitario de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social., distinguiéndose entre retribuciones básicas (el sueldo, los trienios y las pagas extraordinarias) y las retribuciones complementarias (el complemento de destino, el complemento específico, el complemento de productividad y el complemento de atención continuada). Al efecto de la aplicación de las retribuciones básicas, las diversas categorías del personal estatutario se clasificó, de acuerdo con la titulación académica exigida para el ingreso en ellas, en cinco grandes grupos, desde el Grupo A. de Doctores, Licenciados, Ingenieros, Arquitectos o equivalentes, hasta el Grupo E. de Certificado de Escolaridad.

Vid. R.D. 1181/1989, de 29 de septiembre por el que dictan normas de aplicación de la Ley 70/1978, de 26 de diciembre, de reconocimiento de servicios previos

En la Administración pública al personal estatutario del Instituto Nacional de la Salud (BOE del 3 de octubre).

³⁷ Vid. R.D. 3110/1977, de 28 de octubre (BOE de 8 de diciembre) y Orden del Ministerio de Sanidad y Seguridad Social de 9 de diciembre

de 1977 (BOE del 10), sobre régimen de turnos de guardia y servicios de localización

-Régimen de Prestaciones con el alcance previsto en la Ley de Seguridad Social (art. 38): vejez, invalidez por sus cuatro causas, muerte y supervivencia por las cuatro causas también y prestaciones de protección a la familia, aparte de otras prestaciones voluntarias de asistencia farmacéutica y hospitalización según el Régimen general de la Seguridad Social.

-Incapacidad Laboral Transitoria (art. 39³⁸), consistente en la mejora hasta completar la totalidad de las retribuciones que viniere percibiendo.

-Licencias y descansos por maternidad (art.40³⁹), con remisión a la legalidad general y reconociendo el derecho a completar hasta el 100 la prestación económica.

-Designación de sustitutos (art. 41) por vacación anual, licencia por enfermedad o maternidad o por asuntos propios, que se designarían por la Inspección de Servicios Sanitarios, siempre que fuera posible, las personas propuestas por los titulares de la plaza.

La Sección 3ª trataba, finalmente, de otros derechos, con el alcance siguiente:

-Cese por renuncia (art. 42), perdiendo todos los derechos.

-Estabilidad en el desempeño de la plaza (art. 43), que se refiere a la necesidad de previo expediente disciplinario para ser desposeído de la plaza o ser trasladado forzosamente a otra localidad, aparte de regularse el tema de la disminución del rendimiento.⁴⁰

-Vacaciones anuales de un mes natural con retribución íntegra de los honorarios (art. 44), tratándose la cuestión de la posible imposibilidad material de sustitución por lo que se llegaría a denegar el disfrute de la vacación anual, dando paso-contranatura-a percibir unos honorarios equivalentes (monetización prohibida por la misma OIT y por el art. 35 del ET) a los normales que se percibieran en el

mes de diciembre, excluidas las pagas extraordinarias que pudieran corresponder en el citado mes.

-Permiso por asuntos propios (art. 45), y con el sueldo, que no podría exceder de tres meses al año, aunque podrán ser de tiempo superior a tres meses, pero sin sueldo para el disfrute de becas o realización de viajes, cursos, etc. Que contribuyan al perfeccionamiento profesional del solicitante..

-En caso de matrimonio se disfrutaría de un permiso retribuido de quince días de duración (art. 45.3)

El Capítulo V trataba “ De las recompensas”, para premiar su meritoria actuación y los servicios extraordinarios (46 a 49, ambos inclusive), consistiendo las recompensas en menciones honoríficas, becas de estudio, publicaciones de trabajo, viajes de perfeccionamiento, asistencia a Congresos, etc..

El Capítulo VI trataba de la “Provisión de vacantes”, estructurado del siguiente modo:

-Definición y declaración de vacantes (art. 50), en la medida en que se incluían aquí las plazas que se produjeran por cese de los médicos que las desempeñaban con anterioridad cuando no debieran ser amortizadas, las plazas de nueva creación y las plazas a cuyo titular se le hubiera concedido la excedencia voluntaria o permaneciera en excedencia forzosa por enfermedad⁴¹. La Entidad Gestora es la que declararía las vacantes y formularía las convocatorias.⁴²

-Desempeño de plazas por interinos y eventuales (art.51⁴³), precisándose que la interinidad sería siempre de duración limitada sin que supusiera derecho alguno a la plaza que se ocupa, sin que en ningún caso los nombramientos interinos prejuzgaran la

³⁸ Vid. de modo sucesivo el Decreto de 23 de junio de 1971 (BOE del 31) y el R.D. 701/1977, de 28 de marzo (BOE de 20 de abril)

³⁹ Vid. R.D. 701/1977, de 28 de marzo (BOE de 20 de abril)

⁴⁰ Vid. Decreto 1873/1971, de 23 de julio (BOE del 31).

⁴¹ Según la STS de 30 de noviembre de 1985 la vacante surge aquí con posterioridad al transcurso de un año en tal situación de excedencia forzosa por parte del titular de la plaza.

⁴² Según lo dispuesto a partir del R.D. 1033/1976, de 9 de abril (BOE del 11 de mayo).

⁴³ Según la redacción introducida por el R.D. 1033/1976, de 9 de abril (BOE del 11 de mayo).

provisión definitiva de la plaza desempeñada en virtud de aquéllos.⁴⁴

Si se tratara de ocupar la plaza de facultativos con derecho a reserva de plaza, la interinidad podría extenderse por todo el tiempo que durase dicha reserva.

En las demás situaciones el periodo máximo de interinidad sería de nueve meses.

Finalmente serían eventuales los facultativos designados provisionalmente para atender situaciones extraordinarias, esporádicas o urgentes, sin que pudieran permanecer más de seis meses en tal situación.

-Provisión de vacantes en los servicios jerarquizados de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social (arts. 52, 53 y 54⁴⁵), que tendrían lugar bien por concurso libre si se trataba de las plazas de Jefes de Departamento y/o de Servicios, que se haría ante un Tribunal Central, bien por concurso libre descentralizado, las restantes plazas⁴⁶.

-Provisión de vacantes en los servicios no jerarquizados de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social (arts. 55 a 61), regulándose las siguientes cuestiones:

a) la modalidades de cobertura mediante acoplamiento, previo y permanente, entre personal con nombramiento en propiedad en la misma localidad, por concurso de traslado, mediante reingresados tras excedencia, etc.(art. 55)⁴⁷;

b) adjudicación de plazas por turnos de Escalas (Escala de 1946 o la Nacional Única) alternativamente por orden cronológico, precisando que una vez se agotaran dichas escalas todas las plazas se cubrirían por concurso-oposición libre, previa la realización del acoplamiento, del concurso de traslado y del reingreso de excedentes⁴⁸;

c) procedimiento para los citados sistemas de provisión de vacantes (art. 57);

d) Baremo del concurso-oposición (art. 58⁴⁹) ,distinguiendo entre plazas de Medicina general y plazas de especialistas;

e) prueba de aptitud en la provisión de plazas por concurso-oposición (art. 59⁵⁰);

f) Comisiones Provinciales de Selección de Personal Facultativo Sanitario (art. 60⁵¹); g) Médicos Ayudantes y de Urgencia (art.61⁵²);

h) plazo para la toma de posesión (art.62) de treinta días hábiles a contar desde la fecha de la notificación a los interesados, y regulación de los efectos de la no toma de posesión en el plazo reglamentario⁵³;

⁴⁴ Vid. en esta misma línea el art. 5.3 del mismo Estatuto y las SSTS de 18 de septiembre de 1984, 18 de abril de 1985 y 13 de abril de 1987, en el sentido de que, aún superando el periodo de nueve meses de interinidad establecido, no es dable aceptar la conversión de la relación inicial en un contrato indefinido, situación que no sólo no ha sido prevista legalmente en la normativa, sino que, por el contrario, en su art. 5 se dispone inequívocamente que la interinidad no supone derecho alguno a la plaza que se ocupa, sea cual fuere el tiempo que dure dicha situación.

⁴⁵ El R.D. 2166/1984, de 28 de noviembre (BOE de 6 de diciembre y corrección de errores de 7 de enero de 1985), sobre provisión de plazas vacantes de personal facultativo en los servicios jerarquizados de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social, derogó los arts. 53 (sobre Procedimiento y Tribunal Central) y 54 (Procedimiento y Tribunales Provinciales)

⁴⁶ Vid. Orden del Ministerio de Sanidad y Consumo de 4 de febrero de 1985 (BOE del 6; corrección de errores BOE de 17 de mayo y modificación por Orden de 3 de septiembre de 1985, BOE de 11 de septiembre), por la que se regula el sistema de provisión de plazas vacantes de Facultativos especialistas en los Servicios Jerarquizados de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social y la Orden del Ministerio de Sanidad y Consumo de 5 de febrero de 1985 (BOE del 6; corrección de errores BOE de 30 de marzo y 17 de mayo, con modificaciones operadas por OOM Sanidad y Consumo de 9 de marzo de 1988, BOE del 19 de abril, y de 22 de febrero de 1989, BOE del 11 de marzo), por la que se regula el sistema de promoción de los puestos de Jefe de Servicio y de Sección de los Servicios Jerarquizados de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social.

⁴⁷ De conformidad con el R.D. 1033/1976, de 9 de abril (BOE del 11 de mayo). Vid. asimismo R.D. 701/1977, de 28 de marzo (BOE del 20 de abril).

⁴⁸ De conformidad con el R.D. 1033/1976, de 9 de abril (BOE del 11 de mayo).

⁴⁹ De conformidad con el R.D. 1033/1976, de 9 de abril (BOE del 11 de mayo). Con ampliación de méritos a favor de los médicos de medicina general mediante R.D. 3927/1982, de 15 de diciembre (BOE de 21 de enero de 1983), para adjudicar cuatro puntos si se tuviera el Título de Especialista en Medicina Familiar y Comunitaria.

⁵⁰ De conformidad con el R.D. 1033/1976, de 9 de abril (BOE del 11 de mayo).

⁵¹ De conformidad con el R.D. 1033/1976, de 9 de abril (BOE del 11 de mayo).

⁵² De conformidad con el R.D. 701/1977, de 28 de marzo (BOE del 20 de abril). Vid. art. 6º del Estatuto

⁵³ Vid. R.D. de 28 de marzo de 1977 (BOE del 20 de abril).

- i) Jurisdicción (art. 63⁵⁴) y
- j) Situaciones especiales (art. 64)⁵⁵.

El Capítulo VII trataba con todo lujo de detalle de las faltas y sanciones, y lo hacía siguiendo el siguiente esquema:

-Facultad disciplinaria (art. 65), que descansa en la actualidad en el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y que supone ejercicio de potestad administrativa que debe seguir tal cauce a efectos impugnatorios.

-Clasificación de las faltas en leves, graves y muy graves (art. 66), debiendo destacar algunas graves como específicas (por ej. el consignar datos falsos en las certificaciones y documentos establecidos por la Seguridad Social, la entrega de recetas no firmadas por el titular o la utilización indebida de las mismas por parte del médico, la percepción de honorarios o iguales de las personas protegidas de la Seguridad Social, la calificación maliciosa de la incapacidad o la desviación de las personas protegidas hacia servicios privados de la Medicina con fines lucrativos, el quebranto del sigilo profesional, etc.).

-Sanciones y su clasificación (art. 67); la aplicación de las sanciones (art. 68); la iniciación del expediente (art.69); el trámite del expediente (art.70); los recursos (art. 71); los informes preceptivos (art. 72); la prescripción de las faltas (art.73) de un mes para las leves, dos años para las graves y cinco para las muy graves y anotación y cancelación de sanciones (art.74).

IV. ESTATUTO DE PERSONAL NO SANITARIO AL SERVICIO DE LAS INSTITUCIONES SANITARIAS DE LA SEGURIDAD SOCIAL APROBADA POR ORDEN DEL MINISTERIO DE TRABAJO DE 5 DE JULIO DE 1971 (BOE DEL 22).

Por simple orden ministerial se aprobó este Estatuto y no por Decreto como era el caso anterior (¿cuestión de categoría social?), viniendo a derogar el Régimen de Personal de Servicios Especiales de Oficio y Subalterno de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social, aprobada por OMT de 28 de junio de 1968, con la particularidad, además, de que se le dio efecto retroactivo hasta 1 de mayo de 1971.

La estructura del Estatuto fue la siguiente.

El Capítulo I trataba de los preceptos generales:

-Campo de aplicación (art. 1º) en la medida en que se regulaba la relación jurídica derivada de la prestación de servicios existente entre el entonces INP y el personal no sanitario de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social, que se relacionaba en el Capítulo II, y que estaba retribuido con cargo a los presupuestos de tales Instituciones.

-Sujetos excluidos (art. 2º⁵⁶), que no son otros que los profesionales libres que presten su colaboración y servicios a las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social, los cuales se registrarían exclusivamente por los contratos formalizados al efecto y por las disposiciones reguladoras de su respectiva profesión (o sea normas civiles y mercantiles).

-Competencias del Ministerio del ramo en orden a fijar las plantillas conforme a criterios objetivos que garanticen la utilización racional de los recursos (art. 3º).

-Reclamación previa a la vía jurisdiccional laboral (art. 4º), y ello en aras a que la Administración pueda evitar los procesos o resolver los litigios antes de llegar a los tribunales. Previamente a la demanda ante la Jurisdicción Laboral debe agotarse esta vía administrativa.

⁵⁴ De conformidad con el R.D. 1033/1976, de 9 de abril (BOE del 11 de mayo).

⁵⁵ De conformidad con el R.D. 1033/1976, de 9 de abril (BOE del 11 de mayo) y Decreto 1873/1971, de 23 de julio (BOE del 31), que modificó el num. 5 de este precepto.

⁵⁶ El apartado b) del art. 2º fue derogado por la disp.derogatoria única.2 de la Ley 30/1999, de 5 de octubre

El Capítulo II trataba de la Clasificación profesional a que hace referencia el art. 1º de este Estatuto, diferenciando los grupos, escalas y categorías (art. 5º) de Personal técnico, titulado o no titulado (arts. 6º y 11), de Servicios Especiales (arts. 7º y 12), Personal de oficio (arts. 8º y 13) y Personal subalterno (art. 8º y 14), con precisión de todas las misiones que se les puede encomendar.

El Capítulo III regulaba la selección, adquisición y pérdida de la condición de empleado⁵⁷, y fue ampliamente modificado y derogado (por ej. arts. 15, 16, 17, 19.d., 21⁵⁸) en estos últimos años, tratando de la selección, de la adquisición de la condición de empleado (obtención de plaza con la prueba correspondiente, nombramiento y toma de posesión ex art. 19); pérdida de la condición de empleado (art. 22) a causa de jubilación, separación del servicio por sanción, renuncia o no haber tomado posesión dentro del plazo reglamentario; jubilación forzosa a los 70 años, jubilación por invalidez tras cuatro años de excedencia por invalidez o jubilación voluntaria a los 65 años (art.23); derechos pasivos del personal jubilado (art.24), mujer empleada y matrimonio (art. 25, que habría que considerar derogado por anticonstitucional y ver la normativa general sobre conciliación de la vida laboral y familiar, muy distinta a la nacida al amparo del Fuero del Trabajo de 1938 de la Dictadura de Franco Bahamonde).

El Capítulo IV, que trataba de la cobertura de vacantes y traslados está igualmente amputado por mor de las normas ya citada del Capítulo III, pero en todo caso trataba de: la cobertura de vacantes (art.26 derogado), de los traslados (art. 27, parcialmente derogado, así como los también derogados arts. 28 y 29), a petición propia o por sanción disciplinaria; las distintas situaciones administrativas (art., 30) en que podía hallarse el personal, bien en activo (art. 31), bien excedente (art.32); a su vez, la excedencia podía ser voluntaria (art. 33, o sea a petición del interesado,

por un periodo mínimo de un año, siempre que hubiera cumplido un mínimo de un año de trabajo y con suspensión de derechos y obligaciones); excedencia especial por nombramiento para cargo público o de confianza, de carácter no permanente (art. 34), con reserva de plaza y destino en la localidad donde estuviera destinado y debiendo reincorporarse al destino en el plazo de treinta días, como máximo, a contar desde el siguiente al del cese, y de no ser así pasaría a la situación de excedencia voluntaria; excedencia por cumplimiento del servicio militar (art. 35⁵⁹); excedencia por invalidez (art. 36), que se declarará automáticamente al cumplir el periodo de enfermedad previsto en el art. 45 de este Estatuto (dos años), con una duración de cuatro años, al final de los cuales pasaría automáticamente a la jubilación por invalidez, sin perjuicio de la jubilación forzosa si procediere, etc.

El Capítulo VI trataba de los Derechos del personal, de cuyo articulado destacamos una primera Sección dedicada a los derechos generales⁶⁰, donde sobresalen la mención a los sistemas para premiar los servicios y cualidades excepcionales del personal (art. 41); la posibilidad de la obtención de la Medalla de la Previsión ¿?(art. 42); el derecho anual de vacaciones de un mes de duración, así como el derecho a licencias varias (arts. 43 y 44); la baja por enfermedad que daba paso a licencia con plenos derechos económicos hasta un máximo de dos años, al término de los cuales se pasaría automáticamente a la situación de excedencia por invalidez (art. 45); el traslado voluntario de residencia, que no originaría derecho a indemnización alguna (art. 46), y el art. 47 terminaba con una mención ya superada a la inclusión de estos trabajadores en la Mutualidad Laboral correspondiente.

En la Sección segunda se trataba de los complicados derechos económicos⁶¹ (art.48 y ss) y cabe

⁵⁷ Vid. 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 (BOE de 9 de enero) y Ley 30/1999, de 5 de octubre, de selección y provisión de plazas de personal estatutario de los servicios de salud

⁵⁸ Por R.D. 118/1991, de 25 de enero y Ley 30/1999, de 5 de octubre.

⁵⁹ Dada la supresión del servicio militar obligatorio este precepto deja de tener sentido.

⁶⁰ Los arts. 40 a 40 bis.e), derogados por el R.D. 118/1991, de 25 de enero.

⁶¹ Con alcance general hay que tener en cuenta que posteriormente se reguló esta materia por el Real Decreto-Ley 3/1987, de 11 de septiembre, sobre retribución del personal estatutario del Instituto Nacional de la Salud (BOE del 12).

destacar los siguientes temas: la referencia al haber base (art. 49), que sería el sueldo inicial, el premio a la constancia y dos pagas extraordinarias anuales de una mensualidad de sueldo con el premio de constancia y los complementos a que luego se aludiría; los complementos de sueldo que serían de asistencia y conducta y de destino (art. 50); el premio de constancia o antigüedad (por cada tres años de servicios efectivos y consistente en un 10 por 100 del sueldo percibido en la fecha del vencimiento de que se trate); los gastos por comisión de servicios que comporte salida de la propia residencia (art.52); el plus de residencia (art. 53) y horas extraordinarias (art. 54) que, cuando excepcionalmente se realizaran, serían remuneradas de acuerdo con lo que determinara la legislación vigente en la materia , lo cual resulta insólito en la Administración Pública¿?.

El Capítulo VII se refería a “derechos e incompatibilidades” e incidía en las siguientes cuestiones, a veces de un modo muy genérico:

-En primer lugar en la obligación de acatar los Principios Fundamentales del Movimiento Nacional, al fiel desempeño de la función, etc(art.55), ya sin sentido una vez restablecidas las libertades democráticas al amparo de un régimen constitucional.

-En segundo término, el deber de respeto y obediencia a su superiores jerárquicos, acatar sus órdenes con disciplina, tratar con corrección a sus subordinados, etc (art.56).

-En tercer lugar se regulaba el tiempo de trabajo, fijando las 40 horas semanales en turno diurno y 35 horas, en cómputo bimensual de 70 horas si se efectuara en turno de noche. Se seguiría un régimen rotatorio, salvo adscripción voluntaria al turno nocturno. Las horas nocturnas tendrían un plus del 20 por 100. Se regulaba igualmente, el descanso semanal y los festivos. La jornada del personal comprendido en este Estatuto que no prestara servicios en Instituciones Hospitalarias de la Seguridad Social sería de 40 horas semanales (arts. 57 y 57 bis⁶²).

-En cuarto lugar, el art. 58 hacía una enumeración de los diversos deberes concernientes del tra-

bajador, como por ej. el deber de asistencia al trabajo, el deber de puntualidad, el deber de permanencia en el puesto de trabajo, el deber de rendimiento normal, la observancia del secreto profesional, el cumplimiento de las órdenes recibidas, la buena conducta, la prohibición de recibir propinas, dádivas o regalos por sus servicios, la limpieza y conservación de taquillas de vestuario, duchas, aseos y servicios comunes, etc.⁶³

- En quinto lugar, se regulaba el régimen de incompatibilidades (art. 59), precisándose, además, que el ejercicio de actividades profesionales o privadas compatibles no serviría de excusa al cumplimiento de la jornada de trabajo y demás deberes que el desempeño de su puesto de trabajo le impone, debiendo ser calificadas y sancionadas las correspondientes faltas conforme a lo dispuesto en el Cap. 8 (art. 60)⁶⁴.

-En sexto lugar se regulaba la monotitularidad, o sea que no se podría ser titular de más de un destino, debiendo, en su caso, pasarse a la excedencia voluntaria en uno de ellos (art. 61).

-En séptimo lugar se preveía el tema de la uniformidad del personal especial, de oficio y subalterno, durante las horas de trabajo, siendo responsable el trabajador del deterioro ante tempus de las piezas entregadas, que no podrían usarse fuera del lugar de trabajo (art.62).

-Y, finalmente, se indicaba que el personal de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social se sometería a los reconocimientos periódicos y medidas profilácticas de carácter sanitario, que el Director de la Institución estimara convenientes (art. 63). Ciertamente, en la actualidad habría de estarse al art. 22 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, mucho más respetuoso con los derechos del trabajador, con su libertad, dignidad e intimidad. En todo caso no debemos olvidar que estamos ante un personal que actúa en centros sanitarios.

⁶² Vid. Orden del Ministerio de Trabajo de 27 de diciembre de 1983

⁶³ Vid. Orden del Ministerio de Trabajo de 27 de diciembre de 1983

⁶⁴ Vid. Orden del Ministerio de Trabajo de 27 de diciembre de 1983

El Capítulo VIII trataba del régimen disciplinario con bastante detalle (arts. 64 y ss), distinguiendo entre las faltas leves, graves y muy graves. El elenco de infracciones tenía gran parecido con las causas de despido de la LCT de 1944, pero cabe citar alguna específica como por ej: la gestión o tramitación de asuntos de empresas o particulares en relación con los servicios de la Seguridad Social que el Instituto administra, y, en general, la infracción del deber de incompatibilidad; cuando de tal infracción se derivaran perjuicios graves para la Institución, la falta será muy grave (del art. 65.3.g, y dentro de la relación de infracciones graves) o la aceptación de cualquier compensación económica de las personas protegidas de la Seguridad Social (del art. 65.3. k); más de veinte faltas injustificadas de puntualidad en la asistencia al trabajo, cometidas en un periodo de tres meses (art. 65.4.a); la falta injustificada de asistencia al trabajo por tiempo superior a diez días consecutivo (art. 65.4.b), o el incumplimiento de las normas sobre incompatibilidades (art. 65.4. m).

Las sanciones a imponer eran (art.66): por faltas leves (apercibimiento por escrito o pérdida de uno a cuatro días de remuneración), por faltas graves (pérdida de cinco a veinte días de remuneración o suspensión de empleo y sueldo de un mes a seis meses) y por faltas muy graves (suspensión de empleo y sueldo de seis meses y un día a un año, traslado de residencia o separación definitiva del servicio).

Los plazos de prescripción de las faltas eran de dos meses las leves, de un año las graves y de tres años las muy graves, fijándose los supuestos de interrupción por apertura de expediente.

Finalmente, la Sección Segunda (arts. 68 a 71) de este Capítulo trataba del procedimiento sancionador con todo lujo de detalle y solo las faltas leves no precisaban el cumplimiento de dicho expediente.

Ya, finalmente, el Capítulo IX trataba de la Acción Social, diciéndose que las asignaciones establecidas no se considerarían, a ningún efecto, como parte integrante del sueldo y su importe sería fijado anualmente en los planes económicos, teniendo el carácter de mejoras voluntarias empresariales y serían en cualquier caso independientes de las presta-

ciones de la Seguridad Social y, por lo tanto, compatibles con ella (art.72).

Dentro de estas ayudas se preveían o se reconocía el derecho a anticipos ordinarios reintegrables, sin interés, siempre que la cuantía no superase del 20 por 100 del haber base anual, debiendo amortizarse en un plazo de dos años (art. 74); asimismo, se preveían los anticipos extraordinarios, pero de concesión graciable, por valor del 100 por 100 de la retribución base anual, sin interés, con un plazo de amortización de 5 años, con mayores exigencias de justificación, disponiéndose que el personal que disfrutara de estos anticipos no podría solicitar la excedencia voluntaria hasta su total cancelación.

Se preveía también que el INP podría conceder préstamos de interés social para la adquisición de su propia vivienda familiar (art. 75); también se regulaban las ayudas por hijos, al margen de las de la Seguridad Social (arts. 76 y 77), así como por familiares subnormales (art.78) o ayudas para la educación de hijos y huérfanos mediante becas (art. 79).

En el capítulo de mejoras varias cabe recordar: los planes anuales de formación profesional en aras a mejorar el rendimiento y preparación técnica del personal (art.80), y, como cosa ya exótica, el mejoramiento del nivel espiritual a través del Grupo de Educación y Descanso, en lo artístico, cultural y deportivo, y en lo religioso, a través de la Hermandad de Nuestra Señora del Perpetuo Socorro y de otras organizaciones debidamente autorizadas (art.81). Más efectiva debía ser la ayuda económica por fallecimiento de un empleado, incluidos los jubilados (art.82) .Finalmente, aquellos que no tuvieran derecho a la asistencia sanitaria por contingencias comunes podrían ser protegidos por el INP con una suerte de abono de cuotas mensuales (art.83).

V. ESTATUTO DEL PERSONAL SANITARIO NO FACULTATIVO DE LAS INSTITUCIONES SANITARIAS DE LA SEGURIDAD SOCIAL APROBADO POR ORDEN DEL MINISTERIO DE TRABAJO DE 26 DE ABRIL DE 1973 (BOE de los días 28 y 30 y corrección de errores del día 28 de mayo)⁶⁵ .

Se trata de un Estatuto sumamente prolijo, con catorce capítulos y 154 artículos, y muy reformado a lo largo de estos años, que se dictó de conformidad con lo dispuesto en el núm. 1 del art. 116 de la LGSS de 21 de abril de 1966 y que entró en vigor el 1 de mayo de 1973, derogando las OOMMT de 16 de junio y 22 de abril de 1967, por las que se aprobaron los Estatutos Jurídicos de los Practicantes Ayudantes Sanitarios, Enfermeras y Matronas Ayudantes Técnicos Sanitarios Femeninos en posesión del Diploma de Asistencia Obstétrica de la Seguridad Social.

Este Estatuto regulaba la relación existente el entonces INP y el Personal Auxiliar Titulado y Auxiliares de Enfermería derivada de la prestación de servicios a la Seguridad Social (art. 1º), clasificándose el personal por su titulación y por su función (art. 2º), lo cual sería objeto de precisión en los subsiguientes preceptos: a) grupo de enfermeras y ayudantes técnicos sanitarios (art. 3º); b) grupo de practicantes-ayudantes técnico sanitarios (art. 4º); c) Matronas (art. 5º); d) Fisioterapeutas (art. 6º); e) Terapeutas ocupacionales (art. 7º); f) Técnicos especialistas (art. 7 bis, añadido por la OMT de 11 de diciembre de 1984) y g) Auxiliares de Enfermería (art. 8º).

Por la modalidad de la prestación de servicios el personal estatutario se dividía en : a) de zona; b) de servicios de urgencia; c) de Instituciones Sanitarias y Equipos Tecnológicos y d) de Atención Primaria (arts. 9 y 10, modificados por la OMT de 14 de junio de 1984).Por su vinculación a la Seguridad Social el personal se clasificaba en titular en propiedad, interino y eventual (arts.11, 12, 13, 14 y 15).

El Capítulo III trataba de las plantillas, señalando que el Ministerio fijaría las plantillas de todas y cada una de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social gestionadas por el INSALUD conforme a criterios objetivos que garantizaran tanto la óptima asistencia como la utilización racional de los recursos (art.16)⁶⁶.En cada Institución existirán, dependientes de la Dirección del propio Centro, distintos puestos de jefatura, subjefatura o adjuntía, debiendo recordar que los arts. 17.2, 18, así como los arts. 19, 19 bis, así como los 20 a 37 y 38 (correspondientes estos al Capítulo IV, que trataba de la Selección de personal y provisión de vacantes) fueron derogados por el R.D. 118/1991, de 25 de enero (BOE de 7 de febrero), sobre selección de personal estatutario y provisión de plazas en las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social.

El Capítulo V trataba de las situaciones del personal y al igual que en anteriores Estatutos nos encontramos con las situaciones de: activo, excedencia forzosa, excedencia voluntaria y situaciones especiales (art. 39), siendo la situación de activo la de ocupación de la plaza en propiedad, obtenida según el procedimiento previsto en esta norma o normas de desarrollo, ejerciendo las funciones inherentes a la plaza en cuestión (art. 40). La situación de excedencia forzosa podía deberse bien al nombramiento por decreto para desempeñar cargos políticos o de elección sindical o política que sean incompatibles con la función en la Seguridad Social, quedando en suspenso la relación estatutaria salvo la antigüedad; por causa de enfermedad o accidente tras el periodo de incapacidad laboral transitoria (hoy incapacidad temporal), quedando en suspenso todos los derechos, o por servicio militar obligatorio, que ya está derogado (art.41). La excedencia voluntaria se concedía por la Dirección General del INP, exigiéndose una antigüedad de un año de servicio activo continuado a la Seguridad Social y debiendo durar al menos un año, quedando en suspenso todos los derechos (art.42). En ambos casos de excedencia y durante su duración no se podría prestar servicios para la Segu-

⁶⁵ Vid. A. HERNANDEZ MARTIN, *Régimen jurídico del personal sanitario no facultativo de las instituciones sanitarias de la Seguridad Social*, Madrid (Ed. Dykinson), 1997

⁶⁶ Según redacción dada por la OMT de 27 de diciembre de 1983, ,pero debiendo significar que esta competencia corresponde ahora a las distintas CCAA

ridad Social, y en los casos de excedencia forzosa o a causa de enfermedad o accidente se producía la vacante de la plaza (no había reserva de la plaza); no obstante, si el excedente por causa de enfermedad o accidente recuperara su capacidad de trabajo, podría solicitar el reingreso activo como si se tratara de excedencia voluntaria (art.45).

Se preveía que durante la Incapacidad Laboral Transitoria se disfrutaría de la correspondiente ¿licencia?, y a su término se pasaría automáticamente a la excedencia forzosa. Durante la licencia se mantendría la reserva del puesto de trabajo, pagándose un complemento para alcanzar la totalidad de las retribuciones que viniera percibiendo (art. 46).

Las situaciones especiales eran dos (art. 47): en activo (pasando a desempeñar otro puesto por razones de urgencia, pero voluntariamente, con reserva de plaza y respeto a la antigüedad, art. 47) o situación especial de los practicantes, ayudantes técnicos sanitarios y matronas titulares de servicios sanitarios locales (art. 49), que quedaban vinculados a la Seguridad Social en tanto estuvieran autorizados por la Dirección general de Sanidad para continuar en activo, incluso después de haber cumplido la edad reglamentaria de jubilación.

El Capítulo VI trataba de la jornada de trabajo de todos estos colectivos⁶⁷, siendo en principio de 40 horas cuando se realizara el trabajo en jornada diurna y de 35, en cómputo bimensual de 70 horas, si se realizara en turno de noche. Todos debían pasar por el turno de noche, salvo supuesto de suficientes adscripciones voluntarias a dicho turno nocturno. El trabajo nocturno daba derecho a percibir un complemento del 20 por 100 del salario global por cada hora nocturna trabajada. Asimismo, se tenía derecho a un día de descanso semanal y a vacaciones (art.50). En las instituciones abiertas la jornada sería de 6 horas continuadas y 36 semanales (art. 51). Mediante OMT de 14 de junio de 1984 se introdujo el art. 51 bis para regular la jornada del personal sanita-

rio de Atención primaria, entre 40 horas para el personal adscrito a Equipos de Atención Primaria, y de 36 horas el de los Servicios Jerarquizados de Medicina General y Pediatría-Puericultura.

El Capítulo VII trataba de los deberes, incompatibilidades y funciones (arts. 53 a 85), pudiendo destacar los siguientes contenidos en atención al paciente:

-De entrada, y con carácter general, las obligaciones consistían en la higiene personal y el cuidado físico del paciente, las pruebas diagnósticas y medidas terapéuticas en que ayuden al Médico o que efectúen bajo su dirección; mantener en buenas condiciones el medio inmediato del paciente; proporcionar tranquilidad mental y paz espiritual al paciente y cuanto se relacione complementariamente con la rehabilitación del enfermo (art. 53). El art. 54 desarrollaba estas obligaciones.

-Todo el personal estaba obligado al deber de secreto profesional (art. 55) y al de uniformidad.

-Asimismo, se regulaba la incompatibilidad en el desempeño simultáneo de más de una plaza dentro de la Seguridad Social y algún supuesto excepcional de admisión por necesidades imperiosas de la ordenación de la asistencia (art. 56).

-Acto seguido se pasaba a enumerar una a una con gran lujo de detalles las misiones de las distintas categorías profesionales: a) de las enfermeras y ATS, realizadas en Instituciones Sanitarias abiertas y cerradas, equipos de atención primaria o servicios jerarquizados de Medicina General o Pediatría-Puericultura de Instituciones abiertas (arts. 57 a 60)⁶⁸; b) de los Practicantes-Ayudantes Técnicos Sanitarios de una zona médica de una determinada localidad, en Instituciones Sanitarias abiertas y cerradas y en los Servicios de Urgencia (arts. 61-64)⁶⁹; c) de las Matronas, que podrían ejercer sus funciones en Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social o a domicilio(arts. 65-69); d) de los fisioterapeutas

⁶⁷ El Real Decreto-Ley 3/1987, de 11 de septiembre (BOE del 12) sobre retribuciones del personal estatutario del Instituto Nacional de la Salud, reguló el complemento de atención continuada para remunerar al personal por atender a los usuarios del servicio de salud de manera continuada, incluso fuera de su jornada de trabajo.

⁶⁸ Con diversas modificaciones y añadidos procedentes de la OM de Sanidad y Consumo de 14 de junio de 1984 (BOE de 19 de junio y 3 de julio)

⁶⁹ El art. 63 fue modificado por la OM de Sanidad y Consumo de 14 de junio de 1984 (BOE de 19 de junio y 3 de julio).

(arts. 7º y 71); e) de los Terapeutas Ocupacionales, en instituciones abiertas y cerradas (arts. 72 y 73); f) de los Técnicos Especialistas (art. 73 bis⁷⁰); g) de los Auxiliares de Enfermería (arts. 74 a 85).

El Capítulo VII regulaba las retribuciones a la que dedicaba principalmente los siguientes preceptos⁷¹:

a) el art. 86, que ennumeraba tanto los conceptos generales (retribución base, premio de antigüedad, gratificaciones extraordinarias anuales reglamentarias) como los complementarios (complemento de destino, retribución mensual complementaria por asistencia a desplazados, incentivos, horas extraordinarias; plus de transporte, complemento de puesto de trabajo, complemento de jefatura y plus de residencia);

b) el art. 88, que regulaba la retribución base (por cantidad fija mensual, por cantidad fija y periódica, por acto profesional);

c) el art. 89⁷², que regulaba la retribución base (por coeficientes, por sueldo o por acto profesional con arreglo a tarifa);

d) el art. 90, que recogía el principio de igual retribución de base por identidad de categoría y de jornada laboral, por jornada de 42 horas;

e) los arts. 91 a 94, que regulaban el plus o premio de antigüedad del 10 por 100 de la retribución base por cada tres años de servicio⁷³;

f) el art. 95, que regulaba las pagas extraordinarias con la serie de conceptos retributivos a incluir según cada sistema retributivo;

g) el art. 96, que regulaba el complemento de destino, que se percibía por todos;

h) el art. 97, que señalaba que todo el personal que fuera retribuido por el sistema de coeficiente percibirá la retribución complementaria establecida por la OMT de 28 de marzo de 1966;

i) el art. 98, que regulaba los incentivos individuales para el personal que percibiera sus honorarios por cantidad fija mensual;

j) el art. 99, que hacía una mención extraordinaria⁷⁴ a las horas extraordinarias;

k) el art. 100, que establecía el plus de transporte a favor del personal que prestaba sus servicios en instituciones cerradas de la Seguridad Social que estuvieran situadas a una distancia del casco urbano superior a dos kms.;

l) el art. 101, que trataba del complemento de destino, que se pagaba al personal que desempeñase funciones que se considerasen, o pudieran considerarse, como especiales; ll) el art. 102, que regulaba el complemento de jefatura⁷⁵;

m) el art. 103, que regulaba el plus de residencia⁷⁶ y

n) el art. 104, que regulaba el régimen de sustituciones durante las vacaciones, por enfermedad u otras causas de ausencia justificada del titular.

La Sección Segunda de este mismo Capítulo trataba de los derechos de Seguridad Social, partiendo (art. 105) de que este personal estaba incluido en el Régimen General de la Seguridad Social. De un lado se hacía alusión a la maternidad (art. 106) disponiéndose que se completaría la prestación hasta alcanzar la totalidad del sueldo base, más los trienios.

⁷⁰ Precepto añadido por la OM de Sanidad y Consumo de 11 de diciembre de 1984 (BBOOE de 9 y 24 de enero de 1985).

⁷¹ Hay que tener en cuenta que este personal en los últimos tiempos se rigió por la OM De Sanidad y Consumo de 8 de agosto de 1986 (BOE del 14) y de 4 de diciembre de 1986 (BOE del 10) y por el R. D. Ley 3/1987, de 11 de septiembre (BOE del 12), sobre retribuciones del personal estatutario del INSALUD

⁷² Precepto modificado por la OM de 9 de octubre de 1985 (BOE del 16), por la que se establece el modelo retributivo de Equipos de Atención Primaria. Vid. asimismo R.D. Ley 3/1987, cit.

⁷³ Vid. asimismo el R.D. Ley 3/1987, de 11 de septiembre (BOE del 12), que determinó que los trienios consistirían en una cantidad igual para cada uno de los grupos de clasificación A, B, C, D, y E por cada tres años de servicios, continuando vigentes los preceptos para los Auxiliares Sanitarios de Cupo y Zona.

⁷⁴ Este precepto perdió su aplicabilidad a partir de la entrada en vigor del tantas veces citado R.D.-Ley 3/1987.

⁷⁵ Vid. nota anterior.

⁷⁶ Precepto modificado por la OMT de 18 de diciembre de 1976 (BOE de 3 de enero de 1977)

nios, o sea mejora directa de la prestación. De otro lado, la enfermedad común que se contrajera con motivo de la realización del trabajo, tendría la consideración de Accidente de Trabajo (hoy Enfermedad de Trabajo), siempre que se probara que la Enfermedad tuvo por causa exclusiva la ejecución de aquél⁷⁷.

La Sección Tercera, relativa a otros derechos (arts. 108⁷⁸ a 114), trataba de las siguientes cuestiones de índole muy diversa:

-sobre la necesidad de que la desposesión del cargo o el traslado forzoso fueran llevadas a cabo tras expediente disciplinario al efecto, y si se tratara de cargo sindical se seguirían las garantías legales establecidas al efecto (art. 109);

-el derecho a vacaciones anuales de un mes de duración con la percepción íntegra de los emolumentos que les correspondiera normalmente por todos los conceptos que tuviera el trabajador reconocidos, aplicándose para el año de ingreso o terminación la parte proporcional según los servicios prestados, previéndose un supuesto claramente ilegal de imposibilidad de disfrute de las vacaciones por imposibilidad material de sustitución (art. 110);

-el régimen de permisos sin sueldo por asuntos propios por duración no superior a tres meses al año o por más tiempo si fuera a causa del disfrute de becas, cursos, etc., que contribuyeran al perfeccionamiento del solicitante siempre que estuvieran directamente relacionadas con su profesión (art. 111);

-el régimen de interrupciones no periódicas de la prestación por razones de matrimonio, fallecimientos, alumbramiento o necesidades familiares (art.112);

-a partir de los 60 años, el personal afectado de disminución de capacidad física podría solicitar el traslado a otra plaza que exigiera menos esfuerzo físico, o sea traslado voluntario con la retribución correspondiente a la nueva plaza (art. 113);

-los ya superados derechos de la mujer al casarse (prosecución en el trabajo, rescisión y percepción como máximo de seis mensualidades o excedencia voluntaria) y por alumbramiento (art. 114), que obviamente se han de regular por la normativa general vigente.

El Capítulo IX trataba de la Seguridad e Higiene en el Trabajo, constando solamente del art. 115 para indicarnos que en los casos en que el personal desarrollara su actividad en Servicios o Unidades de Radiología, Radioterapia y Medicina Nuclear, debería proveérsele de gafas, guantes, pantallas de plomo y calzado especial, en su caso, además de establecerse los oportunos sistemas de control para medir la irradiación recibida durante las horas de trabajo, etc.

No está de más tener en cuenta el R.D. 53/1992, de 24 de enero (BOE del 12 de febrero), que aprueba el Reglamento sobre protección sanitaria contra Radiaciones ionizantes.

El Capítulo X trataba del régimen de recompensas (arts. 116 a 120) para premiar el tiempo de servicios, la especial dedicación a la asistencia que suponga una actuación meritoria y los servicios extraordinarios realizados.

El Capítulo XI trataba del régimen disciplinario con gran lujo de detalles (arts. 121 a 135), siendo significativos los preceptos destinados:

- a la enumeración de las faltas leves (art. 123), de las faltas graves (art. 124), de las faltas muy graves (art. 125);
- a la valorización de la responsabilidad en atención al trastorno producido en la asistencia, a los daños y perjuicios causados a la Seguridad Social o a terceros o la perturbación administrativa ocasionada (art. 126), significando que el abandono colectivo o individual del servicio, en el supuesto a que se refiere el art. 125.8, constituiría causa de suspensión de empleo y de sueldo desde el momento de iniciarse el procedimiento disciplinario, sin perjuicio de las restantes responsabilidades que pudieran exigirse (art. 126.2);

⁷⁷ Vid. el art. 115.2. e) del actual TRLGSS de 1994

⁷⁸ El art. 108 recibió nueva redacción por la OM de Sanidad y Consumo de 27 de diciembre de 1983 (BOE del 31).

- a las sanciones a imponer de amonestación por escrito, pérdida de haberes de uno a veinte días, suspensión de empleo y sueldo de un mes a un año o separación definitiva del servicio (arts. 127 a 129);
- al procedimiento sancionador mediante expediente disciplinario por faltas graves y muy graves (art. 130 a 132);
- al régimen de recursos ante la DGSS por faltas leves y ante el Ministerio por faltas graves y muy graves, en ambos casos en el plazo de quince días a contar desde la notificación del acuerdo (art. 133);
- al régimen de prescripción de las faltas y a la cancelación de las anotaciones (art. 134 y 135).

El Capítulo XII trataba de los distintos supuestos de ceses (arts. 136⁷⁹ a 140), que podía ser por:

- renuncia (art. 137), que debería comunicarse con quince días de anticipación a la fecha de su efectividad, y cuando fuera aceptada se perderían todos los derechos a la plaza que se viniera desempeñando;
- la jubilación forzosa por invalidez o la voluntaria (art.138);
- la separación definitiva del servicio como consecuencia de expediente disciplinario (art. 139), y
- el cese del desempeño de la plaza por el personal interino por renuncia, por cumplir los 70 años de edad, por sanción con separación definitiva del servicio y cuando tomara posesión de la plaza el profesional designado para ocuparla con nombramiento en propiedad (art. 140).

El Capítulo XIII trataba de la Acción Social (arts. 141.152, destacando los siguientes aspectos:

- el entonces INP (hoy esta materia habrá que verla en cada contexto de las distintas CCAA), con objeto de fortalecer-decía-la comunidad humana de los que en ella laboraban, desarrollaría, respecto del personal, y en la medida de sus posibilidades, una actividad subsidiaria de asistencia, tutelando toda acción tendente a la mejor satisfacción de las necesidades fundamentales del mismo, mediante mejoras voluntarias empresariales que no se considerarían parte del sueldo, independientes de las prestaciones de la Seguridad Social (art. 141);
- al igual que en otros estatutos se prevé el derecho a anticipos ordinarios reintegrables, sin interés, si la cuantía no pasa del 20 por 100 de la retribución base anual a amortizar en dos años (art. 142), así como anticipos extraordinarios de un importe máximo del 100 por 100 de la retribución base anual a amortizar en cinco años (art. 143);
- la concesión de préstamos de interés social para la adquisición de la propia vivienda familiar (art. 144);
- la asignación familiar especial por cada hijo menor de 18 años o incapacitado permanente que mantenga en su hogar y a su costa en una cuantía de las de entonces 100 ptas por mes e hijo (art.145)
- el plus de los casados o viudos con hijos a su cargo por valor de 2500 ptas. mensuales (art.146)
- la ayuda por hijos subnormales (art. 147);
- la ayuda del INP a favor de los huérfanos del personal comprendido en este Estatuto mediante becas (art. 148);
- el plan anual de formación profesional (art. 149);
- el socorro por defunción del trabajador con nombramiento en propiedad en situación de activo, de distinta cuantía en función de la antigüedad a partir de 10.000 ptas si se había trabajado menos de tres años (art. 150);

⁷⁹ El art. 136, que enumera los supuestos, fue redactado de conformidad con la OM de Sanidad y Consumo de 27 de diciembre de 1983 (BOE del 31).

- los jubilados voluntarios que lo hagan después de los 60 años y 25 de cotización y servicios efectivos a la Seguridad Social y los jubilados forzados por edad que reúnan dichas condiciones, percibirán el complemento que sea necesario para que la pensión que tuvieran reconocida alcance el 100 por 100 de la retribución base, premios de antigüedad, complementos de destino, de puesto, de trabajo y de jefatura y gratificaciones reglamentarias, que viniera percibiendo en el momento de la jubilación (art. 151⁸⁰), y
- el personal que padeciera enfermedades excluidas ¿? de la asistencia sanitaria del RGSS y que requirieran internamiento, serían ingresadas, si así lo solicitaran, a cargo del INP, en aquellos sanatorios o residencias médicas que determinara la Delegación General, siempre que no lo concediera la Mutualidad Laboral correspondiente (art. 152, manifiestamente derogado).

El Capítulo XIV trataba de la Jurisdicción en sus arts. 153 y 154, señalando el primero que las cuestiones contenciosas se someterían al orden Jurisdiccional Social⁸¹, regulando el segundo la reclamación administrativa previa a toda demanda ante el INP.

VI. LAS PREVISIONES DE LA LEY 14/1986 DE 25 DE ABRIL (BOE del 29) GENERAL DE SANIDAD DE APROBACION DE UN ESTATUTO MARCO PARA EL PERSONAL DE LAS INSTITUCIONES SANITARIAS PUBLICAS DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD.

El art. 84.1 de esta Ley señalaba que el personal de la Seguridad Social regulado en el Estatuto Jurídico de Personal Médico de la Seguridad Social, en el Estatuto del Personal Sanitario Titulado y Auxiliar de Clínica de la Seguridad Social, en el Estatuto del

⁸⁰ El art. 151 ha sido dejado expresamente vigente en la Disp. Derogatoria única de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre.

⁸¹ Mediante Auto de la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2005 se ha declarado la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa. Vid. supra.

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 regirían por lo establecido en el Estatuto Marco que aprobará el Gobierno en desarrollo de esta Ley, y todo ello sin perjuicio de lo previsto en el art. 87 de esta Ley.⁸²

Este Estatuto Marco (dice el núm. 2 de este mismo art. 84) contendrá la normativa básica aplicable en materia de clasificación, selección, provisión de puestos de trabajo y situaciones derechos, deberes, régimen disciplinario, incompatibilidades y sistema retributivo, garantizando la estabilidad en el empleo y su categoría profesional. En desarrollo de dicha normativa básica, la concreción de las funciones de cada estamento de los señalados en el apartado anterior se establecerá en sus respectivos Estatutos, que se mantendrán como tales.

Asimismo, se expresa (núm. 3 del art. 84) que las normas de las CCAA en materia de personal se ajustarán a lo previsto en dicho Estatuto Marco. La selección de personal y su gestión y administración se hará por las Administraciones responsables de los servicios a que estén adscritos los diferentes efectivos.

Cabe significar también que se indicaba: 1º) que el ejercicio de la labor del personal sanitario deberá organizarse de forma que se estimule en los mismos la valoración del estado de salud de la población y se disminuyan las necesidades de atenciones reparadoras de la enfermedad (art. 86), y 2º) que los recursos humanos pertenecientes a los Servicios del Área se considerarán adscritos a dicha unidad de gestión, garantizando la formación y perfeccionamiento continuados del personal sanitario adscrito al Área, y que el personal podrá ser cambiado de puesto por necesidades imperativas de la organización sanitaria, con respeto de todas las condiciones laborales y económicas dentro del Área de Salud (art. 87).

⁸² Este num. 1 del art. 84, ha sido expresamente derogado por la Disp. derogatoria única de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre (BOE del 17), del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud

VII. A MODO DE BREVE CONCLUSION

En conclusión: nos hallamos históricamente ante una serie de Estatutos de una gran prolijidad y complejidad, que en estos años han sufrido infinidad de cambios, aparte de las interpretaciones a través de un sinfín de circulares interpretativas y aplicativas. Realmente resulta asombrosa la cantidad de normativa coetánea y sucesiva y los sistemas de derogación empleados.

Nos recuerdan en muchos casos a las viejas Reglamentaciones y Ordenanzas de Trabajo, en donde se pretendía resolver o preverlo absolutamente todo.

Estas normas son hijas de su época y de los principios del periodo político de la dictadura franquista.

Existen entre ellas bastantes parecidos, lo cual las hacía aptas para su refundición, si vale la expresión aquí.

La normativa ha dado paso a un sinfín de contenciosos de todo tipo, y son miles las sentencias de todo tipo existentes. Posiblemente sea el sector de la actividad de servicios con mayor número de sentencias de todo orden.

El sector sigue teniendo grandes problemas, sobre todo en materia de tiempo de trabajo, de organización de turnos, de selección de personal y de sistemas retributivos

Esta normativa generaba una gran dosis de inseguridad jurídica, y en los últimos tiempos, desde 1978, de inconstitucionalidad de no pocos de sus preceptos.

La complejidad se incrementa a partir del papel atribuido a las CCAA bajo el Estado de las Autonomías.

No podemos por menos de destacar la complejidad derivada de la jurisdicción competente, de si la social, de si la administrativa, y los ríos de tinta y de sentencias que ha suscitado dicha cuestión.

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 el 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 si 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).

LA ORDENACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO DEL PERSONAL ESTATUTARIO DE LOS SERVICIOS DE SALUD

Dulce María Cairós Barreto

Prof. Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de La Laguna

SUMARIO: 1.- CUESTIONES PREVIAS. 2.- ÁMBITO DE APLICACIÓN. 3.- TIEMPO DE TRABAJO: DEFINICIONES. 4.- MODALIDADES DE JORNADA DE TRABAJO Y SU DURACIÓN MÁXIMA. a) Jornada ordinaria. b) Jornada complementaria. c) Jornada especial. 5.- PAUSAS Y DESCANSOS. 6.- VACACIONES ANUALES. 7.- PERSONAL NOCTURNO Y A TURNOS. 8.- MEDIDAS ESPECIALES EN MATERIA DE SALUD PÚBLICA. 9.- JORNADA A TIEMPO PARCIAL. 10.- FIESTAS Y PERMISOS.

1.- CUESTIONES PREVIAS

El 18 de diciembre de 2003 entraba en vigor la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud, un día después de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, con el “objeto de establecer las bases reguladoras de la relación funcionarial especial del personal estatutario de los servicios de salud que conforman el Sistema Nacional de Salud” (art. 1 Ley 55/2003).

Se trata de una norma enormemente esperada, ya que como reconoce su propia Exposición de Motivos, el personal Estatutario de los servicios sanitarios públicos seguía viendo regida su relación de trabajo por normas reglamentarias preconstitucionales, puntualmente modificadas y continuamente reinterpretadas por los tribunales de justicia, tanto del orden social, como del contencioso-administrativo, a la luz de la confusa caracterización de su naturaleza jurídica¹.

La Ley 55/2003 se configura como la legislación básica sobre el personal estatutario de los servicios públicos de salud, como recuerda su Disposición Adicional Primera, de modo que las normas contenidas en la misma son susceptibles de desarrollo y ejecución por parte de las Comunidades Autónomas, en relación con el personal estatutario de sus respectivos centros de salud, y además, pueden ser mejoradas a través de la negociación colectiva en el ámbito estatutario, tal y como establece el propio Capítulo XIV del Estatuto Marco. A este respecto, su artículo 46.1 establece el carácter de disposiciones mínimas para la protección de la salud y seguridad del personal estatutario de las relativas a la ordenación del tiempo de trabajo.

No sólo era obsoleto y ambiguo el régimen de prestación de servicios de este personal, también era necesaria su renovación a la vista de la normativa comunitaria sobre tiempo de trabajo, normativa que ha sido modificada a impulsos derivados en buena parte de litigios producidos en relación con el tiempo

¹ La ordenación del tiempo de trabajo del personal estatutario venía regulada fundamentalmente por el Acuerdo entre la Administración del Estado y las Organizaciones Sindicales más representativas, sobre aspectos profesionales, económicos y organizativos en las instituciones sanitarias, de 22 de febrero de 1992 (Resolución de 10 de junio de 1992) y por otro posterior de 1 de junio de 1993 sobre vacaciones, interrup-

ciones y suspensiones, interpretados por el Acuerdo de la Comisión Paritaria de seguimiento, de 20 de diciembre de 1996 (Resolución de 2 de diciembre de 1996), así como por los Acuerdos Autonómicos alcanzados en el seno de procesos de negociación con los representantes sindicales.

de trabajo del personal sanitario, sus horas no presenciales y las guardias por necesidades del servicio.

Así, es posible enmarcar la aprobación de este Estatuto Marco como punto de llegada de un camino que se empezó a recorrer debido a la conjunción de una serie de acontecimientos de carácter normativo en el ordenamiento jurídico español desde la entrada en vigor de la CE de 1978, y que se ven especialmente manifestados en los siguientes, tal y como expresa la propia Exposición de Motivos de la Ley 55/2003: por un lado, la necesidad de conjugar los principios establecidos en los artículos 43.1 y 40.2 CE, esto es, el derecho a la protección de la salud y a la organización y tutela de la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios, con el deber de los poderes públicos de velar por la seguridad e higiene en el trabajo y el establecimiento del descanso necesario mediante la limitación de la jornada laboral y las vacaciones periódicas retribuidas. Y, por otro lado, la necesidad de incorporar al ordenamiento interno las, en aquel momento vigentes, Directivas en materia de ordenación del tiempo de trabajo 93/104/CE del Consejo, de 23 de noviembre de 1993 y 2000/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de junio de 2000, actualmente modificadas y refundidas en la Directiva 2003/88/CE, de Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a la ordenación de determinados aspectos del tiempo de trabajo².

Lo que no señala la Exposición de Motivos es que en buena medida, la revisión y modificación de las Directivas Comunitarias vino determinada por los pronunciamientos del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, fundamentalmente en los asuntos SIMAP y JAEGER³.

² *Se ha entendido, sin embargo, que en la norma nacional se antepone y contraponen a la protección de la seguridad y salud de los trabajadores del sector sanitario el derecho a la protección de la salud de la población en general y la continua atención y satisfacción de la demanda de prestación sanitaria (sic), GONZÁLEZ SALINAS, P. y LIZARRAGA BONELLI, E. (Coord.): Comentarios a la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, Thomson-Civitas, Madrid, 2005, pág. 699.*

³ *Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 3 de octubre de 2000 (SIMAP) Asunto C-303/1998 y de 9 de septiembre de 2003 (JAEGER), Asunto C-151/02.*

Por lo que se refiere al caso SIMAP y a la definición de tiempo de trabajo, el Tribunal nacional, español, en este caso, pretendía que se determinara si el tiempo dedicado a la atención primaria continuada que prestan los médicos de Equipos de Atención Primaria debía considerarse tiempo de trabajo, o bien, horas extraordinarias en el sentido de la Directiva. El Tribunal de Justicia concluyó que ese tiempo se considera tiempo de trabajo, “ya que los elementos característicos del concepto de tiempo de trabajo se dan en los períodos de atención continuada de los médicos de Equipos de Atención Primaria en régimen de presencia física en el centro sanitario (...) la obligación impuesta a dichos médicos de estar presentes y disponibles en los centros de trabajo para prestar sus servicios profesionales debe considerarse comprendida en el ejercicio de sus funciones” (Punto 48)⁴.

Por su parte, en la Sentencia del caso JAEGER el Tribunal tuvo la ocasión de reiterar en términos parecidos lo ya dicho en la sentencia SIMAP, y también consideró tiempo de trabajo en su totalidad los servicios de atención continuada cuando al trabajador se le permita dormir durante esos servicios (Puntos 60 y 61), restringiendo el poder de los Estados miembros a la hora de interpretar la definición de tiempo de trabajo, señalando que los conceptos de tiempo de trabajo y de período de descanso constituyen conceptos de Derecho comunitario que es preciso definir según características objetivas, por lo cual la circunstancia de que la definición de tiempo de trabajo haga referencia a las legislaciones o prácticas nacionales no significa que los Estados miembros puedan determinar unilateralmente el alcance de ese concepto, ni tampoco pueden someter a condición alguna el derecho del los trabajadores a que los períodos de trabajo y, correlativamente, los de descanso, sean tomados debidamente en cuenta, pues tal

⁴ *El artículo 2.1 de la Directiva dispone que se considerará tiempo de trabajo “todo período durante el cual el trabajador permanezca en el trabajo, a disposición del empresario y en ejercicio de su actividad o de sus funciones, de conformidad con las legislaciones y/o prácticas nacionales”.*

derecho resulta directamente de las disposiciones de la Directiva⁵.

2.- ÁMBITO DE APLICACIÓN

En los servicios de salud y en los sanitarios públicos presta servicio personal con diferente vinculación: personal funcionario, personal laboral y personal estatutario. La Ley 55/2003 (LEM) es aplicable, con carácter general al personal estatutario, al que se califica de relación funcional especial, 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, dejando al margen, en principio, al personal funcionario y al laboral.

Sin embargo, la propia norma muestra su intención de ampliar su ámbito subjetivo de aplicación, en algunos casos por lo que se refiere a toda su regulación, y en otros, con respecto a algunas materias.

Por lo que se refiere a la ordenación del tiempo de trabajo, sus prescripciones se aplican a todo el personal con régimen estatutario de los centros e instituciones sanitarias de los servicios públicos de salud, incluyendo, por tanto, tal y como venía haciéndose en la reglamentación preconstitucional, tanto al personal sanitario (art. 6 LEM) como al personal de gestión y servicios (art. 7 LEM), cualquiera que sea la duración, fija (art. 8 LEM) o temporal (art. 9 LEM), de su relación de servicios.

Además, según establece el artículo 2.3 de la ley, sus disposiciones serán aplicables al personal sanitario, tanto de régimen funcional como laboral, con exclusión, por tanto, del personal de gestión y servicios, que preste servicios en los centros del Sistema Nacional de Salud gestionados directamente por entidades creadas por las distintas Comunidades Autónomas para acoger los medios y recursos humanos y materiales procedentes de los procesos de transferencias del INSALUD, en todo aquello que no

⁵ Vid. un análisis de los dos asuntos en FOTINOPOULOU BASURKO, O.: "Derecho Social Comunitario y jornada del personal sanitario. La revisión de la Directiva 93/104/CE sobre determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo", AS, 2005, n° 16, págs. 67-79.

se oponga a su normativa específica de aplicación y si así lo prevean las disposiciones aplicables al personal funcionario o los convenios colectivos aplicables al personal de laboral de cada Comunidad Autónoma. Se requiere, por tanto, un pronunciamiento favorable por parte de las Comunidades Autónoma.

La Disposición Adicional Décima de la ley permite la extensión de sus normas a las estructuras administrativas y de gestión del servicio de salud, previa decisión de éste; la Disposición Adicional Undécima extiende sus normas al personal estatutario del Instituto Social de la Marina y la Décimo Tercera excluye al personal militar que preste sus servicios en los centros, establecimientos y servicios sanitarios integrados en la red sanitaria militar, debiendo entenderse, por tanto, que sí queda incluido el personal civil, funcionario o no, que preste servicios en tales centros⁶.

En materia de tiempo de trabajo, establece su Disposición Adicional Segunda que el régimen de jornada y de descansos establecido en la sección 1ª del Capítulo X de la Ley, esto es, los artículos 46 a 59, con exclusión de la disposiciones relativas a la jornada a tiempo parcial y el régimen de fiestas y permisos, será de aplicación al personal sanitario, sea cual sea el vínculo jurídico de su relación de empleo, de los centros y servicios sanitarios gestionados directamente por los servicios de salud. Por tanto, se extiende la aplicación de tales disposiciones al personal funcionario y al personal laboral de los centros y servicios gestionados directamente por los servicios públicos de salud, incluyendo al personal sanitario en formación como especialista mediante residencia, si bien, con las especialidades contenidas en la regulación específica de este personal, calificado como relación laboral especial por la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias⁷.

⁶ GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, I. y MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P.: "La ordenación del tiempo de trabajo del personal estatutario del Sistema Nacional de Salud", RL, 2006, n° 20, pág. 21.

⁷ Regulación específica contenida en el RD 1146/2006, de 6 de octubre, por el que se regula la relación laboral especial de residencia para la formación de especialistas en Ciencias de la Salud (BOE de 7 de octubre de 2006).

La misma Disposición Adicional Segunda extiende el régimen de jornada y descansos al personal sanitario de los centros vinculados o concertados con el Sistema Nacional de Salud, cuando tales centros estén formalmente incorporados a una red sanitaria de utilización pública. Estas disposiciones serán de aplicación supletoria, en ausencia de regulación sobre jornada y descansos en los convenios colectivos, o bien, será de aplicación directa, si la regulación de esta Ley resulta más beneficiosa que la contenida en dichos convenios.

3.- TIEMPO DE TRABAJO: DEFINICIONES

El Capítulo X de la Ley 55/2003 tiene por objeto el establecimiento de las disposiciones mínimas para la protección de la seguridad y salud del personal estatutario en materia de ordenación del tiempo de trabajo.

Al modo establecido en las Directivas Comunitarias de las que esta regulación trae causa, el artículo 46.1 de la Ley 55/2003 contiene una lista de definiciones a los solos efectos de la aplicación de las disposiciones en materia de tiempo de trabajo, excluyendo otros, como las retribuciones o compensaciones económicas u horarias, “materias en las que se estará a lo dispuesto específicamente en las normas, pactos o acuerdos, que en cada caso resulten aplicables”.

Se entiende por **centro sanitario** aquellos centros e instituciones a los que se refiere el artículo 29 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad⁸. Por **personal** se define a los que siendo perso-

nal estatutario, prestan servicios en un centro sanitario de los establecidos en el artículo 29 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad⁹.

La determinación del tiempo efectivo de trabajo en las prestaciones sanitarias es una de las materias que más litigiosidad ha causado, debido precisamente a los problemas de determinación de las horas de trabajo cuando se trata de horas no presenciales o el mínimo obligatorio de guardias por necesidades del servicio¹⁰. Por ello es de enorme importancia la introducción de estas precisiones conceptuales en las normas reguladoras de la ordenación del tiempo de trabajo, como ya se había venido haciendo por parte de la normativa europea, a la que se han remitido, incluso, algunos Acuerdos autonómicos¹¹.

Según el art. 46.2, c) Ley 55/2003 será **tiempo de trabajo** el período en el que el personal permanece en el centro sanitario, a disposición del mismo y en ejercicio efectivo de su actividad y funciones. Su cómputo se realizará de modo que tanto al comienzo como al final de cada jornada el personal se encuentre en su puesto de trabajo y en el ejercicio de su actividad y funciones. Asimismo, se considerará tiempo de trabajo los servicios prestados fuera del

mientos sanitarios. Deberán incluirse entre los centros sanitarios los hospitales y los proveedores de asistencia sanitaria sin internamiento, siempre que estén incluidos en el Sistema Nacional de Salud, pero no los servicios sanitarios integrados en una organización no sanitaria (prisión, empresa, balneario, residencia de tercera edad), ni los establecimientos sanitarios (oficinas de farmacia, botiquines, ópticas, ortopedias y establecimientos de audioprótesis). GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, I. y MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P.: “La ordenación del tiempo de trabajo del personal estatutario del Sistema Nacional de Salud”, op. cit. pág. 24 y notas 30 a 33.

⁹ Con las excepciones mencionadas en relación con las prescripciones sobre jornada y descansos del personal sanitario, sea estatutario o no, según establece la propia ley en sus Disposiciones Adicionales.

¹⁰ Vid. GARCÍA PIQUERAS, M.: Régimen jurídico del personal al servicio de las instituciones sanitarias de la Seguridad Social, CES, Madrid, 1996. MARÍN ALONSO, I.: “Problemas jurisprudenciales en torno a la jornada del personal estatutario”, *Temas Laborales*, 1997, nº 43, págs. 101-132. LANDA ZAPIRAIN, J. P.: *La reforma de la Sanidad Pública y del régimen jurídico de su personal*, CES, Madrid, 1999.

¹¹ Por ejemplo, el Acuerdo del Consejo de Gobierno de Canarias, de 13 de diciembre de 2001, que aprueba el Acuerdo entre la Administración sanitaria de la Comunidad Autónoma de Canarias y las organizaciones sindicales del sector, celebrado en el marco de la Mesa Sectorial de sanidad, sobre diversos aspectos en materia de atención continuada, incentivación y condiciones de trabajo del personal adscrito a los órganos de prestación de servicios sanitarios del Servicio Canario de la Salud, para la mejora de la calidad en la prestación de tales servicios (BO Canarias 2001/162).

⁸ El artículo 29 de la Ley 14/1986, General de Sanidad dispone “1. Los centros y establecimientos sanitarios, cualesquiera que sea su nivel o categoría o titular, precisarán autorización administrativa previa para su instalación y funcionamiento, así como para las modificaciones que respecto de su estructura y régimen inicial puedan establecerse. 2. La previa autorización administrativa se referirá también a las operaciones de calificación, acreditación y registro del establecimiento. Las bases generales sobre calificación, registro y autorización serán establecidas por Real Decreto. 3. Cuando la defensa de la salud de la población lo requiera, las Administraciones Sanitarias competentes podrán establecer regímenes temporales y excepcionales de funcionamiento de los establecimientos sanitarios”. La remisión a esta norma debe entenderse realizada igualmente a los centros, servicios y establecimientos sanitarios a los que se refiere el artículo 27.3 Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, cuya autorización se regula en el RD 1277/2003, de 10 de octubre, por el que se establecen las bases generales sobre autorización de centros, servicios y estableci-

centro sanitario, siempre que se produzcan como consecuencia del modelo de organización asistencial o deriven de la programación funcional del centro. Esta definición coincide en esencia con la contenida en la Directiva 2003/88/CE, en virtud de la cual tiempo de trabajo es aquel período durante el cual el trabajador permanezca en el trabajo, a disposición del empresario y en ejercicio de su actividad o de sus funciones, de conformidad con las legislaciones y/o prácticas nacionales, completada con las prescripciones precisas para abarcar las funciones propias de la prestación de servicios sanitarios. Aunque ambos preceptos exigen la concurrencia de los tres elementos para la consideración del tiempo de trabajo, la presencia en el centro, a su disposición y realizando sus funciones, la jurisprudencia del TSJCE ha venido considerando que las guardias con presencia física en el centro, o en los términos utilizados por la propia Ley 55/2003, *los períodos de localización* con presencia física en el centro sanitario, deben considerarse igualmente tiempo de trabajo, con independencia de que llegue a producirse efectivamente o no la prestación del servicio, ya que excluir del concepto de tiempo de trabajo el período de atención continuada en régimen de presencia física equivaldría a poner seriamente en peligro la consecución del objetivo de garantizar la salud y la seguridad de los trabajadores propio de la Directiva Comunitaria¹², de modo que es en ese sentido en el que hay que interpretar este precepto del Estatuto Marco¹³.

¹² El primer pronunciamiento en este sentido fue el contenido en la STJCE 3 octubre 2000, Asunto C-303/1998 (SIMAP), en la que el Tribunal comunitario, al mismo tiempo que establecía su incardinación dentro del concepto de tiempo de trabajo, declaraba la eficacia directa de parte de su contenido, al no haberse tomado medidas expresas de adaptación de lo dispuesto por esta norma comunitaria a la legislación interna, que debió haberse producido como máximo el 23 de noviembre de 1996.

¹³ Por atención continuada se entiende el período de tiempo fuera de la jornada ordinaria del profesional titular, en el que se deba prestar asistencia sanitaria. La realización de la atención continuada puede ser a través de guardias presenciales, o bien a través de guardias localizadas. En el primer supuesto, el trabajador se encuentra físicamente en el centro de trabajo, a disposición del empleador y con la misión de cubrir las necesidades sanitarias que existan, propias de su competencia. En las guardias localizadas, el profesional sanitario se encuentra en un lugar no muy alejado del hospital o centro de trabajo, a disposición del empleador, de forma que éste podrá requerir su presencia en el centro de trabajo, siendo su obligación laboral acudir a desempeñar el trabajo requerido, MARÍN MORAL, I.: "Jornada de trabajo, permisos y licencias", en PALOMAR OLMEDA, A. y SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.): Comentarios a la Ley 55/2003, del Estatuto Marco del Personal

Consecuentemente, se denomina **período de localización** aquel período de tiempo en el que el personal se encuentra en situación de disponibilidad que haga posible su localización y presencia inmediata para la prestación de un trabajo o servicio efectivo cuando fuera llamado para atender las necesidades asistenciales que eventualmente pudieran producirse, de modo que pasaría a considerarse tiempo de trabajo si se produjera la llamada y se realizara la prestación del servicio. Así se ha reconocido jurisprudencialmente, declarando el derecho de los demandantes a que "se compute a efectos de jornada anual como trabajo efectivo el tiempo de presencia física en el centro de trabajo desarrollando el trabajo para el que han sido llamados durante la guardia localizada, así como los tiempos de desplazamiento" (STSJ País Vasco, Sala de los Social, de 13 de julio de 2004, RJ 2004\3957).

Período de descanso será todo aquel que no sea tiempo de trabajo, definición tomada también de la disposiciones comunitarias, y que lo remite a todo aquel tiempo que quede fuera del finalmente considerado tiempo efectivo de trabajo, tanto normativa como jurisprudencialmente, incluyendo, por tanto, los períodos de localización sin presencia efectiva en el centro y sin prestación efectiva de los servicios.

La definición del **período nocturno** se deja a la determinación de las normas, pactos o acuerdos, que sean aplicables a cada centro sanitario, pero se establece que tendrá una duración mínima de siete horas e incluirá necesariamente el período comprendido entre las cero y las cinco horas de cada día natural. En ausencia de tal definición, se considerará período nocturno el comprendido entre la 23 hora y las 6 horas del día siguiente. Siguiendo con una distinción también proveniente del Derecho europeo, tendrá la consideración de **trabajador nocturno** el que realice normalmente durante el período nocturno una parte no inferior a tres horas de su tiempo de trabajo diario, o el que pueda realizar durante el período nocturno un tercio de su tiempo de trabajo anual. Como puede observarse, este precepto respeta en su totalidad las prescripciones contenidas en la Directi-

Estatutario de los Servicios de Salud, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2006, pág. 424.

va 2003/88/CE, tanto en las horas que dan lugar al período de trabajo de noche, como en su reenvío a la negociación colectiva para que determine su consideración. Serán por ello los propios interesados los que podrán ampliar el período considerado nocturno, y establecer sus específicas medidas de protección.

Se considera **trabajo por turnos** toda forma de organización del trabajo en equipo por la que el personal ocupe sucesivamente las mismas plazas con arreglo a un ritmo determinado, incluido el ritmo rotatorio, que podrá ser de tipo continuo o discontinuo, implicando para el personal la necesidad de realizar su trabajo en distintas horas a lo largo de un período determinado de días o de semanas. Consecuentemente, se define el **personal a turnos** como aquel cuyo horario de trabajo se ajusta a un régimen de trabajo por turnos. También en este aspecto se ha dado traslado directo de las definiciones contenidas en la Directiva 2003/88/CE. Se exige, por tanto, que el personal se suceda o releve en el desempeño de las mismas funciones laborales, sin que pueda considerarse trabajo a turnos aquel sistema en el que los trabajadores están adscritos a la misma franja horaria.

Finalmente, se establece una definición de la **Programación funcional del centro**, en virtud de la cual ésta estará constituida por las instrucciones que, en uso de su capacidad de organización y de dirección del trabajo, se establezcan por la Gerencia o la Dirección del centro sanitario en orden a articular, coordinadamente y en todo momento, la actividad de los distintos servicios y del personal de cada uno de ellos para el adecuado cumplimiento de las funciones sanitario-asistenciales.

No se contiene en el apartado de definiciones, pero se trata de una precisión temporal de carácter importante para el cálculo de los períodos de referencia de los períodos máximos y mínimos que contiene el Estatuto. Establece su artículo 57 que siempre que en la sección primera del Capítulo X se mencione un período de tiempo semanal, mensual o anual, se entenderá referido a semanas, mese o años naturales, mientras que cuando la mención se efectúa a un período de tiempo semestral, se entenderá refe-

rida al primero o al segundo de los semestres de cada año natural.

4.- MODALIDADES DE JORNADA DE TRABAJO Y SU DURACIÓN MÁXIMA

La regulación de la jornada de trabajo se realiza en el Estatuto Marco del Personal Estatutario desde la conjugación de un doble tipo de intereses: el interés de los usuarios de los servicios sanitarios de que se garantice la continuidad del servicio y el interés del personal de garantizar la protección de su salud y seguridad. Así, se establece una regulación de mínimos, que debe ser desarrollada o mejorada por Acuerdos o Pactos o por la Programación funcional de los centros. Se regulan varios tipos de jornada, ordinaria, complementaria y especial, la duración máxima de la misma, el régimen de descansos, incluidas las vacaciones anuales y el trabajo nocturno y a turnos. Además, se regula la posibilidad de establecer jornadas a tiempo parcial.

La jornada ordinaria será la pactada con los representantes sindicales. Se podrá trabajar por encima de esta jornada ordinaria mediante la realización de más horas en determinados servicios y a cargo de determinado personal, exceso de horas que dará lugar a la jornada denominada complementaria, y si por determinadas razones se superan las 48 horas semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo semestral, ese exceso de jornada pasa a denominarse jornada especial.

Los artículos 47 a 49 LEM regulan la denominada jornada ordinaria de trabajo, la jornada complementaria y el régimen de jornada especial. Por su parte, el artículo 60 del Estatuto se refiere a la jornada de trabajo a tiempo parcial.

a) Jornada ordinaria

La jornada ordinaria de trabajo en los centros sanitarios se determinará en las normas, Pactos o Acuerdos, según resulte procedente en cada caso. A través de la Programación funcional del correspondiente centro se podrá establecer la distribución irregular de la jornada a lo largo del año (art. 47 LEM). El tiempo de trabajo correspondiente a la jornada ordinaria no excederá de 12 horas ininterrumpidas.

No obstante, mediante la programación funcional de los centros se podrán establecer jornadas de hasta 24 horas para determinados servicios o unidades sanitarias, con carácter excepcional y cuando así lo aconsejen razones asistenciales u organizativas, debiendo en estos casos ampliarse los períodos mínimos de descanso ininterrumpido según se derive de los procesos de negociación con los representantes sindicales en el servicio de salud y “con la debida progresividad para hacerlos compatibles con las posibilidades de los servicios y unidades afectadas por los mismos” (art. 51.1 LEM)¹⁴. Se trata de una medida excepcional, causal y para determinados servicios o unidades, aquellos en los que se realicen jornadas complementarias, es decir, servicios de atención continuada, a través de guardias de presencia física o localizada¹⁵.

Por tanto, la determinación de la jornada ordinaria de trabajo se remite a la regulación derivada de la “negociación colectiva” de este peculiar tipo de funcionario, según proceda, Acuerdo o Pacto, según lo establecido en los artículos 79 y 80 del propio Estatuto Marco. Tales normas deberán respetar las 12 horas máximas de jornada ordinaria con carácter general, así como el descanso mínimo entre una jornada de trabajo y la siguiente, sin que se establezca ningún período de referencia temporal aplicable¹⁶. Si se tiene en cuenta que el descanso mínimo entre una jornada de trabajo y la siguiente es de 12 horas, se concluye con que se ha establecido una cláusula general de jornada máxima diaria, hecho que constituye una novedad en la regulación del tiempo de trabajo de este personal y una manifestación del de-

recho del personal estatutario a la garantía de su seguridad y salud laboral¹⁷. Si se permite establecer por parte de la programación funcional del correspondiente centro, una distribución irregular de la jornada a lo largo del año, tal y como se establece para los trabajadores por cuenta ajena en el artículo 34 LET, lo que implica determinar jornadas máximas por períodos de tiempo superiores al día, a la semana y al mes y la consiguiente ampliación del poder de determinación de la jornada de trabajo de la gerencia o dirección del centro sanitario correspondiente¹⁸.

La regulación de la jornada ordinaria admite así cualquier parámetro temporal de determinación y una doble distribución, regular e irregular a lo largo del año, siendo normalmente competencia de los Acuerdos o Pactos su determinación y su distribución regular en los períodos de tiempo que se determinen, al mismo tiempo que se permite la distribución irregular a lo largo del año por parte de la dirección del centro¹⁹.

Se constituirá una mesa sectorial de negociación en cada servicio de salud, con presencia de los representantes de la correspondiente Administración Pú-

¹⁴ La regulación anterior, contenida en el Acuerdo de 22 de febrero de 1992, fijaba en 1645 horas el horario anual para la prestación de servicios en turno fijo diurno, 1470 horas para el turno fijo nocturno y 1530 para el rotatorio. A partir del año 2001, la práctica totalidad de los Acuerdos que se han ido adoptando para regular las condiciones de trabajo del personal de los distintos servicios públicos de salud vienen fijando en 35 horas semanales la jornada ordinaria.

¹⁵ ARETA MARTÍNEZ, M.: “Jornada y descansos diarios”, en PALOMAR OLMEDA, A. y SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.): Comentarios a la Ley 55/2003, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, *op. cit.*, pág. 462.

¹⁶ La Disposición Derogatoria Única de la Ley 55/2003 establece que la entrada en vigor de la misma no supondrá la modificación o derogación de los pactos o acuerdos vigentes en aquellos aspectos que no se opongan o contradigan lo establecido en la misma.

¹⁷ ARETA MARTÍNEZ, M.: “Jornada y descansos diarios”, en PALOMAR OLMEDA, A. y SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.): Comentarios a la Ley 55/2003, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, *op. cit.*, pág. 461.

¹⁸ No es necesario, por tanto, acuerdo colectivo para establecer la distribución irregular a lo largo del año, sino que será la dirección del centro la encargada de establecerla. SALA FRANCO, T.: El Estatuto Marco del Personal Estatutario de los servicios de salud (Comentarios a la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, BOE de 17 de diciembre), *Tiranto Lo Blanch, Valencia, 2004*, pág. 77.

¹⁹ Por ejemplo, el Decreto 61/2005, de 28 de julio, sobre jornada laboral y horario en los centros e instituciones sanitarias de la gerencia regional de salud de Castilla y León sobre determinados aspectos retributivos del personal estatutario de los grupos B, C, D y E, que presta servicios en las gerencias de atención especializada de la gerencia regional de salud de Castilla y León (BO Castilla y León de 3 de agosto de 2005) establece “Con carácter general, la jornada ordinaria anual se distribuirá regularmente, a efectos de su cómputo, de forma mensual, resultando de obligado cumplimiento, en cada uno de los meses naturales del año, el número de horas que resulte de multiplicar el número de días laborables del mes por el promedio de siete horas diarias en el turno diurno o el que corresponda por aplicación de la ponderación y los descansos correspondientes, respecto de los turnos rotatorios y nocturnos”. Y el Decreto 89/1997, de 4 de julio, por el que se regula el régimen retributivo y de condiciones de trabajo del personal funcionario al servicio de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares que ocupa puestos de trabajo en el Servicio Balear de la Salud señala que la jornada anual será distribuida de forma desigual por semanas, sin superar en promedio las 37 horas y media de trabajo efectivo.

blica o servicio de salud y las organizaciones sindicales más representativas a nivel estatal y a nivel autonómico, así como las que hayan obtenido el 10% o más de los representantes en las elecciones para delegados y juntas de personal en el ámbito del servicio de salud (art. 79 LEM).

En el seno de tales mesas de negociación se podrán concertar Pactos o Acuerdos. Los Pactos serán de aplicación directa al personal afectado y versarán sobre materias que correspondan al ámbito competencial del órgano que lo suscriba. Mientras que los Acuerdos se referirán a materia cuya competencia corresponda al órgano de Gobierno de la correspondiente Administración Pública y para su eficacia precisarán la previa, expresa y formal aprobación del citado órgano de gobierno. Entre las materias que serán objeto de negociación se cita la regulación de la jornada laboral, tiempo de trabajo y régimen de descansos (art. 80.2, e) LEM).

b) Jornada complementaria

A los efectos de garantizar una atención continuada y permanente de los usuarios se regula en el artículo 48 del Estatuto Marco la denominada jornada complementaria, que se añade a la ordinaria y sustituye al anterior concepto de guardias. Se establece que cuando se trate de la prestación de servicios de atención continuada y con el fin de garantizar la adecuada atención permanente al usuario de los centros sanitarios, el personal de determinadas categorías o unidades de los mismos desarrollará una jornada complementaria en la forma que se establezca a través de la programación funcional del correspondiente centro. Se trata, por tanto, de una ampliación de jornada que se puede exigir a determinados trabajadores y a la que se le asigna un régimen jurídico diferenciado y aparte de la regulación de horas extraordinarias, a determinar, de modo llamativo, por la propia dirección de los centros sanitarios, en su programación funcional, lo que significa que no tiene por qué ser objeto de negociación con los representantes del personal.

La determinación de ese personal al que se le puede exigir la prestación de una jornada complementaria se deja a dos fuentes de regulación posible: una legal, pues el párrafo segundo del artículo 48.1

LEM señala que sólo será de aplicación al personal de las categorías o unidades que con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley venían realizando una cobertura de la atención continuada mediante la realización de guardias u otro sistema análogo; y otra convencional, pues también puede aplicarse al personal de aquellas otras categorías o unidades que se determine previa negociación en las mesas correspondientes.

La duración máxima de las jornadas ordinaria y complementaria tiene un límite: 48 horas semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo semestral, salvo que mediante acuerdo, pacto o convenio colectivo se establezca otro cómputo²⁰.

De nuevo se introduce una regulación, el período temporal de referencia, que se aplicará subsidiariamente, en defecto de lo negociado en las mesas de negociación del personal estatutario o en las comisiones negociadoras de los convenios colectivos de los trabajadores con regulación laboral, sin que parezca que el período de referencia del Estatuto Marco deba funcionar como límite máximo. Lo que sí se configura como derecho necesario y, por tanto, no susceptible de negociación o de supresión mediante la negociación colectiva, es la exclusión para computar la duración máxima de las jornadas ordinaria y complementaria de los períodos de localización cuando el interesado no realice efectivamente la prestación, mientras que sí se considerará tiempo de trabajo cuando el trabajador haya sido requerido para la prestación del trabajo, en cuyo caso se computará como tiempo de trabajo tanto la duración del servicio desarrollado como los tiempos de desplazamiento.

Como excepción a esta regla general sobre duración máxima de las jornadas ordinaria y complementaria de trabajo se menciona su aplicación progresiva al personal sanitario en formación como

²⁰ Sin embargo, el artículo 6, b) de la Directiva 2003/88/CE establecía con rotundidad la duración máxima del trabajo semanal en 48 horas, incluidas las horas extraordinarias, por cada período de siete días, pudiendo establecerse por los Estados miembros un período de referencia de hasta cuatro meses. El Estatuto Marco no incumple la normativa comunitaria por que, a su vez, el artículo 17.3, c) de la Directiva 2003/88/CE permite establecer nuevos límites a los períodos de referencia en determinados sectores, entre ellos, la recepción, tratamiento y/o asistencia médica prestados por hospitales o centros similares.

especialistas mediante residencia, tanto en los centros públicos, como en los privados acreditados para la docencia. La Disposición Transitoria Primera establece la aplicación de las siguientes normas: 58 horas semanales de promedio en cómputo anual, entre el 1 de agosto de 2004 y el 31 de julio de 2007; 56 horas semanales de promedio en cómputo semestral, entre el 1 de agosto de 2007 y el 31 de julio de 2008 y a partir del 1 de agosto de 2008 les será aplicable la limitación general de 48 horas semanales. Nótese que el cómputo se establece en el primer período con carácter anual, en el segundo, con carácter semestral, asemejándolo al cómputo general, y, finalmente, en el tercer período de aplicación paulatina el cómputo se remite a la norma general, por tanto, semestral también. Debe entenderse que esta norma es imperativa, por lo cual no cabe pacto en contrario acerca de una posible regulación mediante convenio colectivo, ya que este tipo de personal es titular de una relación laboral de carácter especial, de otros períodos de referencia o cómputo distinto²¹.

Por último, se establece en el punto tercero del artículo 48 del Estatuto Marco que la jornada complementaria no tendrá en ningún caso la condición ni el tratamiento establecidos para las horas extraordinarias, de modo que no estará afectado por las limitaciones que respecto de la realización de horas extraordinarias establezcan otras normas y disposiciones, especialmente el artículo 35 del Estatuto de los Trabajadores, y su retribución o compensación específica se determinará independientemente en la norma, Pacto o Acuerdo que resulten de aplicación en cada caso (con base, por ejemplo, en la prescripción acerca del complemento de atención continuada establecida en el artículo 43.2, d) del propio Estatuto Marco).

Con ello el Estatuto Marco pretende acabar con una de las cuestiones más discutidas judicialmente y una de las reivindicaciones más tradicionales del

personal médico, la consideración y retribución de las guardias como horas extraordinarias de régimen laboral²², camino que se abrió con la STS de 14 de noviembre de 1997 y que, a pesar de este pronunciamiento legal, no parece que jurisprudencialmente termine de aceptarse, según establecen pronunciamientos recientes, como los vertidos en las Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de mayo y de 12 de julio de 2004 (RJ 2004\3874 y 2004\5945, respectivamente), según los cuales, “como ha señalado el Tribunal de Justicia en la sentencia antes citada de 3 de octubre de 2002, el tiempo de las guardias que requieran la presencia física del trabajador, debe considerarse como tiempo de trabajo y, en su caso, horas extraordinarias, a los efectos de la aplicación de las directivas a las que se viene haciendo referencia”.

Al margen de su consideración jurídica y dentro del respeto, en todo caso, al carácter imperativo de la regulación contenida en el Estatuto Marco, podría ser materia de negociación cierto tipo de regulación con respecto a la jornada complementaria, por ejemplo, un límite máximo anual, mensual o semanal a fijar para cada trabajador, su carácter voluntario a partir de un determinado límite semanal o mensual, o regímenes específicos en atención a circunstancias personales del personal sanitario.

c) Jornada especial

Con carácter adicional a las jornadas ordinaria y complementaria, el artículo 49 del Estatuto Marco establece el denominado régimen de jornada especial, cuando las previsiones establecidas acerca de la jornada complementaria fueran insuficientes para garantizar la adecuada atención continuada y permanente, y siempre que existan razones organizativas o asistenciales que lo justifique, previa oferta expresa del centro sanitario.

En estos casos, puede fijarse esta jornada especial, por encima de la duración máxima conjunta de las jornadas ordinaria y extraordinaria. Será requisito

²¹ En contra, RODRÍGUEZ PASTOR, G.: “Jornada de trabajo, permisos y licencias en la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud”, TS, 2005, n° 169, pág. 22, que sostiene que cabe acuerdo, pacto o convenio que establezca otro cómputo.

²² Vid. CÁMARA BOTÍA, A.: “Pluralidad de formas de gestión de los servicios de salud y de regímenes jurídicos del personal sanitario: a propósito de la retribución de las guardias médicas. Comentario a la STSJ Baleares de 7 de octubre de 2003”, AS, 2004, n° 4.

necesario para ello que el personal manifieste por escrito, individualizada y libremente, su consentimiento para ello.

Se establece un límite total máximo de horas realizadas de acuerdo con esta jornada especial y, por ello, por encima del límite de horas complementarias del artículo 48.2 Estatuto Marco de 150 horas al año, límite que se aplicará, sin embargo, de forma progresiva durante los 10 años siguientes a la entrada en vigor de la Ley, en la forma que determine el Gobierno mediante Real Decreto, adoptado previo informe de la Comisión de Recursos Humanos del Sistema Nacional de Salud (Disposición Transitoria Sexta LEM)²³, y del cual se deberá garantizar que constituye efectivamente un límite²⁴ y que no habilita en la realidad una jornada ilimitada durante 10 años²⁵. Con este límite de horas correspondientes a jornada especial se mejora sensiblemente la jornada de trabajo del personal sanitario en España, que verá disminuido su tiempo de trabajo global en el sistema sanitario. Por la misma razón, se trata de una norma que incrementará la plantilla de los centros y los gastos sanitarios, de modo que se impone este régimen de aplicación progresiva²⁶.

²³ Se concedía un plazo de 18 meses desde la entrada en vigor de la Ley para la elaboración de tal informe, debiendo contener un análisis detallado de las implicaciones que en la organización funcional de los centros sanitarios, en la financiación de los servicios de salud y en las necesidades de especialistas tendrá la puesta en marcha de la limitación, así como las posibles excepciones a la misma derivadas del hecho insular y las medidas que resulte conveniente adoptar en función de todo ello. Igualmente, en tal informe se analizarán las repercusiones económicas de una progresiva adaptación de la jornada de trabajo de los centros y servicios sanitarios a esta norma con carácter general en el resto de los servicios públicos. Finalmente, establece esta Disposición Transitoria que en la elaboración del informe la Comisión de Recursos Humanos del Sistema Nacional de Salud deberá recabar las opiniones de los expertos de las Administraciones sanitarias, de los servicios de salud y de las organizaciones sindicales.

²⁴ RODRÍGUEZ PASTOR, G.: "Jornada de trabajo, permisos y licencias en la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud", *op. cit.*, pág. 22.

²⁵ GONZÁLEZ SALINAS, P. y LIZARRAGA BONELLI, E. (Coord.): Comentarios a la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, *op. cit.*, pág. 725. De oscurantismo normativo la califica SERRANO ARGÜELLO, N.: "Comentarios a la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, sobre el Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud. Una relación funcional especial bajo las sombras de su legado histórico", *iustel.com, RGDTSS*, n.º 6, junio 2004, pág. 46.

²⁶ La norma reglamentaria aún no se ha dictado, pero se ha emitido un borrador de informe preceptivo por la Comisión de Recursos Humanos

Se trata, por tanto, de una jornada a establecer solamente en casos de necesidad, cuando el centro sanitario pueda acreditar razones atinentes a su organización administrativa o a deficiencias en su organización asistencial que hagan necesario este refuerzo del personal²⁷. Deberá ofertar este exceso de jornada expresamente para cada caso en que sea necesario y se configura como un tiempo de trabajo absolutamente voluntario para el personal, que deberá prestar su consentimiento por escrito e individualizadamente, esto es, para cada caso en concreto que se le ofrezca. Esto excluye la posibilidad de celebrar pactos colectivos al respecto.

Los centros, sin embargo, podrán haber determinado con carácter previo, parece razonable que en el instrumento que el Estatuto Marco denomina programación funcional del centro y en el que se especifican numerosos aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, los requisitos para otorgar por parte del personal su consentimiento, especialmente en la duración prevista del compromiso. Parece claro, por tanto, que no se refiere la norma a requisitos formales o de garantía de libertad, sino a que los centros puedan exigir una duración mínima de la disposición del personal a realizar esta jornada especial, duración mínima que tendrá que ser razonable y no podrá suponer un perjuicio para en las condiciones de seguridad y salud del trabajador, porque de lo contrario se estaría desvirtuando el espíritu y la intencionalidad del propio Estatuto Marco.

Este hecho debe significar que el consentimiento del personal para la prestación de este tiempo de

del Sistema Nacional de Salud sobre aplicación de este límite máximo de 150 horas de jornada especial que propone una aplicación decreciente del número máximo de la jornada especial que, de modo bienal, trienal o en plazos más amplios, se reduzca desde el máximo teórico de 1150 horas/año hasta las 150 horas por año a la finalización del periodo de 10 años. Vid. MARÍN MORAL, I.: "Jornada de trabajo, permisos y licencias", en PALOMAR OLMEDA, A. y SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.): Comentarios a la Ley 55/2003, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2006, págs.452-453.

²⁷ A estos efectos se ha echado en falta mayor precisión en el Estatuto Marco, debiendo haber sido éste "el que concretara qué razones organizativas y asistenciales objetivas, precisas y claras justifican la superación de la jornada máxima", GONZÁLEZ SALINAS, P. y LIZARRAGA BONELLI, E. (Coord.): Comentarios a la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, *op. cit.*, pág. 725.

trabajo puede manifestarse no sólo con carácter inmediato, para cada oferta de que le haga el centro, sino también para un período más amplio, a modo de compromiso para cumplir con los requerimientos del centro para la realización de jornadas especiales durante tal período, siempre que así se haya regulado y aceptado por el trabajador. No obstante, ante la presencia de circunstancias especiales debería caber la renuncia a tal pacto sin consecuencias negativas para el trabajador²⁸.

Su consideración jurídica será la de la jornada complementaria, a efectos de retribución, debe entenderse, por lo cual vuelve a negarse legalmente el carácter de hora extraordinaria a este exceso de jornada, a pesar de que su régimen jurídico recuerda mucho al de las horas extraordinarias de carácter laboral del artículo 35 LET²⁹.

El Estatuto Marco adopta una serie de cautelas en orden a garantizar la libertad del personal para aceptar la realización de esta jornada, así como su indemnidad en caso de que no preste su consentimiento para realizarla: se especifica que el centro sanitario deberá asegurar que nadie sufra perjuicio alguno por el hecho de no prestar el consentimiento a que se refiere el apartado 1 del artículo 49, sin que se considere perjuicio a estos efectos un menor nivel retributivo derivado de un menor nivel de dedicación, precepto que no significa otra cosa que se afectará el derecho a recibir el complemento específico por realización de este exceso de jornada, el de atención continuada, pero no el complemento específico o el de productividad.

En segundo lugar, el centro debe crear y conservar registros actualizados del personal que desarrolle este régimen de jornada, que estarán a disposición de las autoridades administrativas o laborales competentes, las cuales podrán llegar a prohibir o limitar, por razones de seguridad y salud del personal, estos

excesos sobre la duración máxima de la jornada constituida por las jornadas ordinaria y complementaria, es decir, las 48 horas semanales. Finalmente, el centro deberá garantizar que se respetan en todo momento los principios generales de protección de la seguridad y salud laborales.

5.- PAUSAS Y DESCANSOS

Los artículos 50 a 54 y 58 de la Ley 55/2003 regulan el régimen de descansos y el régimen de descansos alternativos del personal estatutario. Se regula la pausa durante la jornada, el descanso diario, semanal, las vacaciones anuales y los descansos alternativos al diario y al semanal.

Cuando la duración de una jornada diaria sea superior a seis horas continuadas, se establecerá una **pausa o descanso** durante la misma de, al menos, quince minutos, supeditándose el momento de disfrute de este período de descanso al mantenimiento de la atención de los servicios. Parece razonable entender que este descanso debe disfrutarse a lo largo de la duración de la jornada continuada, y no permitir acuerdos en virtud de los cuales pueda acortarse la jornada total en 15 minutos. En cualquier caso, sólo la atención de los servicios podrá justificar un retraso o una suspensión del mismo.

Acercas de su consideración como tiempo de trabajo efectivo, establece el artículo 58.1 del Estatuto Marco que tal será su consideración “en la forma que esté establecido por norma, pacto o acuerdo, según corresponda”. Por tanto, la norma parece dejar claro que esta pausa tiene la consideración de tiempo de trabajo efectivo y que la concreción de la forma en la cual se computará como tal se remite a regulación convencional. Además, una interpretación sistemática de ese precepto en conexión con el siguiente (que excluye de tal consideración los períodos de descanso diario y semanal) confirma esta interpretación positiva. En sentido contrario, se ha opinado que en atención a lo dispuesto tanto en el artículo 4 de la Directiva 2003/88/CE, como en el propio artículo 34 LET, debe entenderse que esta pausa sólo tendrá la consideración de trabajo efectivo cuando así se esta-

²⁸ En este sentido, GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, I. y MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P.: “La ordenación del tiempo de trabajo del personal estatutario del Sistema Nacional de Salud”, *op. cit.* pág. 36.

²⁹ Debe entenderse por horas extraordinarias del personal estatutario las correspondientes a la jornada especial del artículo 49 Estatuto Marco. SALA FRANCO, T.: El Estatuto Marco del Personal Estatutario de los servicios de salud (Comentarios a la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, BOE de 17 de diciembre), *op. cit.*, pág. 79.

blezca por norma, pacto o acuerdo, según corresponda³⁰.

El **descanso diario** se establece en un período ininterrumpido de doce horas entre la finalización de una jornada de trabajo y el comienzo de la siguiente (art. 51.2 LEM), señalándose, sin embargo, una posible reducción del mismo, en los términos que exija la propia causa de justificación de la reducción, en los siguientes supuestos establecidos en el artículo 51.3 del Estatuto Marco: a) en primer lugar, en el caso de trabajo a turnos, cuando el personal cambie de equipo y no pueda disfrutar de descanso diario entre el final de la jornada de un equipo y el comienzo de la jornada del siguiente. b) Cuando se sucedan, en un intervalo inferior a doce horas, tiempos de trabajo correspondientes a jornada ordinaria, jornada complementaria o, en su caso, jornada especial, de modo que las jornadas se sucederán en perjuicio del descanso entre jornadas. La STJCE de 9 de septiembre de 2003 establecía que la reducción del descanso mínimo diario “no puede en ningún caso, tener por efecto que se sobrepase la duración máxima semanal de trabajo, determinada en el artículo 6 de la misma directiva, obligando a un trabajador a ejercer sus actividades durante más de 48 horas de promedio, incluidas las horas extraordinarias, durante cada período de 7 días, aun cuando éste incluya servicios de atención continuada que comprendan períodos en los que el trabajador, aunque se halle disponible en su lugar de trabajo, no realice actividades profesionales efectivas”.

Además, como se señaló ya con anterioridad, si se ha establecido una jornada de hasta 24 horas, el período mínimo de descanso ininterrumpido deberá ser ampliado mediante procesos de negociación sindical, ampliación que deberá tener en cuenta la necesidad de compatibilizar tales ampliaciones con las posibilidades de los servicios y las unidades afectadas.

Cuando se produzcan estos hechos se aplicará el régimen de compensación por medio de descansos

alternativos establecido en el artículo 54 del Estatuto Marco.

El **descanso semanal** se regula en el artículo 52 del Estatuto Marco, en virtud del cual, el personal tendrá derecho a un período mínimo de descanso ininterrumpido con una duración media de 24 horas semanales, que se sumarán al descanso diario de doce horas entre jornadas, por tanto, 36 horas semanales, y que será computado en un período de referencia de dos meses.

En el supuesto en que no se haya disfrutado del descanso mínimo semanal en el período de referencia establecido de dos meses, se producirá, igualmente, una compensación a través del régimen de descansos alternativos del artículo 54 del Estatuto Marco. Llama la atención que no se haya establecido la causa con base en la cual se puede no haber disfrutado del descanso, de hecho, ni siquiera se menciona que haya debido ser por razones justificadas, de modo que en este caso habrá que estar al poder de organización de la dirección o gerencia del centro y entender que, efectivamente, deben haber sido razones organizativas o asistenciales graves las que hayan impedido el disfrute del descanso semanal mínimo.

Tal régimen de descansos alternativos establece que la duración de los mismos no podrá ser inferior a la reducción experimentada. Y que se entenderá producido cuando se haya disfrutado, en cómputo trimestral, de un promedio semanal de 96 horas de descanso, incluyendo los descansos semanales disfrutados, computando para ello todos los períodos de descanso de duración igual o superior a 12 horas consecutivas. Las 96 horas son el resultado de la suma de los descansos mínimos diario y semanal (12 horas de descanso mínimo diario x 6 días + 24 horas de descanso mínimo semanal). Esta presunción parece indicar que, si bien la compensación por descansos alternativos se puede producir, y, de hecho, se presume que se produce, en un período trimestral en estas condiciones indicadas, nada parece impedir que pueda producirse en un período superior a los tres

³⁰ RODRÍGUEZ PASTOR, G.: “Jornada de trabajo, permisos y licencias en la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud”, *op. cit.*, pág. 23.

meses, cumpliendo el único requisito de que no podrá ser inferior a la reducción experimentada³¹.

El disfrute de estos descansos compensatorios no podrá ser sustituido por compensación económica, salvo en los casos de finalización de la relación de servicios o de las circunstancias que se pudieran derivar del hecho insular. Hecho insular que también ha de ser tenido en cuenta con vistas a una posible no aplicación o aplicación diferenciada del límite máximo de 150 horas anuales de jornada especial, de modo que debe entenderse referido a aquellos supuestos en los que el domicilio o lugar de descanso del personal se encuentre en una isla y su lugar de trabajo en el territorio peninsular o en otra isla, de modo que pueden llegar a darse casos en los que no sea físicamente posible disfrutar del descanso o contar con el personal que debe sustituir al trabajador que no ha podido disfrutar del descanso, en cuyo caso procederá la compensación económica, sin perjuicio de que deba concederse al trabajador un descanso adecuado en cuanto sea posible.

En virtud del artículo 58.2 Estatuto Marco los períodos de descanso diario y semanal y, en su caso, los descansos alternativos del artículo 54, no tendrán el carácter ni la consideración de trabajo efectivo, ni podrán en ningún caso ser tomados en consideración para el cumplimiento de la jornada ordinaria de trabajo. Esta tajante toma de postura del Estatuto Marco viene a zanjar algunas discusiones jurisprudenciales en virtud de las cuales el tiempo de descanso posterior a las guardias médicas realizadas en sábado ha sido considerado tiempo de trabajo a efectos del cómputo anual de la jornada. Con la actual redacción esta interpretación jurisprudencial ya no parece posible³².

³¹ RODRÍGUEZ PASTOR, G.: “Jornada de trabajo, permisos y licencias en la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud”, *op. cit.* pág. 24. *En contra de esta opinión*, GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, I. y MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P.: “La ordenación del tiempo de trabajo del personal estatutario del Sistema Nacional de Salud”, *op. cit.* pág. 44.

³² *Vid.* GONZÁLEZ SALINAS, P. y LIZARRAGA BONELLI, E. (Coord.): Comentarios a la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, *op. cit.*, págs. 736-737.

6.- VACACIONES ANUALES

El artículo 53 del Estatuto Marco contiene un régimen absolutamente laboral del descanso por vacaciones anuales, si bien, bastante parco y necesitado de desarrollo: las vacaciones anuales tienen la consideración de tiempo de descanso retribuido y su duración no será inferior a 30 días naturales, o al tiempo que corresponda en proporción al tiempo de servicios prestados. No podrá ser sustituido por una compensación económica más que en el caso de finalización de la prestación de los servicios. El instrumento en el que se establecerá el período de disfrute de las vacaciones será el que establezca la programación funcional del centro.

Será necesario desarrollar, por tanto, aspectos como el procedimiento de fijación del calendario de vacaciones, la forma de distribución entre el personal, la posibilidad de fraccionarlas en dos o más períodos, posibilidad que parece admitida en el propio Estatuto Marco al establecer en su artículo 53.2 “El período o períodos de disfrute...” o los conceptos retributivos que integran el salario del período vacacional³³.

Este período de vacaciones anuales retribuidas, así como los períodos de baja por enfermedad, serán neutros para el cálculo de los promedios previstos en el cómputo de la jornada ordinaria de trabajo en el artículo 47 del Estatuto Marco, para el cálculo de la jornada complementaria del artículo 48 LEM, para el cálculo del descanso semanal del artículo 52 LEM y para el cálculo de los descansos alternativos. Es decir, estos períodos de vacaciones o baja por incapacidad temporal no se incluirán en el cómputo del promedio de la jornada o del descanso de que se trate, de modo que tales períodos de referencia se verán ampliados en la duración de esta ausencia que no computa.

³³ *Con carácter general, sobre los diversos y posibles contenidos de la regulación autonómica de las condiciones de trabajo del personal sanitario de los servicios públicos y, en particular, sobre los diversos desarrollos en materia de jornada de trabajo y régimen de descansos*, *vid.* GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, I. y MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P.: “La ordenación del tiempo de trabajo del personal estatutario del Sistema Nacional de Salud”, *op. cit.* págs. 45-49.

7.- PERSONAL NOCTURNO Y A TURNOS

Las reglas relativas al tiempo de trabajo del personal nocturno y a turnos están contenidas en los artículos 55 y 56 del Estatuto Marco, sin que se contengan prescripciones especiales en relación con el régimen general, como sí se había establecido en la normativa anterior y en la sectorial. La jornada ordinaria de los trabajadores nocturnos, definidos con arreglo a lo dispuesto en el artículo 46.2, g) del Estatuto Marco, no excederá de 12 horas ininterrumpidas. Sin embargo, cuando así lo aconsejen razones organizativas o asistenciales, se podrán establecer jornadas de hasta 24 horas en determinados servicios o unidades sanitarias.

En materia de trabajo nocturno, o trabajo realizado por personal nocturno, la norma estatutaria es ciertamente parca, no habiendo recogido las cautelas y prescripciones contenidas en la Directiva europea como las relativas a la evaluación gratuita y periódica de su salud o la adopción de garantías específicas en materia de salud y seguridad laboral, quizás porque resultan obvias e innecesarias si se trata de trabajadores cuyo centro de trabajo es una institución pública de salud. Lo que sí resulta llamativo es que la jornada del personal nocturno se haya ampliado hasta las 12 horas o, en casos excepcionales, hasta 24 horas, cuando el artículo 8 de la Directiva 2003/88/CE establece 8 horas como media por cada período de 24. El artículo 17 de la Directiva permite excepciones a esta regulación, adoptadas mediante procedimientos legales, reglamentarios, administrativos o mediante convenios o acuerdos colectivos, sin embargo, se ha señalado acertadamente que la posibilidad de establecer jornadas excepcionales de 24 horas cae bajo el ámbito de responsabilidad del centro sanitario, y ese hecho sí que puede ir en contra del régimen de excepciones de la norma comunitaria³⁴.

Por su parte, la regulación del régimen del personal a turnos se remite a la jornada ordinaria del

artículo 47 LEM, a la complementaria del artículo 48 LEM, o bien, a la especial del artículo 49 del Estatuto Marco, es decir, la regulación de su régimen jurídico será la del personal ordinario. Los períodos de descanso son, también, los generales establecidos en el Estatuto Marco, incluidos los descansos compensatorios en caso de no haber disfrutado de los mínimos garantizados. Finalmente, se establece una cláusula en virtud de la cual este personal a turnos disfrutará de un nivel de protección de su seguridad y salud equivalente, como mínimo, al aplicable al restante personal del centro sanitario³⁵.

Una concreción de estas reglas y la adopción de medidas especiales de reducción de jornada en relación con la protección de la seguridad y salud del personal estatutario en estas materias será objeto de negociación en la Mesa sectorial.

8.- MEDIDAS ESPECIALES EN MATERIA DE SALUD PÚBLICA

El artículo 59 del Estatuto Marco contiene los supuestos en los cuales se pueden llegar a suspender las reglas relativas a la duración máxima de la jornada y los derechos a descansos y vacaciones por razones de orden excepcional o de emergencia. Sin embargo, se señala expresamente que tales medidas no podrán afectar a al personal que se encuentre en situación de permiso por maternidad o riesgo durante el embarazo.

Los supuestos posibles son dos: el primero de ellos se refiere a una posible suspensión transitoria de estos derechos cuando las autoridades sanitarias adopten medidas excepcionales sobre el funcionamiento de los centros sanitarios conforme a lo establecido en el artículo 29.3 de la Ley 14/1986, de 25

³⁴ ARETA MARTÍNEZ, M.: "Jornada y descansos diarios", en PALOMAR OLMEDA, A. y SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.): Comentarios a la Ley 55/2003, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, *op. cit.*, pág. 490.

³⁵ Como ponen de manifiesto MOLINA NAVARRETE, E. y MOLINA NAVARRETE, C.: "El nuevo marco de relaciones laborales del personal de los servicios de salud: las claves de su estatuto especial", *Revista Estudios Financieros, Trabajo y Seguridad Social*, nº 252, 2004, pág. 105, no es que deban ser equivalentes estas medidas en materia de seguridad y salud aplicables al personal a turnos, sino que deben ser incluso mayores, a tenor de los riesgos específicos de este tipo de trabajadores, que requieren una atención particularizada, sobre todo, tras la calificación de los médicos de atención primaria, así como de los especialistas concernidos en el conflicto, como personal a turnos en el sentido de la Directiva 93/104/CE, por parte de la STJCE de 3 de octubre de 2000 (TJCE 2000, 234).

de abril, General de Sanidad, siempre que tales medidas así lo justifiquen y por el tiempo estricto de su duración³⁶. La adopción de esta medida se comunicará a los órganos de representación del personal. Se trata de garantizar la atención sanitaria a la población en todo momento, de forma tal que en caso de colisión de intereses primará el interés general sobre el particular de los trabajadores.

En segundo lugar, se establece que las disposiciones en materia de jornada de trabajo y períodos de descanso podrán suspenderse en un determinado centro sanitario, por el tiempo imprescindible y mediante resolución adoptada previa consulta con los representantes del personal, cuando las circunstancias concretas que concurren en el centro hagan imposible el mantenimiento de la asistencia sanitaria a la población con los recursos humanos disponibles. En caso de que esta circunstancia llegue a producirse, se elaborará un plan urgente de captación de recursos humanos que permita restituir la normalidad en el mantenimiento de la asistencia sanitaria.

Nótese que en este segundo caso se requiere en la adopción de la medida la consulta al órgano de representación del personal, que permite una mínima negociación entre la gerencia o dirección del centro y los representantes de los trabajadores. La adopción de la medida en este caso es una clara consecuencia de una deficiencia en los recursos humanos del centro sanitario, y no una medida que tiene que ver con razones de salud pública, como el primero de los supuestos.

9.- JORNADA A TIEMPO PARCIAL

El artículo 60 del Estatuto Marco se refiere a la prestación de servicios a tiempo parcial, permitiendo que cada Servicio Público de Salud nombre personal estatutario, ya sea personal fijo o personal con relación temporal de servicios, para la prestación de servicios a jornada completa, o bien, en dedicación parcial, en el porcentaje, días y horario que en cada

³⁶ El artículo 29.3 de la Ley General de Sanidad establece "Cuando la defensa de la salud de la población lo requiera, las Administraciones sanitarias competentes podrán establecer regímenes temporales y excepcionales de funcionamiento de los establecimientos sanitarios".

caso, y atendiendo a las circunstancias organizativas, funcionales y asistenciales, se determine. Debe tratarse de una decisión justificada y amparada en las necesidades organizativas y asistenciales de cada centro sanitario.

La Disposición Adicional 14^o del Estatuto Marco recuerda que al personal estatutario con nombramiento a tiempo parcial le resultará de aplicación de Disposición Adicional séptima de la Ley General de la Seguridad Social, aprobada por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio y sus disposiciones de desarrollo, esto es, el RD 2064/1995, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento general sobre cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social y el RD 1131/2002, de 31 de octubre, por el que se regula la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial, así como la jubilación parcial (art. 26.4 LEM).

Se entenderá por prestación a tiempo parcial la prestación de servicios en un número de horas inferior a la jornada completa que determine cada Comunidad Autónoma, con el límite máximo del 75% de la jornada ordinaria en cómputo anual, o del que proporcionalmente corresponda si se trata de nombramiento temporal de menor duración, lo que permite acumular las horas de trabajo en períodos determinados, en caso de mayor carga de trabajo o de necesidades organizativas del centro, sin perjuicio de que resulten de aplicación las reglas generales sobre limitación del tiempo de trabajo³⁷, o bien, vincular personal a determinadas unidades, normalmente de apoyo, con contrataciones sucesivas, poniendo en peligro las reglas básicas de protección social³⁸.

Se ha fijado, por tanto, un parámetro temporal de medición del carácter parcial de la jornada que se remite a regulación autonómica y que admitirá, por ello, variaciones territoriales en función del desarrollo normativo que efectúe cada una de ellas, y que

³⁷ GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, I. y MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P.: "La ordenación del tiempo de trabajo del personal estatutario del Sistema Nacional de Salud", *op. cit.* pág. 38.

³⁸ Vid. SERRANO ARGÜELLO, N.: "Comentarios a la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, sobre el Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud. Una relación funcional especial bajo las sombras de su legado histórico", *op. cit.*, pág. 49 y cita n^o 97.

conjuga una disminución de la jornada ordinaria (recuérdese que ésta se fija en las normas, pactos o acuerdos que resulten de aplicación) que no puede superar el 75% de la misma, no de la jornada completa, con un período de comparación temporal, un año natural, de modo que sólo se permite el cómputo anual, no mensual o semanal. La prestación parcial de los servicios puede ser realizada tanto por personal que sólo realice jornada ordinaria, porque no presta servicios de atención continuada, como por personal que realice tanto jornada ordinaria, como complementaria e, incluso, especial, siendo así que en este caso, la reducción habrá de calcularse sobre la jornada ordinaria, porque así lo establece el artículo 60.2 del Estatuto Marco³⁹.

Cuando el puesto de trabajo que se oferte se haga en régimen de dedicación parcial, esta circunstancia se indicará clara y expresamente en las correspondientes convocatorias de acceso o de movilidad voluntaria y en los procedimientos de selección de personal temporal.

Aunque no obedecen a las mismas motivaciones, ni se refiere a supuestos similares, se hace una referencia en el artículo 64.4 del Estatuto Marco a la aplicación a este personal estatutario de los supuestos de reducción de jornada establecidos con carácter general a favor de los funcionarios públicos de la Comunidad Autónoma de que se trate en materia de conciliación de la vida laboral y familiar. Se trata de una referencia obvia e innecesaria, desde que se señala el carácter de relación funcional especial del personal estatutario, que se repite, también, en el artículo siguiente, referido a los permisos y licencias, y que en este punto se refiere a la reducción de jornada por lactancia o cuidado de un hijo menor de 9 meses y por razones de guarda legal de menores, discapacitados, enfermos o ancianos, que están actualmente regulados tanto en la Ley 30/1984 como en la normativa autonómica.

10.- FIESTAS Y PERMISOS

El artículo 61 del Estatuto Marco contiene el régimen de fiestas y permisos del personal estatutario, distinguiendo para ello dos supuestos principales: uno de ellos referido a la aplicación de lo establecido para los funcionarios públicos en la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de conciliación de la vida laboral y familiar de las personas trabajadoras y el otro referido a permisos, ya sea retribuidos, total o parcialmente, o no retribuidos, que pueden ser concedidos con motivo de la realización de estudios o para la asistencia a cursos de formación o participación en programas de cooperación. Además, se recuerda que el personal estatutario tendrá derecho a disfrutar del régimen de fiestas y permisos que se establezca en el ámbito de cada una de las Comunidades Autónomas.

Con respecto al primer supuesto, habrá que añadir los permisos por paternidad y maternidad del artículo 30.3 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública y las licencias por riesgo durante el embarazo del artículo 21.3 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, Texto Articulado aprobado por Decreto 315/1964, de 7 de febrero), así como tampoco puede dejar de mencionarse que en el seno de la Administración del Estado se cuenta con recientes medidas para conciliar la vida laboral y familiar en las Administraciones Públicas recogidas en la Orden del Ministerio para las Administraciones Públicas 3902/2005, de 15 de diciembre de 2005, por la que se dispone la publicación del Acuerdo de la Mesa General de Negociación por el que se establecen medidas retributivas y para la mejora de las condiciones de trabajo y la profesionalización de los empleados públicos (BOE de 16 de diciembre), acordado entre la Administración del Estado y las organizaciones sindicales UGT, CSI-CSIF y SAP. Este acuerdo presenta varios aspectos interesantes. El primero de ellos es que su eficacia personal abarca tanto al personal funcionario como al personal laboral, retomando la idea de la aproximación de regímenes jurídicos de este personal cuando no hay razones justificadas que aconsejen la diferenciación de regímenes. El segundo aspecto es que abarca materias tan diversas como la conciliación de la vida laboral y familiar, la protección con-

³⁹ Vid. VÁZQUEZ BELTRÁN, A.: "Tiempo de trabajo y personal estatutario de los Servicios de Salud: la problemática de la jornada a tiempo parcial", REDT, 2006, n° 129, pág. 116. RODRÍGUEZ PASTOR, G.: "Jornada de trabajo, permisos y licencias en la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud", op. cit. pág. 25, entiende que en este segundo caso habrá de aplicarse el porcentaje reductor a la suma de todas ellas.

tra la violencia de género y el establecimiento de una parte del horario de trabajo con carácter flexible, pero en este caso a favor del trabajador, al contrario de las flexibilizaciones a que nos ha acostumbrado la normativa laboral de los últimos años, de modo que se facilita con ello el atendimento de necesidades personales y familiares de los trabajadores, sin perjudicar con ello la prestación del servicio.

Con base en el tal Acuerdo, se ha adoptado en el seno de la Administración General del Estado el denominado Plan Concilia (Resolución de 20 de diciembre de 2005, de la Secretaría General para la Administración Pública, por la que se dictan instrucciones sobre jornada y horarios de trabajo del personal civil al servicio de la Administración General del Estado)⁴⁰.

Con respecto al segundo, habilita la norma estatutaria a las Comunidades Autónomas para que, en el ámbito de sus competencias, puedan conceder permisos en relación con dos tipos de supuestos:

a) Con motivo de la realización de estudios o para la asistencia a cursos de formación o especialización que tengan relación directa con las funciones de los servicios sanitarios e interés relevante para el servicio de salud. En este caso, los permisos podrán ser retribuidos total o parcialmente y podrá exigirse como requisito previo para su concesión el compromiso del interesado de continuar prestando servicios en la misma institución, centro, área o servicio de salud, durante los plazos que se establezcan, a contar desde la finalización del permiso, esto es, se puede establecer una especie de pacto de permanencia, cuyo incumplimiento implicará, a modo de indemnización, la devolución por parte del interesado de la parte proporcional que resulte procedente de las retribuciones percibidas durante el permiso. Sería aconsejable que la norma autonómica que regule este permiso establezca con claridad los términos del pacto y las consecuencias derivadas de su incumplimiento.

b) Con motivo de la asistencia a cursos o seminarios de formación, o para participar en programas acreditados de cooperación internacional o en actividades y tareas docentes o investigadoras sobre materias relacionadas con la actividad de los servicios de salud. En este caso, el permiso podrá ser parcialmente retribuido o no retribuido.

⁴⁰ Se contaba como antecedente con la Orden del Ministerio para las Administraciones Públicas de 7 de marzo de 2005, por el que se aprobó el Plan para la igualdad de género en la Administración General del Estado (BOE de 8 de marzo), que contiene medidas para promover la igualdad de género en el acceso al empleo público, para favorecer la promoción profesional de las empleadas públicas, para la conciliación de la vida personal, familiar y laboral y de actuación contra la violencia de género en la Administración General del Estado.

RETRIBUCIONES

María del Carmen Núñez Lozano
Profesora Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Huelva

I.- ANTECEDENTES.

El art. 84.1 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (LGS), como es sabido, había previsto la aprobación por el Gobierno de un Estatuto-Marco por el que se habría de regir el personal de la Seguridad Social regulado en el Estatuto Jurídico de Personal Médico de la Seguridad Social, en el Estatuto del Personal Sanitario Titulado y Auxiliar de Clínica de la Seguridad Social, en el Estatuto del Personal no Sanitario al Servicio de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social, el personal de las Entidades Gestoras que asuman los servicios no transferibles y los que desempeñen su trabajo en los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas .

El Estatuto-Marco había de contener la normativa básica aplicable en las materias que citaba el art. 84.2, entre ellas el sistema retributivo. Expresamente se preveía que las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de sus competencias, pudieran dictar normas de desarrollo de la legislación básica del régimen estatutario de los funcionarios (art. 85.2).

Como consecuencia de lo establecido en la LGS, el Ministerio de Sanidad y Consumo dio comienzo a la elaboración del correspondiente Anteproyecto. Sin embargo, los trabajos se interrumpieron a raíz de la STC 99/1987, de 11 de junio, que precisó las exigencias de la reserva de Ley en lo concerniente al Estatuto de la Función Pública.

Ello trajo consigo la aprobación del Real Decreto-Ley 3/1987, de 11 de septiembre, sobre Retribuciones del Personal Estatutario del Instituto Nacional de la Salud (RD Ley), que pretendió anticipar

un nuevo régimen retributivo del personal del Instituto Nacional de la Salud (INSALUD) , trasunto del sistema establecido por el art. 23 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública (LMRFP) , y que vino precedido de una serie de acuerdos entre el Ministerio de Sanidad y Consumo y diversas Centrales Sindicales .

El RD Ley estableció que el personal del INSA-LUD, incluido en los ámbitos de aplicación de los Estatutos jurídico del personal médico de la Seguridad Social, del personal sanitario no facultativo y del personal no sanitario de las instituciones sanitarias de la Seguridad Social, sólo podría ser remunerado

² En la Exposición de Motivos se indicaba que la nueva norma “permitirá satisfacer las remuneraciones del personal estatutario de las instituciones sanitarias de la Seguridad Social, dentro del actual ejercicio económico”; añadía que “se asegura así la continuidad y la correcta prestación de la asistencia sanitaria que, como servicio público, ha de garantizar la administración, al tiempo que se evita a los profesionales sanitarios los perjuicios económicos de un retraso en la aplicación del nuevo sistema, asegurando además que ningún personal afectado sufra una disminución en el total de sus actuales retribuciones”; finalizaba argumentando que “resultan evidentes las razones de urgente y extraordinaria necesidad que justifican la promulgación del presente Real Decreto-Ley, en orden a la inmediata regularización de las retribuciones del personal que presta servicios en las instituciones sanitarias del Instituto Nacional de la Salud que, en 1987, viene percibiendo, a cuenta, un incremento sobre las correspondientes a 1986 del 4,8 por 100”.

³ SAN 1/1994, de 13 de enero, Sala de lo Social (AS 1797). “Con orientación hacia la homogeneidad con las que rigen para los funcionarios públicos”, según se expresaba la STS de 29 de abril de 1993. Otras sentencias han destacado esta circunstancia: vid. vg. la STS de 1 de octubre de 1990, Sala de lo Social (RJ 7504); STS de 4 de julio de 1991, Sala de lo Social (RJ 5869); STS de 15 de febrero de 1993, Sala de lo Social (RJ 1170); STS de 30 de diciembre de 1994, Sala de lo Social (RJ 10526); STS de 28 de octubre de 1996, Sala de lo Social (RJ 7798).

⁴ Acuerdos de 25 de marzo de 1987, de 25 de abril de 1987 y de 9 de junio de 1987, ratificados por el Sindicato Gallego de Sanidad mediante Acuerdos de 19 y 23 de junio de 1987, cit. por PÉREZ GÁLVEZ, J. F. Comentarios al Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, Tomo II, Bosch, Barcelona, 2004, pp. 652 y 653; vid. también CODON HERRERA, A. y LIZARRAGA BONELLI, E., “Retribuciones del personal”, en Comentarios a la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, Thomson-Civitas, Navarra, 2005, p. 621.

¹ El precepto ha sido derogado expresamente por la Ley 55/2003.

por los conceptos que se determinaban en el mismo (art. 1). Al respecto, distinguió entre retribuciones básicas y retribuciones complementarias (art. 2.1). Las primeras eran el sueldo, los trienios y las pagas extraordinarias (art. 2.2). Las segundas, el complemento de destino, el complemento específico, el complemento de productividad y el de atención continuada (art. 2.3). Contemplaba además la percepción de las indemnizaciones correspondientes por razón del servicio y por residencia, así como la ayuda familiar (art. 2.4).

A efectos de la percepción de las retribuciones básicas, dispuso la clasificación de las diversas categorías del personal estatutario en cinco grupos (A, B, C, D y E), de acuerdo con la titulación académica exigida para el ingreso en ellas (art. 3), de modo coincidente con el art. 25 LMRFP. Por su parte, la Disposición Adicional efectuó la clasificación en dichos grupos del personal perteneciente a las categorías reconocidas en los entonces vigentes Estatutos; ello era necesario por cuanto que se previó (apartado primero de la Disposición Transitoria Segunda) que la cuantía de los sueldos, al menos para 1987, serían las establecidas en el art. 15.1.a) de la Ley 21/1986, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1987, que recogía las de los funcionarios del Estado incluidos en el ámbito de aplicación de la LMRFP⁵.

La regulación del RD Ley era ciertamente incompleta. En consecuencia, por previsión expresa

⁵ Este apartado también dispuso que las cuantías correspondientes a cada nivel de complemento de destino coincidirían con las previstas en la letra c) del art. 15.1) de la Ley 21/1986.

⁶ Las indemnizaciones por razón del servicio y por residencia y la ayuda familiar se habían de percibir en las cuantías y según el régimen regulado en sus disposiciones específicas (apartado tercero de la Disposición Transitoria Segunda). Por su parte, la Disposición Transitoria Tercera señaló que entre los criterios que habrían de tenerse en cuenta para la asignación del complemento de productividad se podría incluir, provisionalmente, la consideración de las retribuciones percibidas, de acuerdo con el anterior régimen retributivo, en el mismo puesto de trabajo y el módulo mínimo retributivo por grupos de clasificación.

La STS de 10 de marzo de 1993 [Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª (RJ 1933)], que anuló el Acuerdo del Consejo de Ministros de 15 de abril de 1988, por el que se aprobó la aplicación del régimen retributivo previsto en el RD Ley, señaló que éste "sólo establece criterios normativos muy generales, insusceptibles por sí solos de una aplicación a ningún supuesto concreto" (FD 2ª). En los mismos términos se han pronunciado CODON HERRERA, A. y LIZARRAGA BONELLI, E., ob. cit. p. 621.

del propio RD Ley⁷, fue seguido de una serie de acuerdos de desarrollo⁸, si bien el régimen retributivo previsto no se llegó a implantar plenamente, a raíz de que el Acuerdo del Consejo de Ministros de 18 de septiembre de 1987 precisara que el mismo no se aplicaba al personal de cupo y zona (núm 2 del Acuerdo); de este modo, a la aprobación del Estatuto Marco aún quedaba personal que percibía retribuciones por el sistema de cupo y zona⁹, situación ésta que también ha respetado el Estatuto.

Interesa destacar, por otra parte, que, aunque el RD Ley reguló sólo las retribuciones del personal del INSALUD, el Tribunal Supremo, salvo en alguna ocasión, lo ha venido considerando vinculante para

⁷ La Disposición Final Primera autorizó al Gobierno para adoptar los acuerdos y medidas precisos en orden a hacer efectivas las retribuciones del personal estatutario. El apartado 3 de la Disposición Final Segunda señaló que el Gobierno asignaría el nivel de complemento de destino a todos los puestos de trabajo, los complementos específicos que, en su caso, correspondiesen y las cuantías que hubieran de percibirse en concepto de atención continuada, determinando en cada supuesto la efectividad de las retribuciones para las diferentes categorías de personal, de conformidad con lo que preveía el apartado 2 de la misma Disposición.

⁸ Vid. una relación de los mismos en CODON HERRERA, A. y LIZARRAGA BONELLI, E., ob. cit., pp. 621 y 622. Vid. también la STSJ de Canarias, Santa Cruz de Tenerife, de 10 de julio de 1992, Sala de lo Social (AS 3762). Como se ha señalado en la nota núm. 6, la STS de 10 de marzo de 1993 declaró la nulidad del Acuerdo del Consejo de Ministros de 15 de abril de 1988, por entender que tenía naturaleza normativa y que se habían vulnerado las normas de elaboración de las disposiciones de carácter general.

Ha de notarse, en relación con el complemento de atención continuada, que aunque el Acuerdo del Consejo de Ministros de 18 de septiembre de 1987 (BOE 29 de abril de 1988) fijó las cuantías correspondientes al mismo, también previó que el Ministerio de Sanidad y Consumo determinara las condiciones de prestación de los servicios para su percepción, de modo que se entendió que hasta entonces no podría hacerse efectivo y que entre tanto los servicios prestados fuera de la jornada establecida habían de ser retribuidos de acuerdo con el anterior sistema de guardias médicas (vid. destacadamente la STS de 4 de julio de 1991, cit.).

⁹ Vid. al respecto la STS de 24 de mayo de 1991, Sala de lo Social (RJ 3923). Sin embargo, la STS de 4 de mayo de 1995, Sala de lo Social (RJ 3744), al negar que los trienios de este personal pudieran incrementarse con los aumentos previstos en las Leyes de Presupuestos, matizó que "ni la disposición final del Real Decreto-Ley, ni el apartado segundo del anexo B) de la Resolución de 25 abril 1988 pueden justificar que al personal estatutario al servicio del INSALUD no les sea aplicable el Real Decreto-Ley 3/1987 por más que la falta de desarrollo adecuado del mismo permita que no se abonen a algunos colectivos, como los actores, las retribuciones complementarias en los términos prevenidos en el apartado tercero del artículo segundo".

¹⁰ Señala la Disposición transitoria tercera que "en la forma, plazo y condiciones que en cada servicio de salud, en su caso, se determine, el personal que percibe haberes por el sistema de cupo y zona se podrá integrar en el sistema de prestación de servicios, de dedicación y de retribuciones que se establece en esta ley".

las Comunidades Autónomas con competencias en materia de sanidad, con distintas argumentaciones y diferente alcance también .

¹¹ Al respecto, reviste interés en primer lugar la STS de 28 de diciembre de 1990 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 9ª, RJ 10243), que señaló que el art. 149.1.18 CE no podía fundamentar la competencia básica del Estado para fijar los límites cuantitativos de las retribuciones básicas del personal al servicio del INSALUD, I.C.S y RASSA, por no merecer el personal la consideración de funcionario. Si afirmó, en cambio, que tal competencia se basaba en el art. 149.1.16, como habían entendido los arts. 2 y 84 LGS. La sentencia concluyó que al no haberse dictado el Estatuto Marco, la Orden del Ministerio de Sanidad y Consumo de 8 de agosto de 1986, por la que se fijaron las retribuciones del personal dependiente de INSALUD, I.C.S y RASSA, debía ocupar su lugar en cuanto a la fijación de los límites cuantitativos de las retribuciones básicas; añadió que a la misma conclusión se llegaba por aplicación supletoria del art. 24 LMRFP, conforme al art. 1.5 de la misma.

La STS de 31 de julio de 1991 (Sala de lo Social, RJ 6413), por su parte, consideró que el RD Ley se limitaba a regular las remuneraciones del personal del INSALUD, de modo que sus disposiciones sólo podían aplicarse a los médicos del Servicio Andaluz de Salud “o bien por remisión expresa a ellas de las normas dictadas por la Junta de Andalucía con la finalidad específica de configurar y fijar estas retribuciones, o en tanto no se hayan dictado estas normas autonómicas”.

Sin embargo, la STS de 14 de noviembre de 1992 (Sala de lo Social, RJ 9286), que recordó que el art. 84 LGS se refería también al personal que desempeñaba su trabajo en los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas y que en él se precisaba que el Estatuto Marco había de contener la normativa básica aplicable en materia de sistema retributivo, dio por supuesto el carácter básico del RD Ley y señaló la competencia de la Comunidad Autónoma para fijar la cuantía del complemento de atención continuada y determinar las condiciones de prestación de los servicios para la percepción del mismo, por no insertarse estos extremos en el ámbito propio de la normativa básica. Añadió también que a la misma conclusión abocaba la comparación con lo establecido en la LMRFP.

La sentencia ya citada de la Audiencia Nacional 1/1994, de 13 de enero, en cambio, empleó otros argumentos para considerar competentes a las CC.AA. de Cataluña, País Vasco, Navarra, Galicia, Andalucía y Valencia para fijar las retribuciones. Así, precisó que el art. 23 LMRFP era aplicable al personal sanitario estatutario; en cambio, no lo era, por no tener carácter básico, el RD Ley al personal sanitario transferido a las CC.AA. Estas Comunidades, hasta que no se aprobara el Estatuto Marco, podían fijar sus retribuciones, diferentes de las del INSALUD y en distinta cuantía, con base en el principio de autonomía financiera consagrado por el art. 156.1 CE, si bien con respeto a los principios básicos de la LMRFP y al límite máximo permitido en la Ley de Presupuestos (en el F.D. 5º de la sentencia, en cambio, se alude a los mínimos fijados por el RD Ley).

La sentencia anterior fue objeto de recurso de casación, resuelto por la STS de 2 de noviembre de 1995 (Sala de lo Social, RJ 8671). Interesa subrayar que aunque el Tribunal desestimó el recurso, de su sentencia se desprenden, explícita o implícitamente, algunas matizaciones a la sentencia de la Audiencia Nacional. Así, ratificó la competencia de las CC.AA. para fijar distinto nivel de retribuciones, pero en cambio omitió un pronunciamiento semejante respecto de los conceptos retributivos (la Audiencia Nacional había afirmado la competencia para fijar las retribuciones de forma diferente al INSALUD; el Tribunal Supremo, en cambio, señaló que la expresión “sistema retributivo” que empleaba el art. 84 LGS se refería a la composición y articulación de los conceptos que integraban la remuneración). Por otra parte, puntualizó que el régimen estatutario de los funcionarios públicos tenía valor supletorio para el personal médico de la Seguridad Social.

Por último, procede destacar la STS de 14 de abril de 1994 (Sala de lo Social, RJ 6540), acaso la más clarificadora sobre esta materia. En

No obstante lo expuesto, es preciso reconocer que diversas CC.AA. han interpretado con mucha flexibilidad el alcance de su sujeción a las bases contenidas en el RD-Ley, de modo que han adoptado una estructura retributiva distinta, con inclusión de conceptos formalmente diferentes de los establecidos en la disposición básica ¹² .

Para finalizar, debe tenerse presente que aunque el RD Ley ha sido formalmente derogado por la Disposición Derogatoria única 1.a) del Estatuto, la Disposición Transitoria sexta del mismo, sobre la aplicación paulatina de la Ley, señala que “las previsiones de los arts. 40 y 43 entrarán en vigor, en cada servicio de salud, cuando así se establezca en las normas a que se refiere el art. 3. En tanto se produce tal entrada en vigor se mantendrán vigentes, en cada servicio de salud ¹³ y sin carácter básico, las normas

primer término, señaló que la materia relativa al régimen jurídico del personal estatutario al servicio de las instituciones sanitarias de la Seguridad Social es materia propia de la función pública, aunque sometida a un tratamiento especial para adecuarla a las peculiaridades que presenta la prestación de servicios sanitarios. Añadió que mientras no se aprobase el Estatuto Marco mediante norma de rango adecuado, la delimitación entre el ámbito propio de la legislación básica estatal y el del desarrollo legislativo de la Comunidad Autónoma había de regirse por los criterios generales establecidos para la función pública en el art. 1.3 LMRFP, que considera normas básicas las bases del régimen de retribuciones contenidas en los arts. 23 y 24 de la Ley, cuyo equivalente se estableció en el art. 2 del RD Ley. En consecuencia, afirmó que la estructura del precepto citado, con el carácter de *numerus clausus*, era vinculante para las CC.AA. con competencia normativa en la materia, que habían de respetarla en su desarrollo legislativo.

¹² Vid. vg. la Ley Foral 11/1992, de 20 de octubre, de Régimen del Personal Adscrito al Servicio Navarro de Salud.

El Tribunal Supremo, en diversas ocasiones, se ha referido a complementos retributivos autonómicos distintos de los recogidos en el RD Ley sin sentenciar su invalidez por falta de competencia de la Comunidad Autónoma. Pueden citarse al respecto las sentencias de 20 de octubre de 1992 (RJ 7661), 25 de octubre de 1993 (RJ 8066), 14 de abril de 1994 (cit.) y 12 de julio de 1994 (RJ 6559), entre otras. Pero en mi opinión, esta circunstancia no puede interpretarse como reveladora del reconocimiento de la validez de la regulación autonómica (como en cambio sostiene LANDA ZAPIRIAIN, J. P., La reforma de la sanidad pública y del régimen jurídico de su personal, CES, Madrid, 1999, pp. 232 y 233). Y es que ha de tenerse en cuenta que tales sentencias proceden de la Sala de lo Social, sin jurisdicción para fallar la invalidez de las disposiciones autonómicas, y que en los correspondientes procesos no se recurrieron las disposiciones autonómicas (como aclaraban las SSTS de 14 de abril y de 12 de julio de 1994 citadas) ni se reclamaba el abono de los complementos autonómicos; por el contrario, se solicitaba la declaración del derecho a las retribuciones fijadas por el RD Ley.

¹³ Repárese en la Disposición Adicional octava, a tenor de la cuál se considera incluido entre los servicios de salud “el órgano o la entidad gestora de los servicios sanitarios de la Administración General del Estado”.

previstas en la disposición derogatoria única 1.b)¹⁴ o las equivalentes de cada comunidad autónoma”. Ello explica el que las Leyes de Presupuestos Generales del Estado se refieran todavía al “personal incluido en el ámbito de aplicación del Real Decreto-Ley 3/1987, de 11 de septiembre”¹⁵; de igual modo se expresan las Comunidades Autónomas¹⁶.

II. ASPECTOS GENERALES.

II.1. El sistema retributivo diseñado en el Estatuto Marco. El alcance de las competencias autonómicas respecto de las retribuciones complementarias.

El Estatuto Marco dedica su Capítulo IX a las retribuciones del personal estatutario, diseñando un sistema retributivo que pretende responder a los principios de cualificación técnica y profesional (art. 41.1)¹⁷.

El sistema que establece parte, en sintonía con la LMRFP, de la distinción entre retribuciones básicas y retribuciones complementarias.

Respecto de las retribuciones básicas (sueldo, trienios y pagas extraordinarias), el criterio rector del Estatuto es el de asegurar el mantenimiento de un modelo común en relación con las mismas (art. 41.1). Por ello se dispone que tales retribuciones y las cuan-

tías del sueldo y los trienios serán iguales en todos los servicios de salud y se determinarán, cada año, en las correspondientes Leyes de Presupuestos¹⁸. Se añade que dichas cuantías de sueldo y trienios coincidirán igualmente con las establecidas cada año en las correspondientes Leyes de Presupuestos Generales del Estado para los funcionarios públicos (art. 42.2).

Ha de notarse que el Estatuto no exige que la cuantía de las pagas extraordinarias sea coincidente¹⁹, puesto que, como veremos, sus componentes tienen carácter de mínimo y, por otra parte, se prevé que la decimo-cuarto parte del complemento de destino anual forme parte de la paga extraordinaria, siendo este complemento una retribución complementaria cuya cuantía puede fijar la Comunidad Autónoma o el Estado en el ámbito de sus servicios de salud²⁰. Estas circunstancias determinan también que la cuantía pueda ser distinta a la que perciban los funcionarios sujetos a la LMRFP, si bien este extremo será abordado con más detalle en la parte dedicada a las pagas extraordinarias.

En otro orden de cuestiones, las retribuciones complementarias reflejan el carácter descentralizado del Sistema Nacional de Salud, si bien no resulta sencillo determinar el espacio que realmente deja el Estatuto a las Comunidades Autónomas y al propio Estado²¹, puesto que contiene prescripciones un tanto contradictorias.

¹⁴ El RD Ley y las disposiciones y acuerdos que lo complementan y desarrollan.

¹⁵ Arts. 30.2 de la Ley 61/2003, de 30 de diciembre, de la Ley 2/2004, de 27 de diciembre y de la Ley 30/2005, de 29 de diciembre.

¹⁶ Vid. vg. el punto primero del Acuerdo entre la Administración Sanitaria de la Comunidad Autónoma de Canarias y las organizaciones sindicales del sector, celebrado en el marco de la Mesa Sectorial de Sanidad, sobre ordenación retributiva del personal estatutario de los Grupos C, D y E del Servicio Canario de Salud, aprobado por Acuerdo del Consejo de Gobierno de 1 de junio de 2005, incorporado como Anexo II de la Resolución de 7 de junio de 2005 (Boletín Oficial de Canarias 2005/115, de 14 de junio). Vid. también la Resolución 300/05, de 16 de mayo, de la Dirección General de Personal y Desarrollo Profesional, sobre retribuciones del personal de centros e instituciones sanitarias del SAS para el ejercicio 2005.

¹⁷ En consecuencia, y como se verá más adelante, el art. 42 prevé que el sueldo y los trienios sean distintos para cada categoría en función del título exigido para su desempeño, lo que incide también en las pagas extraordinarias.

¹⁸ Vid. el F.J. 3º de la STC 103/1997.

¹⁹ Se aparta así del art. 24.1 LMRFP, que con carácter básico (STC 103/1997, de 22 de mayo) establece que “las cuantías de las retribuciones básicas serán iguales en todas las Administraciones Públicas para cada uno de los grupos en que se clasifican los cuerpos, escalas, categorías o clases de funcionarios”. Sobre ello volveremos más adelante.

²⁰ Nótese que tan solo se divide la cantidad anual del complemento de destino entre catorce y se abona la decimo-cuarto parte del mismo en cada paga extraordinaria.

²¹ En la medida en que el Estado, respecto del personal estatutario de su servicio de salud, ostenta la misma posición que las CC.AA. respecto de los suyos.

Así, comienza por fijar los principios a los que se orientan prioritariamente dichas retribuciones complementarias: la motivación del personal, la incentivación de la actividad y la calidad del servicio, la dedicación y la consecución de los objetivos planificados (art. 41.2). En ello abunda el art. 43.1, a tenor del cuál tales retribuciones son fijas o variables y van dirigidas a retribuir la función desempeñada, la categoría, la dedicación, la actividad, la productividad y cumplimiento de objetivos y la evaluación del rendimiento y de los resultados.

Prima facie, podría considerarse que la enumeración de estos principios cumplen la finalidad de guiar el desarrollo legislativo del Estatuto. Serían así las directrices básicas conforme a las cuáles el Estado y las CC.AA. habrían de diseñar su catálogo de retribuciones complementarias. Corroborando esta interpretación la afirmación expresa de que el mantenimiento de un modelo común se persigue con las retribuciones básicas, sin que se mencione nada al respecto para las complementarias y, sobre todo, la indicación de que sus conceptos, cuantías y criterios para su atribución se han de determinar en el ámbito de cada servicio de salud. (art. 43.1).

De este modo, correspondería a cada Comunidad y al Estado establecer sus retribuciones complementarias, las que fueren y en la cuantía que considerasen, así como los criterios para su atribución, con tal de que respondieran a los principios que como directrices fijan los arts. 41.2 y 43.1.

Sin embargo, el art. 43.2 del Estatuto dificulta este entendimiento del margen de desarrollo que corresponde a las Comunidades Autónomas y al propio Estado, pues establece un elenco de las retribuciones complementarias (complemento de destino, complemento específico, complemento de productividad, complemento de atención continuada y complemento de carrera), las

define y señala que, precisamente, tales retribuciones podrán ser las que relaciona.

Como fácilmente se comprende, no se aviene bien la fijación de unos principios, a modo de directriz básica, con la enumeración y definición de las retribuciones que a la postre se podrán fijar. Máxime si se repara que en la definición de una retribución básica, cual es la paga extraordinaria, se introduce la referencia a una retribución complementaria, que es el complemento de destino. La simetría además con la regulación de la LMRFP termina por conducir a la conclusión de que el margen dejado a las CC.AA. y al Estado en cuanto titular de su servicio de salud no es tan amplio como en principio cabría suponer. A la postre, las Comunidades o el Estado podrán prever todas o algunas de las retribuciones complementarias que relaciona el art. 43.2 (salvo el complemento de destino, por su vinculación a las pagas extraordinarias), con diferente denominación incluso, establecer peculiaridades o aspectos singulares respecto de las mismas²², en el marco de los principios enunciados en los arts. 41.2 y 43.1 y, eso sí, fijar sus cuantías²³. Esta interpretación se fortalece si se repara en que el Estatuto permite la asignación de complementos específicos distintos, por circunstancias dife-

²² Como puede ser, por ejemplo, la distinción de "modalidades", la diferenciación entre "factor fijo" y "factor variable" o incluso la previsión de diferentes complementos encuadrables, no obstante, en las categorías que recoge el art. 43.2 del Estatuto que, no se olvide, es norma básica, lo que implica que puede ser desarrollado por las CC.AA. y por el Estado.

²³ En la STS de 14 de noviembre de 1992 (cit.) se señalaba, respecto del complemento de atención continuada, que "cuestiones como la cuantía del complemento cuestionado y la determinación de las <<condiciones de prestación de los servicios para la percepción de este concepto retributivo>> no se insertan en el ámbito propio de la normativa básica, sino en su desarrollo y concreción, como puede deducirse de la propia circunstancialidad (por razones de tiempo y lugar) inherente a la referida determinación de las condiciones de prestación de los servicios, que propicia el que haya de excluirse la consideración de que se está ante temas nucleares y unitarios del régimen jurídico retributivo". También en la STS de 2 de noviembre de 1995 (cit.) entre otras que pudieran traer a colación, se indicaba que en el sistema retributivo no se incluía la cuantía o nivel de la remuneración global.

rentes, a un mismo puesto²⁴, lo que no tendría mucho sentido si se pudieran fijar otras retribuciones complementarias.

El resultado no es, en definitiva, formalmente muy diferente del alcanzado con el RD Ley, cuyo repertorio de retribuciones fue calificado de *numerus clausus*²⁵. No obstante, sí debe elogiarse la explicitación de principios en los arts. 41.2 y 43.1, pues no cabe duda que facilitarán la interpretación y aplicación de la normativa e instrumentos que regulen y establezcan las distintas retribuciones complementarias.

Por último, ha de tenerse en cuenta que aun cuando las CC.AA. puedan fijar la cuantía de las retribuciones complementarias, se encuentran limitadas por la competencia estatal para establecer los topes máximos globales al incremento del volumen global de las retribuciones de los empleados públicos, que obviamente vinculan al mismo Estado respecto de su personal estatutario (SSTC 63/1986, de 21 de mayo; 96/1990, de 24 de mayo; 237/1992, de 15 de diciembre; 385/1993, de 23 de diciembre; 171/1996, de 30 de octubre; STC 103/1997, de 22 de mayo).

II.2. Otras cuestiones generales.

Entre los criterios generales que recoge el art. 41 se encuentran dos precisiones sobre la deducción de haberes y también una previsión sobre la necesaria

adecuación de las retribuciones a lo que dispongan las Leyes de Presupuestos.

Así, en primer término, el art. 41.5 del Estatuto dispone que, sin perjuicio de la sanción disciplinaria que, en su caso, pueda corresponder, la parte de jornada no realizada por causas imputables al interesado dará lugar a la deducción proporcional de haberes, que no tendrá carácter sancionador. Añade el art. 41.6 que quienes ejerciten el derecho de huelga no devengarán ni percibirán las retribuciones correspondientes al tiempo en que hayan permanecido en esa situación, sin que la deducción de haberes que se efectúe tenga carácter de sanción disciplinaria ni afecte al régimen de sus prestaciones sociales (art. 41.6).

El último inciso del art. 41.5 es coherente con la derogación del art. 31.2 LMRFP por el art. 36 de la Ley 31/1991, de 30 de diciembre. Por lo que concierne al art. 41.6, tal previsión se encuentra igualmente en la Disposición Adicional duodécima de la LMRFP. En ambos casos, para la valoración del tiempo en que no se ha trabajado ha de acudirse al art. 36 citado, que respecto de la deducción proporcional de haberes en caso de diferencia en cómputo mensual entre la jornada reglamentaria de trabajo y la efectivamente realizada por el funcionario, señala que para el cálculo del valor hora aplicable en dicha deducción se tomará como base la totalidad de las retribuciones íntegras mensuales que perciba el funcionario dividida entre el número de días naturales del correspondiente mes y, a su vez, este resultado por el número de horas que el funcionario tenga obligación de cumplir, de media, cada día²⁶.

²⁴ Art. 43.2.b), sobre el que después volveremos.

²⁵ STS de 14 de abril de 1994 (cit.) PÉREZ GÓMEZ, J. M^a y PÉREZ LÓPEZ, R. consideran que las retribuciones complementarias tienen en el Estatuto carácter de *numerus apertus*, habida cuenta que se utilizar el verbo "podrán" en vez de "deberán ser" (vid. "Régimen jurídico del personal estatutario del Sistema Nacional de Salud", Revista Derecho y Salud vol. 13, núm 2, 2005, p. 201). En mi opinión, se trata de un catálogo cerrado dentro del cuál se puede elegir, en su caso; de ahí que considere que el repertorio de retribuciones complementarias constituye un *numerus clausus*. En igual sentido vid. PALOMAR OLMEDA, A. y VÁZQUEZ GARRANZO, J. Personal Estatutario del Sistema Nacional de Salud, Thomson-Civitas, Navarra 2006, p. 487.

De todas formas, habría que tener en cuenta que la enumeración de retribuciones del art. 43.2, unida a la posibilidad de establecer aspectos singulares respecto de las mismas, determina que en la práctica el margen de actuación de las CC.AA. y del Estado sea mucho más amplio de lo que puede sugerir la caracterización del elenco como un *numerus clausus*.

²⁶ Decía el art. 31.2 LMRFP que las faltas de puntualidad y las de asistencia, cuando constituyesen faltas leves, se sancionarian con la deducción proporcional de las retribuciones.

²⁷ Redacción dada por el art. 102.2 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social. CASTILLO BLANCO, F. A., con cita de la STS de 17 de diciembre de 1991, ha defendido, para el supuesto de huelga, la aplicación de los criterios del Ordenamiento laboral (Vid. El sistema retributivo en la Función Pública española, Marcial Pons, Madrid, 2002, pp. 134 ss.). En Andalucía, v.g., la Resolución 300/05, de 16 de mayo, de la Dirección General de Personal y Desarrollo Profesional, sobre retribuciones del personal de centros e instituciones sanitarias del SAS para el ejercicio 2005, parte de la aplicación del art. 36 y establece los criterios que han de tenerse en cuenta.

Por lo que respecta a la necesaria adecuación de las retribuciones a lo que dispongan las Leyes de Presupuestos (art. 41.3), el mandato se refuerza con lo previsto en el art. 41.4, que señala que el personal estatutario no podrá percibir participación en los ingresos normativamente atribuidos a los servicios de salud como contraprestación de cualquier servicio.

III. RETRIBUCIONES BÁSICAS.

III.1. El sueldo.

Dispone el art. 42.1.a) que el sueldo será asignado a cada categoría en función del título exigido para su desempeño conforme a lo previsto en los arts. 6.2 y 7.2 de la Ley (art. 42.1.a).

Recordemos que el art. 6.2 clasifica el personal estatutario sanitario, atendiendo al nivel académico del título exigido para el ingreso, en personal de formación universitaria y personal de formación profesional, distinguiendo a su vez en la primera clase entre licenciados con título de especialista en Ciencias de la Salud, licenciados sanitarios, diplomados con título de Especialista en Ciencias de la Salud y diplomados sanitarios. El personal de formación profesional se clasifica en técnicos superiores y técnicos.

Por su parte, el art. 7.2 clasifica el personal estatutario de gestión y servicios en: 1) personal de formación universitaria, distinguiendo entre licenciados universitarios o personal con título equivalente y diplomados universitarios o personal con título equivalente; 2) personal de formación profesional, ya sean técnicos superiores o personal con título equivalente o técnicos o personal con título equivalente; y 3) otro personal.

Al respecto, ha de tenerse en cuenta también que según la Disposición Transitoria Segunda, en tanto se mantenga la clasificación general de los funcionarios públicos y los criterios de equivalencia de las titulaciones establecidos en el art. 25 de la LMRFP, el personal estatutario, a efectos retributivos y funcionales, tendrá la siguiente equiparación: a) El personal a que se refiere el art. 6.2.a). 1.º y 2.º, al grupo

A; b) El personal a que se refiere el art. 6.2.a). 3.º y 4.º, al grupo B; c) El personal a que se refiere el art. 6.2.b). 1.º, al grupo C; d) El personal a que se refiere el art. 6.2.b). 2.º, al grupo D; e) El personal a que se refiere el art. 7.2.a). 1.º, a). 2.º, b). 1.º, b). 2.º y c), a los grupos A, B, C, D y E, respectivamente.

III.2 Los trienios.

Los trienios consisten en una cantidad determinada para cada categoría, en función del título exigido para su desempeño, por cada tres años de servicios. Su cuantía es la establecida para la categoría a la que pertenezca el interesado el día en que se perfeccionó (art. 42.1.b).

El Estatuto no contiene ninguna referencia al importe de los trienios reconocidos al personal que a la entrada en vigor del RD Ley tenía la condición de personal estatutario fijo, ni tampoco al importe del primer trienio que totalizara dicho personal a partir de la entrada en vigor del mismo. El RD Ley, en consonancia con la LMRFP, estableció la cuantía de los trienios en una cantidad fija, que se determinaba cada año en la Ley de Presupuestos Generales del Estado, inferior a la que resultaba del sistema retributivo anterior. De ahí que su Disposición transitoria segunda 2 estableciera que el importe de los trienios reconocidos al personal que a la entrada en vigor del RD Ley tuviera la condición de personal estatutario fijo se mantendría en las cuantías vigentes con anterioridad y que el primer trienio que totalizara dicho personal a partir de la entrada en vigor de la disposición lo sería en dichas cuantías. Este criterio se reiteró en las sucesivas Leyes de Presupuestos, que sistemáticamente dejaron a salvo lo previsto en la Disposición transitoria segunda 2 del RD Ley. Interesa destacar que el Tribunal Supremo rechazó, en repetidas ocasiones, la pretensión de que el importe de tales trienios se actualizara conforme a los incrementos señalados en las Leyes de Presupuestos para los trienios posteriores totalizados de conformidad con el art. 2.2.b) del RD Ley, precisamente porque las citadas Leyes de Presupuestos Generales no olvidaron efectuar la correspondiente mención de la Disposición

sición transitoria segunda ²⁸. Tras la entrada en vigor del Estatuto las Leyes Generales de Presupuestos han continuado dejando a salvo lo dispuesto en la ²⁹Disposición Transitoria segunda 2 del RD Ley, de modo que en la actualidad tales trienios se siguen percibiendo en la cuantía señalada por la Disposición transitoria citada y que, como antaño, no son actualizables.

Por último, en materia de trienios ha de tenerse en cuenta también lo dispuesto en el RD 1181/1989, de 29 de septiembre, por el que se aprueban las normas para la aplicación de la Ley 70/1978, de 26 de diciembre, de reconocimiento de servicios previos en la Administración Pública al personal estatutario ³⁰.

²⁸ STS de 10 de febrero de 1994, Sala de lo Social (RJ 868); STS de 16 de febrero de 1994, Sala de lo Social (RJ 1055); STS de 26 de febrero de 1994, Sala de lo Social (RJ 1526); STS de 10 de marzo de 1994, Sala de lo Social (RJ 2283); STS de 26 de mayo de 1995, Sala de lo Social (RJ 4449). La STS de 26 de febrero de 1994 explicitó que “resulta clara ... en el nuevo sistema retributivo la voluntad del legislador en reducir en buena medida el antiguo montante mensual de los trienios del personal estatutario de la Seguridad Social, abonándose con este sistema por tal concepto cantidades inferiores a las que se satisfacían anteriormente ... Por ello, el legislador se cuidó de disponer que el importe de los viejos trienios permanezca inalterable desde la vigencia del Real Decreto-ley aludido, para de este modo ir reduciendo las diferencias de cuantía existentes entre unos y otros”.

Conviene hacer notar que, respecto de la actualización de los trienios del personal de cupo y zona, el Tribunal Supremo ha mantenido una postura oscilante, si bien los fallos más recientes se han pronunciado a favor de esta pretensión [Vid. la STS de 5 de octubre de 1999, Sala de lo Social (RJ 7871); STS de 24 de julio de 2002, Sala de lo Social (RJ 10575); STS de 13 de marzo de 2003, Sala de lo Social (RJ 4501)].

²⁹ Arts. 30 de la Ley 61/2003, de 30 de diciembre, de la Ley 2/2004, 27 de diciembre y de la Ley 30/2005, de 29 de diciembre. Vid. también, por ejemplo, la instrucción primera A).2 de la Resolución 300/05, de 16 de mayo, de la Dirección General de Personal y Desarrollo Profesional, sobre retribuciones del personal de centros e instituciones sanitarias del SAS para el ejercicio 2005, que más explícitamente señala, respecto del premio de antigüedad, que “de conformidad con lo establecido en la disposición transitoria segunda del Real Decreto-Ley 3/1987 y la jurisprudencia que la interpreta, el importe del premio de antigüedad reconocido al personal que a la entrada en vigor del Real Decreto-Ley tenía la condición de personal estatutario fijo, se ha de mantener en las cuantías entonces vigentes. Este premio de antigüedad así reconocido al personal estatutario fijo no es revalorizable ni absorbible y se abona en 14 pagas”.

³⁰ Sobre la aplicación del RD en las CC.AA., vid. las SSTS de 21 de marzo de 1996 (Sala de lo Social, RJ 2305) y 9 de abril de 2001 (Sala de lo Social, RJ 4889), que consideraron aplicable el RD al personal de la Comunidad de Andalucía y de Valencia, respectivamente, en virtud del art. 149.3 CE.

La STS de 11 de abril de 1995 (Sala de lo Social, RJ 3041) consideró que los trienios reconocidos a partir del RD Ley por servicios prestados antes del mismo se habían de retribuir conforme disponía el propio RD Ley. Vid. también la SSTS de 21 de marzo de 1996 (cit.) y 11 de abril de 2000 (Sala de lo Social, RJ 3433).

III.3 Las pagas extraordinarias.

Las pagas extraordinarias son dos al año, que se devengan preferentemente en los meses de junio y diciembre. El importe es como mínimo una mensualidad del sueldo y trienios, más la decimocuarta parte del importe anual del complemento de destino [art. 42.1.c)] ³¹.

No obstante, las Leyes de Presupuestos Generales del Estado a partir de 2002 ³² contienen una precisión, de carácter básico ³³, sobre el importe de las pagas extraordinarias que desvirtúa lo prescrito en el Estatuto y que a la postre incluso desdibuja un tanto la fisonomía de las mismas.

En efecto, la Ley 52/2002, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado, incluyó en la paga extraordinaria de los funcionarios en servicio activo a los que resultase de aplicación el régimen retributivo de la LMRFP el 20 por ciento del complemento de destino mensual; la Ley 61/2003, de 30 de diciembre, subió el porcentaje al 40 por ciento; la Ley 2/2004, de 27 de diciembre, lo volvió a elevar hasta el 60 por ciento; la Ley 30/2005, finalmente, ha fijado el porcentaje en un 80 por ciento para la paga de junio y un 100 por ciento para la paga de diciembre. Al mismo tiempo, las Leyes previeron que las pagas extraordinarias del resto del personal sometido a régimen administrativo y estatutario, en servicio activo, incorporasen un porcentaje de la retribución complementaria que se percibiera, equivalente al complemento de destino, de modo que alcanzase una cuantía individual similar a la resultante por aplicación de lo dispuesto para los funcionarios incluidos en el ámbito de aplicación de la LMRFP. Y se añadió que en el caso de que el complemento de destino, o concepto retributivo equivalente, se devengase en catorce mensualidades, tal cuantía adicional se dis-

³¹ Reiteradamente, y desde diferentes ámbitos, se viene postulando que las pagas extraordinarias del personal al servicio de las Administraciones Públicas comprendan las retribuciones efectivamente percibidas el mes de referencia. Vid. vg. CASTILLO BLANCO, F., ob. cit., p. 173.

³² Arts. 19 y 30 de la Ley 52/2002, de la Ley 61/2003, de 30 de diciembre, de la Ley 2/2004, 27 de diciembre y de la Ley 30/2005, de 29 de diciembre.

³³ El apartado 6 de los correspondientes arts. 19 de las Leyes ha venido señalando que el artículo 19 “tiene carácter básico y se dicta al amparo de los artículos 149.1.13 y 156.1 de la Constitución”.

tribuiría entre dichas mensualidades, de modo que el incremento anual fuere igual al experimentado por el resto de los funcionarios (arts. 19.2 de las Leyes citadas) ³⁴.

De este modo, y como ya hubo ocasión de advertir, la cuantía percibida en concepto de paga extraordinaria en los meses de su devengo no ha de coincidir necesariamente en todos los servicios de salud, puesto que aunque son iguales el sueldo, los trienios y la cuantía adicional derivada del incremento experimentado por los funcionarios sujetos a la LMRFP al incluirse el complemento de destino en las pagas, la cuantía de éste, cuya fracción decimo-cuarta integra el importe de la extraordinaria ³⁵, sí puede variar. Respecto de los funcionarios sujetos a la LMRFP, la cuantía que se percibe en los meses del devengo de las pagas extraordinarias varía en la medida en que, por una parte, se incluye la decimo-cuarta parte del complemento de destino y, por otra, la cuantía adicional resultante de la aplicación del art. 19.2 de la Ley 30/2005 se distribuye también en catorce mensualidades. Lo que no varía es el importe final anual de las pagas extraordinarias: los funcionarios sujetos a la LMRFP perciben el sueldo, los trienios y el complemento de destino; el personal estatutario percibe el sueldo, los trienios y la cuantía adicional equivalente al complemento de destino asignado a aquellos funcionarios, eso sí, distribuida en catorce mensualidades ³⁶.

Esta última previsión de las Leyes de Presupuestos Generales del Estado –la distribución de la cuantía adicional en catorce mensualidades– desdibuja el perfil de la paga extraordinaria, si bien no es sino consecuencia del prorrateo también del complemento de destino, a raíz del Acuerdo del Consejo de Ministros de 18 de septiembre de 1987, contemplado en la Ley 37/1988, de 28 de diciembre, de

Presupuestos Generales del Estado ³⁷, y que no se encuentra establecido en la LMRFP ³⁸ ni ha sido previsto en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado ³⁸ para los funcionarios sujetos a la citada Ley ³⁸.

En cualquier caso, cabe cuestionar por qué el Estatuto, posterior a la Ley 52/2002, de Presupuestos Generales del Estado para 2003, no recogió la norma básica plasmada en su art. 19 y que luego han reproducido, con incremento del porcentaje del complemento de destino, las Leyes de Presupuestos posteriores. En mi opinión, la razón de ello puede encontrarse en el carácter escalonado con que ha operado la incorporación del complemento de destino a las pagas extraordinarias, de modo que no se ha querido llevar la previsión a una Ley con vocación de permanencia como es la que aprueba el Estatuto Marco.

En otro orden de cuestiones ya, debe llamarse la atención de nuevo acerca de que el Estatuto incorpora una regulación de mínimos sobre las pagas extraordinarias, de modo que sería posible que las CC.AA. o el Estado añadiesen otros referentes distintos para la cuantificación de las pagas extraordinarias de su personal estatutario ³⁹. Así lo corrobora el art. 42.2 al disponer que son las cuantías del sueldo y de los trienios las que han de coincidir en todos los servicios de salud y con las establecidas para los funcionarios públicos.

Finalmente, y como también ya se ha anticipado, destaca sobremanera la referencia al complemento de destino como elemento para determinar la cuantía de las pagas extraordinarias, pues se trata de una retribución que el Estatuto incluye entre las complementarias, de modo que en principio sería disponible por

³⁴ Los arts. 30.2 de las mismas Leyes, que se refieren al personal incluido en el ámbito de aplicación del RD Ley, reiteran el criterio de la distribución de la cantidad adicional en catorce pagas.

³⁵ Vid. vg. la STSJ de Valencia 1601/1993, de 1 de julio, Sala de lo Social (AS 3621).

³⁶ Puesto que a la postre la decimo-cuarta parte del complemento de destino anual no entraña de suyo paga extraordinaria, sino más simplemente un criterio de reparto de dicho complemento.

³⁷ El art. 23 refiere el importe mínimo de las pagas extraordinarias a sueldo y trienios.

³⁸ Explica PÉREZ GÁLVEZ, J. F. (ob. cit. p. 661) que la equiparación con el sistema funcional que trajo consigo el RD Ley produjo un efecto psicológico de rechazo, ya que disminuyó el importe de las pagas extraordinarias, si bien sin afectar al cómputo anual de retribuciones. Para contrarrestar el efecto, el Acuerdo del Consejo de Ministros citado dispuso que el complemento de destino continuaría percibiéndose de la misma forma que con anterioridad a la vigencia del RD Ley, esto es, en catorce mensualidades.

³⁹ Ha de entenderse que con previsión expresa en las correspondientes Leyes de Presupuestos Generales (art. 41.3 del Estatuto).

las CC.AA. En este sentido, el Estatuto incurre en una contradicción palmaria, que entendemos debe resolverse considerando que, a la postre, el complemento de destino es una retribución complementaria indisponible.

IV. LAS RETRIBUCIONES COMPLEMENTARIAS.

Las retribuciones complementarias suponen la parte más importante de la retribución del personal estatutario. Como ya se apuntó, reflejan el carácter descentralizado de los Servicios de Salud, pues permiten –bien que de forma limitada por ser la enumeración del art. 43.2 un elenco cerrado- la adaptación del sistema retributivo a las circunstancias de cada servicio y, en este sentido, una cierta creatividad⁴⁰.

Las retribuciones pueden ser fijas o variables (art. 43.1). El Estatuto no caracteriza a ninguna de las que relaciona en el art. 43.2, si bien por la descripción que efectúa de cada una de ellas se colige que sólo el complemento de productividad pudiera ser considerado como variable⁴¹.

Como ya se ha expuesto *supra*, las retribuciones complementarias van dirigidas a retribuir la función desempeñada, la categoría, la dedicación, la actividad, la productividad y cumplimiento de objetivos y la evaluación del rendimiento y de los resultados (art. 43.1). En este sentido, debe tenerse en cuenta que entre los propósitos que guiaron la elaboración del Estatuto, expresados en su misma Exposición de Motivos, figuraron los de incrementar la motivación de los profesionales y su compromiso con la gestión, el establecimiento de un adecuado sistema de incentivos y la personalización de las condiciones de trabajo, especialmente en lo relativo a retribuciones.

Por último, y antes de dar paso a la exposición de cada una de las retribuciones complementarias, debe recordarse que a tenor de la disposición transitoria sexta 1.a), las previsiones sobre retribuciones

⁴⁰ No obstante, es preciso reconocer que hasta la fecha, por no haberse abordado el desarrollo del Estatuto Marco en este punto, persiste la tendencia a uniformar también las retribuciones complementarias.

⁴¹ En igual sentido CODON HERRERA, A. y LIZARRAGA BONELLI, E., *ob. cit.* p. 677.

complementarias han de entrar en vigor en cada servicio de salud cuando así se establezca en la correspondiente normativa. Hasta que ello no suceda, se ha de mantener vigente en cada servicio de salud, sin carácter básico, el RDley y las disposiciones y acuerdos que lo complementan y desarrollan, o las equivalentes de cada Comunidad.

IV.1 El complemento de destino.

El complemento de destino se retribuye en función del nivel del puesto que se desempeña. Consecuentemente con lo dispuesto en el art. 42.1.c), se abona en catorce pagas [art. 43.2.a)].

Como ya se ha señalado, aun siendo una retribución complementaria resulta indisponible para las CC.AA. y para el propio Estado respecto del personal estatutario a su servicio, habida cuenta su utilización como referencia para el cálculo de las pagas extraordinarias en los meses de su devengo. En relación con el mismo, tan sólo corresponde a las Comunidades Autónomas y al Estado respecto de su personal la asignación de niveles a los diferentes puestos de trabajo y la determinación de su cuantía.

En otro orden de cuestiones, se ha entendido que es un complemento que se refiere al puesto de trabajo que se ocupa en el momento de su devengo, puesto que la norma utiliza el tiempo presente (nivel del puesto *que se desempeña*). Así lo precisó la STS de 17 de mayo de 1996⁴², respecto del art. 2.3.a) del RDley; la sentencia aclaró que el complemento no tiene “carácter consolidable”⁴³ y que no resulta aplicable el art. 21.1.d) LMRFP⁴³. En la medida en que el

⁴² Sala de lo Social, RJ 4473.

⁴³ Explica la sentencia que el complemento se ha considerado como un complemento de puesto de trabajo de los recogidos en el ordenamiento laboral y, por tanto, de índole funcional, dependiendo su percepción del ejercicio de la actividad profesional en el puesto asignado. Considera que el art. 21.1.d) LMRFP no resulta aplicable porque no existe al respecto ninguna laguna que deba rellenarse con otros preceptos. La sentencia casó la del TSJ de La Rioja, de 9 de octubre de 1995 (AS 3740), que había partido de la existencia de una laguna en la materia y de la aplicación supletoria de la LMRFP. Vid. también la STSJ de Aragón 890/1997, de 12 de noviembre, Sala de lo Social (AS 3884); la STSJ de Andalucía, Granada, 2794/1998, de 4 de noviembre, Sala de lo Social (AS 6796); la STSJ de Castilla-La Mancha 58/2003, de 16 de enero (AS 2161); la STSJ de Murcia 654/2003, de 19 de mayo, Sala de lo Social (AS 1993). En contra, en cambio, vid. la STSJ de Murcia 75/2002, de 21 de enero, Sala de lo Social (AS 431).

Estatuto utiliza de nuevo el tiempo presente y que no contempla la consolidación del grado, puede considerarse hoy vigente la misma doctrina, si bien con la reserva de que al amparo de su art. 40 pueda disponerse la consolidación .

IV.2. Complemento específico.

El complemento específico se destina a retribuir las condiciones particulares de algunos puestos en atención a su especial dificultad técnica, dedicación, responsabilidad, incompatibilidad, peligrosidad o penosidad. Matiza la Ley que en ningún caso podrá asignarse más de un complemento específico a cada puesto por una misma circunstancia [art. 43.2.b)].

Como tiene declarado la jurisprudencia, “se trata de un complemento de puesto de trabajo, que se fija en función de determinadas condiciones que adornan al puesto correspondiente”, de modo que “sólo lo puede recibir quien lo ocupa y ejerce, y por ello si tal funcionario pasa a servir un destino diferente, se extingue su derecho a esa percepción”⁴⁴ .

Destaca la última precisión del precepto, que no se contemplaba en el RD-Ley y que se aparta de lo previsto en el art. 23.3.b) LMRFP, y que permite considerar que, con arreglo al Estatuto, es posible la percepción de más de un complemento específico, siempre que traigan causa de circunstancias distintas⁴⁶ . Por esta vía se compensa, de algún modo, la restricción que opera el Estatuto en orden al establecimiento de retribuciones complementarias distintas de las que enumera y define⁴⁷ .

⁴⁴ En Galicia se ha previsto la consolidación del grado (Decreto 206/2005, de 22 de julio y Orden de 24 de mayo de 2006).

⁴⁵ STS de 28 de octubre de 1996, cit.

⁴⁶ Así lo entienden también PÉREZ GÓMEZ, J M^a y PÉREZ LÓPEZ, R., ob. cit. p. 202; CODON HERRERA, A. y LIZARRAGA BONELLI, E., ob. cit., p. 678; PALOMAR OLMEDA, A. y VÁZQUEZ GARRANZO, J, ob. cit. p. 487.

⁴⁷ Puede resultar interesante, a estos efectos, recordar el caso resuelto por la STS de 14 de abril de 1994, ya citada. La sentencia consideró que los demandantes no tenían derecho a exigir el cobro del complemento específico previsto en el art. 2.3.b) RD Ley, pues las Ordenes del Departamento de Sanidad y Seguridad Social del Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña de 2 de abril de 1987 y 31 de marzo de 1989 contemplaban los complementos de características de la población y de características socio-económicas, “que sin duda valoran mayores exigencias de dedicación”; el complemento de desplazamiento “que retribuye una mayor penosidad del trabajo” y los complementos de

En sentido inverso, hay que admitir, en línea de principios, que en la legislación de desarrollo se pueda prescindir del complemento específico, si bien no resulta previsible⁴⁸ por su significado en el modelo de función pública y, en relación con lo que se acaba de exponer en el párrafo anterior, por el margen de desarrollo que permite a las CC.AA. y al Estado .

Una de las cuestiones que plantea la regulación del complemento específico en el Estatuto es la de si para su percepción es requisito imprescindible la prestación de servicios en régimen de dedicación exclusiva y, en relación con ello, si es renunciabile⁴⁹, tal y como resultaba al amparo del RD Ley . En la

docencia, programación y coordinación “que contemplan una exigencia específica de dedicación y responsabilidad”. La sentencia no se pronunció sobre la validez de estas Ordenes porque no se trataba de una impugnación directa contra las mismas, que en su caso hubiera correspondido a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, pero sí manifestó que los conceptos retributivos de las mismas eran incluíbles en la noción legal de complemento específico. Vid. también la STS de 22 de noviembre de 1994, Sala de lo Social, RJ 9231.

⁴⁸ Como afirmara la STC 103/1997, de 22 de mayo, “la definición de este concreto concepto retributivo está estrechamente relacionada con las decisiones fundamentales concernientes al propio modelo de función pública que descansa en el sistema de puestos de trabajo por el que optó el legislador estatal en la citada Ley 30/1984”, añadiendo que es un “elemento relevante para perfilar el sistema de estructuración abierto por el que optó el legislador básico”. La sentencia concluyó que el art. 23.3.b) LMRFP es básico “al poder encuadrarse entre <<esos aspectos centrales, nucleares del régimen jurídico de una determinada institución>>”. Aunque el TC se refiere al complemento específico en el contexto de las retribuciones de la LMRFP, las consideraciones sobre el modelo de función pública pueden hacerse extensivas al Estatuto Marco. Por otra parte, el diseño de las retribuciones que efectúa este último, haciendo coincidir el sueldo y los trienios con los que perciben los funcionarios sujetos a la LMRFP, conduce a considerar que también el complemento específico está llamado a ser en la práctica un elemento fundamental del cuadro de retribuciones del personal estatutario.

⁴⁹ El art. 2.3.b) del RD-Ley caracterizó el complemento específico como el “destinado a retribuir las condiciones particulares de algunos puestos de trabajo en atención a su especial dificultad técnica, dedicación, responsabilidad, incompatibilidad, peligrosidad o penosidad”; y añadía que “en ningún caso podrá asignarse mas de un complemento específico a cada puesto de trabajo”. El Acuerdo del Consejo de Ministros de 15 de mayo de 1987, por su parte, había anticipado que “el devengo del complemento específico se efectuará desde el 1 de julio de 1987, siempre que los interesados, a partir de dicha fecha y en los términos de la vigente normativa sobre incompatibilidades, no desempeñen actividades privadas lucrativas y presten exclusivamente servicios en un solo puesto de trabajo al sector sanitario público y así lo hagan constar expresamente durante el plazo que al efecto habilite el Ministerio de Sanidad y Consumo”. También el Acuerdo del Consejo de Ministros de 15 de abril de 1988 consideró que la aceptación del complemento tenía carácter voluntario en función de la prestación de servicios en régimen de exclusividad. Y a su vez, el art. 16.1 de la Ley de Incompatibilidades de 26 de diciembre de 1984 prohibía autorizar o reconocer compatibilidad alguna al personal que desempeña puestos que comporten la percepción de complementos específicos.

La STS de 1 de octubre de 1990 (cit.), tras justificar “la plena concordanza” entre el Acuerdo y el RD-Ley, y teniendo en cuenta que cuando se promulga la Ley de Incompatibilidades “estaba definido el complemento específico en el art. 23.3.b) de la Ley 30/84 de dos de agosto en los mismos términos que luego reproduce el art. 2.3.b) del R. Decreto-Ley de 1987”, de modo que “la misma definición del complemento específico es la que se tenía al promulgarse el art. 16.1 de la Ley de Incompatibilidades”, concluyó que el complemento específico sólo podía ser percibido por los facultativos que hubieran optado por prestar sus servicios exclusivamente en un solo puesto del Sector Sanitario Público.

Más adelante, la STS de 20 de octubre de 1992 (cit.) aclaró que la percepción del complemento dependía “de una calificación del puesto de trabajo por la presencia de alguna de las características legales, a la que se añade una exigencia general de incompatibilidad”, de modo que era necesario que el puesto de trabajo estuviera incluido en el Anexo II del Acuerdo del Consejo de Ministros de 18 de septiembre de 1987 y que, además, no se realizara otra actividad: “la exclusión de otras actividades es un requisito para la percepción del complemento, pero la razón o causa de su reconocimiento no puede confundirse con esta exigencia. Así la no realización de otros trabajos no es suficiente para determinar el abono, pues la incompatibilidad sólo será relevante como causa del establecimiento del complemento cuando la dedicación exclusiva venga impuesta por la naturaleza del trabajo y no en atención a la simple situación personal del funcionario. Por otra parte, esa exigencia objetiva de incompatibilidad es sólo uno de los factores, pero no el único, que pueden determinar la aplicación del complemento”.

A su vez, la STS de 28 de octubre de 1996 (cit.) señaló que carecía de eficacia la renuncia al complemento con el objeto de conseguir la compatibilidad, salvo en el caso de los médicos y sanitarios de la Seguridad Social que se encontraban ya prestando servicios y en activo en el momento en que el se adoptó el Acuerdo del Consejo de Ministros de 15 de mayo de 1987, los cuáles pudieron optar por la dedicación exclusiva y comunicarlo de forma expresa a la Seguridad Social. Ha de tenerse en cuenta que en el propio Preámbulo del Acuerdo se señalaba que el complemento, “por la actual configuración de la prestación de servicios por parte de este personal, debe considerarse, en su aceptación inicial, de carácter voluntario, respecto de los facultativos que vienen prestando servicios, en la actualidad, al Sistema”; y añadía que “es patente que la percepción del complemento específico, por la incompatibilidad absoluta que conlleva, requiere la habilitación de un plazo para que los interesados soliciten la prestación de servicios bajo tal modalidad, y manifiesten su compromiso de cesar en cualquier actividad que resulte incompatible”. Al respecto, razonaba la sentencia que “dicho Acuerdo contiene en realidad una regulación de derecho transitorio, referida a aquel personal que ya estaba en activo cuando tal norma se dictó; regulación que encuentra su razón de ser en la circunstancia de que ese personal hasta entonces podía compatibilizar el ejercicio de su cargo con otras actividades diferentes y precisamente con esta disposición se respetan y protegen sus derechos adquiridos al concederles la posibilidad de optar entre el mantenimiento de la situación de compatibilidad anterior, sin percibir en consecuencia el citado complemento, o aceptar la dedicación exclusiva teniendo entonces derecho a cobrarlo”.

Más adelante, el art. 53 de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, modificó el RD-Ley para permitir la renuncia al complemento específico por parte del personal facultativo y, en consecuencia, posibilitar la compatibilidad del puesto de trabajo. De este modo, el complemento pasó a tener carácter personal, según explicitó también la Resolución de 13 de febrero de 1998, de la Presidencia Ejecutiva del Instituto Nacional de la Salud, por la que se aprueban los procedimientos de renuncia y acreditación del complemento específico del personal facultativo del Instituto Nacional de la Salud. Tras la modificación del RD-Ley, la STS de 17 de septiembre de 2004 (Sala de lo Social, RJ 5775) ha aclarado que, siendo renunciable el complemento, para dejar de tener derecho al mismo es menester que se produzca el acto de renuncia, sin que quepa interpretar que para percibirlo se ha de solicitar de forma expresa.

Ha de tenerse en cuenta, no obstante, que la Ley 31/1991, de 30 de diciembre, añadió un nuevo apartado, el cuarto, a la Ley 53/1984, para

medida en que cabe la percepción de diferentes complementos específicos por distintas circunstancias, sólo debería exigirse la exclusividad cuando el complemento se establezca expresamente en atención a esta circunstancia; en consecuencia, debiera otorgarse la compatibilidad cuando se perciba el complemento específico en atención a otros factores distintos, ajenos a la prestación del servicio en exclusiva⁵⁰. En cuanto al carácter renunciante del complemento, el art. 77.2 del Estatuto dispone que en el ámbito de cada servicio de salud se establecerán las disposiciones oportunas para posibilitar la renuncia por parte del personal licenciado sanitario; remite a los servicios de salud la regulación de los supuestos, requisitos, efectos y procedimientos para dicha solicitud.

IV.3. Complemento de productividad.

El complemento de productividad retribuye el especial rendimiento, el interés o la iniciativa del titular del puesto, así como su participación en programas o actuaciones concretas y la contribución del personal a la consecución de los objetivos programados, previa evaluación de los resultados conseguidos [art. 43.2.c)]⁵¹. Es, pues, un complemento que mate-

permitir el reconocimiento de compatibilidad para el ejercicio de actividades privadas al personal que desempeñe puestos de trabajo que comporten la percepción de complementos específicos, o concepto equiparable, cuya cuantía no supere el treinta por ciento de su retribución básica, excluidos los conceptos que tengan su origen en la antigüedad. La Comunidad de Madrid, por Acuerdo del Consejo de Gobierno de 2 de octubre de 2003 (BOCM 239, de 7 de octubre) hizo uso de esta posibilidad, estableciendo para el personal facultativo dos modalidades de complemento específico (componente general y componente singular por modificación de las condiciones de trabajo) y creando una nueva línea de percepción del complemento de productividad, por vinculación al puesto, adicional al complemento de productividad fija. Vid. CODÓN HÉRREA, A. y LIZARRAGA BONELLI, E. (ob. cit.), p. 651, nota 25.

⁵⁰

Así, en Andalucía vg. se distingue entre el complemento específico por los factores de dedicación e incompatibilidad y el complemento específico por los factores de dificultad, responsabilidad y peligrosidad o penosidad. Aunque sólo cabe la asignación de un complemento específico a cada puesto, al menos sólo se exige la exclusividad en el primer caso, si bien se trata de un complemento renunciante en las condiciones que se señalan (Resolución 300/05, de 16 de mayo, de la Dirección General de Personal y Desarrollo Profesional, sobre retribuciones del personal de centros e instituciones sanitarias del SAS para el ejercicio 2005).

⁵¹

La redacción del precepto ofrece diferencias respecto de la regulación contenida en el RD-Ley. Así, se añade la retribución por la contribución a la consecución de los objetivos programados. En cambio, se suprime la referencia a que la determinación individual de su cuantía se efectuará dentro de las dotaciones presupuestarias previamente acordadas y de conformidad con la normativa vigente. También se omite la exigencia de que las cantidades que perciba cada persona por este concepto sean de

realiza buena parte de los fines a que deben servir las retribuciones complementarias y que posee, al menos en teoría, un carácter eminentemente personal⁵².

Sin embargo, la experiencia registrada desde su previsión en el RD Ley pone de manifiesto que se ha distorsionado en buena medida su finalidad⁵³. A ello no ha sido ajeno el propio RD Ley, que ya en su Disposición Transitoria Tercera dispuso que entre los criterios que habían de tenerse en cuenta para su asignación se podrían incluir, provisionalmente, la consideración de las retribuciones percibidas, de acuerdo con el anterior régimen retributivo, en el mismo puesto de trabajo y el módulo mínimo retributivo por grupos de clasificación. Así pues, desde el principio se le ha asignado una finalidad compensatoria, como ha destacado PEREZ GALVEZ⁵⁴. Y ha de subrayarse también su finalidad niveladora⁵⁵.

conocimiento público del personal de la institución sanitaria donde preste servicios, así como de los representantes sindicales.

También diverge respecto del art. 23.3.c) LMRFP, que menciona la retribución de la actividad extraordinaria y que exige que su cuantía global no exceda de un porcentaje sobre los costes totales de personal de cada programa y de cada órgano que se determinará por la Ley de Presupuestos. Esta Ley confía al responsable de la gestión de cada programa de gasto la cuantía individual que corresponda, en su caso, a cada funcionario, dentro de las correspondientes dotaciones presupuestarias y de acuerdo con la normativa establecida en la Ley de Presupuestos. Por último, recoge también la exigencia de publicidad de las cantidades que se perciban.

⁵² De ahí que se explicita, v.g., que “en ningún caso pueda tener carácter fijo ni periódico en su vencimiento” (Resolución 300/05, de 16 de mayo, de la Dirección General de Personal y Desarrollo Profesional, sobre retribuciones del personal de centros e instituciones sanitarias del SAS para el ejercicio 2005)

⁵³ LANDA ZAPIRAIN, J. P. (ob. cit. p. 237) ha calificado el complemento como “un verdadero cajón de sastre”. En el ámbito de la LMRFP ha destacado la distorsión CASTILLO BLANCO, F. ob. cit., pp. 224 ss.

⁵⁴ Ob. cit. p. 664. Señala que una de las finalidades con las que se negoció el Acuerdo Sindical de 9 de junio de 1987 fue la compensatoria, “a fin de que con la denominación de complemento de productividad fija se abonaran las cantidades necesarias para alcanzar las cuantías mínimas pactadas en anteriores acuerdos”.

En este sentido, se ha entendido, v.g., que el complemento integra el antiguo plus de desplazamiento y el complemento de dispersión geográfica [vid. las SSTs de 28 de marzo de 1994 (Sala de lo Social, RJ 2648), 13 de enero (Sala de lo Social, RJ 350) y 9 de junio de 1995 (Sala de lo Social, RJ 4887)]; en la actualidad, estos conceptos se incluyen en la configuración del complemento de productividad de los diversos Servicios de Salud. También su momento se consideró que el prorrateo de lo abonado en concepto de guardias médicas que se venía percibiendo en las pagas extraordinarias debería percibirse en concepto de productividad variable, habida cuenta de que la definición de paga extraordinaria en el RD Ley no permitía la inclusión de aquella prorratea (vid. el Anexo al Acuerdo del Consejo de Ministros sobre incremento de un sexto en el valor de la hora de guardia médica en Atención Especiali-

La diferenciación en el complemento de los llamados factor fijo y factor variable ha facilitado esta tendencia, propiciado su desvinculación de la consecución⁵⁶ de objetivos y su generalización entre el personal⁵⁷ e incentivado el recurso al mismo para introducir, bajo su veste formal, nuevos conceptos retributivos.

Todo ello ha determinado, como se ha indicado, una deformación parcial del complemento, circunstancia ésta sobre la que ha tenido ocasión de llamar

zada, de 21 de marzo de 1997, incorporado a la Resolución de 8 de abril de 1997, BOE 102, de 29 de abril).

Ha de llamarse la atención también acerca de la integración en el complemento de las indemnizaciones por razón del servicio, que el Estatuto Marco, a diferencia del RD Ley, no contempla de modo singular (vid. v.g., en el Servicio Andaluz de Salud, la Resolución 300/05, de 16 de mayo, cit.).

⁵⁵ A ella responde el complemento de productividad factor fijo denominado “armonización retributiva” del Servicio Canario de Salud. Puede verse el Acuerdo entre la Administración Sanitaria de la Comunidad Autónoma de Canarias y las organizaciones sindicales del sector, celebrado en el marco de la Mesa Sectorial de Sanidad, sobre ordenación retributiva del personal estatutario de los Grupos C, D y E del Servicio Canario de Salud, ya citado, que directamente incrementa el complemento mencionado del personal afectado, para corregir los desequilibrios retributivos respecto de otras categorías del personal del Servicio Canario de Salud y respecto de los colectivos homólogos en el Sistema Nacional de Salud.

⁵⁶ Sobre esta última circunstancia ha llamado la atención CASTILLO BLANCO, F (ob. cit., pp. 226 ss.), bien que con referencia al complemento previsto en la LMRFP.

⁵⁷ Vg. la modalidad del complemento de productividad factor fijo denominado “armonización retributiva”, objeto del Acuerdo entre la Administración sanitaria de la Comunidad Autónoma de Canarias y las organizaciones sindicales del sector, celebrado en el marco de la Mesa Sectorial de Sanidad, sobre ordenación retributiva del personal estatutario de los Grupos C, D y E del Servicio Canario de Salud, ya citado. Cabe mencionar también el Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid, de 2 de octubre de 2003 (BOCM 239, de 7 de octubre), que en su número segundo dispone la creación de “una nueva línea de percepción del complemento de productividad, cuyas cuantías serán adicionales a las que actualmente viene percibiendo el personal facultativo en concepto de complemento de Productividad Fija”, denominada “Productividad Fija por vinculación al puesto”.

Interesa destacar también la denominada “productividad semestral”, factor complemento de destino y factor complemento específico, creada en Murcia y que beneficia a todos los funcionarios de la Comunidad y no sólo al personal estatutario (respecto de éste, vid. la Resolución de 26 de mayo de 2006, de la Secretaría General de la Consejería de Economía y Hacienda). Respecto de la misma se ha reconocido que no es realmente un complemento de productividad, sino una retribución fija y periódica (STSJ de Murcia 236/2004, de 31 de marzo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª, JUR 171224; STSJ de Murcia 763/2003, de 17 de diciembre, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª, JUR 78463). En realidad, se trata de un instrumento para elevar la cuantía de la paga extraordinaria, lo que en el ámbito del Estatuto Marco está al alcance de las CC.AA. y del Estado sin necesidad de acudir al complemento de productividad, pues éstos pueden definir los componentes de dicha paga, respetando la composición mínima que indica el art. 42.1.c).

la atención alguna sentencia⁵⁸ y⁵⁹ que también se observa en el ámbito de la LMRFP. No obstante, cabe desear que, ahora que el Estatuto Marco permite la asignación de más de un complemento específico a cada puesto y que prevé el complemento de carrera, el complemento de productividad pueda recobrar su genuina funcionalidad en el sistema retributivo del personal estatutario.

IV.4. Complemento de atención continuada.

Con el complemento de atención continuada se pretende remunerar al personal para atender a los usuarios de los servicios sanitarios de manera permanente y continuada [art. 43.2.d)]. Es consecuencia, pues, de las especiales características que concurren en la actividad sanitaria, que demandan la disposición permanente de personal para la prestación de servicios. Ello exige la organización de turnos de guardia para atender las necesidades sanitarias tanto en días festivos como durante la noche y, como es natural, el reconocimiento en el régimen retributivo de las peculiaridades que entraña el cumplimiento de los servicios en estos turnos⁶⁰.

Corresponde a las CC.AA. y al Estado organizar sus servicios de atención continuada y determinar la retribución que corresponda en concepto de complemento de atención continuada. Al respecto, la cuestión más relevante que se plantea es la de la consideración que deban tener las horas de servicio prestadas en estos turnos que excedan de la jornada ordinaria de trabajo.

Del Acuerdo entre la Administración Sanitaria del Estado y las Organizaciones Sindicales más representativas en el sector, de 22 de febrero de

1992⁶¹, se desprende que tales horas no tenían la consideración de extraordinarias⁶². Y así lo vino interpretando la jurisprudencia, que incluso mantuvo que en el ámbito del personal estatutario no estaba contemplado siquiera el concepto de hora extraordinaria (SSTS de 7 y 22 de febrero de 1994, 10 de julio de 1995, 18 de noviembre de 1997 y de 2 de noviembre de 1999, entre otras⁶³). No obstante, la STSJ del País Vasco de 11 de marzo de 2003⁶⁴ declaró que las horas trabajadas, inclusive las realizadas en atención continuada, que excedan de 1592 horas anuales se debían considerar jornada extraordinaria de trabajo, rehusando expresamente a pronunciarse sobre la forma de compensar el exceso sobre la jornada ordinaria; la STS⁶⁵ de 12 de julio de 2004 confirmó la sentencia citada. Por su parte, la STS de 19 de enero de 2006 ha considerado que el tiempo de trabajo extraordinario dedicado a la atención continuada debe ser retribuido mediante el complemento de atención continuada, y en ningún caso con el importe de las horas extraordinarias.

En la actualidad, el art. 48.2 del Estatuto establece la duración máxima conjunta de los tiempos de trabajo correspondientes a la jornada complementaria y a la jornada ordinaria; y el art. 48.3 señala que “la jornada complementaria no tendrá en ningún caso la condición ni el tratamiento establecido para las horas extraordinarias. En consecuencia, no estará afectada por las limitaciones que respecto a la realización de horas extraordinarias establecen o pueden establecer otras normas y disposiciones, y su compensación o retribución específica se determinará independientemente en las normas, pactos o acuerdos que, en cada caso, resulte de aplicación”. Por su parte, el art. 49.1 prevé que pueda superarse la dura-

⁵⁸ STS de 28 de julio de 1997, Sala de lo Social, RJ 6570. El Tribunal se basa en la desfiguración del complemento de productividad, factor variable, para concluir que la pretensión ejercitada en el proceso “es propia y típica de la modalidad procesal de conflicto colectivo”.

⁵⁹ Vid. CASTILLO BLANCO, F., *ob. cit.*, pp. 226 ss.

⁶⁰ Efectivamente, el complemento de atención continuada vino a sustituir al plus de nocturnidad y a la retribución que se percibía en concepto de guardia médica. Vid. la STS de 29 de septiembre de 1994 (Sala de lo Social, RJ 7265), que cita el Acuerdo de 8 de junio de 1987; vid. también el Acuerdo del Consejo de Ministros de 15 de abril de 1988, publicado como Anexo C a la Resolución de 25 de abril de 1988 (BOE 29 de abril de 1988).

⁶¹ Aprobado por Acuerdo de Consejo de Ministros de 14 de mayo de 1992 y publicado como Anexo de la Resolución de 10 de junio de 1992 (BOE 159, de 3 de julio).

⁶² Señalaba en su apartado IV, sobre la jornada anual, que “las horas que superen, en cómputo anual, la jornada establecida con exclusión de las correspondientes a la atención continuada, tendrán la consideración de extraordinarias con la consiguiente asignación económica” (la cursiva es mía).

⁶³ Sala de lo Social, RRJJ 806, 1224, 8613, 5487 y 9182.

⁶⁴ Sala de lo Social, AS 2849.

⁶⁵ Sala de lo Social, RJ 5945.

ción máxima conjunta de la jornada ordinaria y la jornada complementaria, pero matizando que los excesos de jornada tendrán carácter de jornada complementaria. Por tanto, ha de concluirse que con arreglo al Estatuto no cabe la retribución de horas extraordinarias, y que el exceso sobre la jornada máxima, sea la ordinaria o la conjunta de la ordinaria y la complementaria, tiene a su vez el carácter de jornada complementaria⁶⁶.

IV.5. Complemento de carrera.

El complemento de carrera retribuye el grado alcanzado en la carrera profesional cuando tal sistema de desarrollo profesional se haya implantado en la correspondiente categoría [art. 43.2.e)].

Al respecto, deben tenerse presentes los arts. 40 y 41 de la Ley 16/2003, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, que consagran el derecho a la carrera profesional en el ámbito del Sistema Nacional de Salud, así como el Título III de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de Ordenación de las Profesiones Sanitarias, sobre el desarrollo profesional y su reconocimiento. En particular, el art. 38 de esta última confía a las distintas Administraciones sanitarias la regulación del reconocimiento profesio-

nal dentro de los principios generales que el mismo precepto establece⁶⁷; y la Disposición Adicional Cuarta señala que los efectos que sobre la estructura de las retribuciones y la cuantía de las mismas pudieran derivarse del reconocimiento de grados de desarrollo profesional se negociarían en cada caso con las organizaciones sindicales que, a tenor de lo dispuesto en la normativa aplicable, corresponda.

El Estatuto, pues, en consonancia con las Leyes 16 y 44/2003, se limita a prever el complemento de carrera, cuya efectividad como tal queda supeditada al desarrollo que efectúen las distintas Administraciones⁶⁸.

Sin embargo, diversas CC.AA. se han anticipado al Estatuto Marco e incluso a las Leyes 16 y

⁶⁶ En proceso iniciado ya en 2005, el TSJ de Castilla y León, en sentencia de 5 de diciembre del mismo año (Sala de lo Social, AS 2006/51), ha aplicado la misma doctrina jurisprudencial alumbrada bajo la vigencia del RDLey, pero ahora con apoyo en el propio Estatuto Marco. Afirma la sentencia que "una cosa son los límites establecidos a la jornada de trabajo por la Directiva comunitaria y por el Estatuto Marco y otra los derechos retributivos de los trabajadores. La jornada complementaria tiene su compensación retributiva a través de los complementos y conceptos específicamente establecidos para ello, concretamente el complemento de atención continuada. Si por otra parte los límites de jornada aplicables hubieran sido vulnerados, el trabajador tendría derecho a la correspondiente indemnización si se le hubiera irrogado un daño derivado de un acto antijurídico".

Critican el planteamiento del Estatuto Marco ATELA BILBAO, A. y GARAY ISASI, J., que llevaron el caso decidido por la STSJ del País Vasco de 11 de marzo de 2003, cit. Los autores consideran que la guardia es equivalente y de igual valor en todos los sentidos a la jornada ordinaria y que debe ser caracterizada como jornada extraordinaria si se presta o desarrolla por encima o además de la jornada ordinaria (vid. "Jornada de trabajo, permisos y licencias", en Comentarios a la Ley 55/2003, cit., pp. 669 ss.). Ha de tenerse presente que ni la STSJ del País Vasco ni la STS de 12 de julio de 2004 discutieron la calificación como jornada extraordinaria de las horas que superasen la jornada máxima anual; sin embargo, consideraron que no era objeto de los correspondientes litigios la forma de remunerar tales jornadas extraordinarias. Ha sido la STS de 19 de enero de 2006 la que ha determinado que "puesto que ... los demandantes fueron retribuidos con el complemento de atención continuada por las guardias de presencia física a que se refiere la demandada, su crédito quedó completamente satisfecho".

⁶⁷ En síntesis, y en lo que aquí interesa, se articula el reconocimiento en cuatro grados, con posibilidad de un grado inicial; se establece la necesidad de evaluación favorable de los méritos del interesado para la obtención de los grados; se requieren periodos de cinco años de ejercicio profesional para someterse a evaluación, debiendo transcurrir como mínimo cinco años entre cada evaluación positiva.

⁶⁸ Con posterioridad al Estatuto, la Comunidad de Valencia ha aprobado el sistema de carrera profesional en el ámbito de las Instituciones Sanitarias de la Conselleria de Sanidad (Decreto 66/2006, de 12 de mayo), encuadrando las retribuciones derivadas de la aplicación de la carrera profesional en el complemento de carrera (art. 17). Igualmente, el País Vasco ha regulado el desarrollo profesional de los profesionales sanitarios del grupo profesional A.1 Facultativo médico y técnico del Ente Público de Derecho Privado Osakidetza-Servicio Vasco de Salud (Decreto 395/2005, de 22 de noviembre), previendo que las retribuciones correspondientes al desarrollo profesional se perciban como complemento de carrera. También Galicia ha iniciado la regulación de la carrera profesional mediante el Decreto 155/2005, de 9 de junio, de régimen extraordinario de reconocimiento del desarrollo profesional del personal estatutario de las categorías de licenciados sanitarios del Servicio Gallego de Salud previo a la implantación del régimen de desarrollo profesional a que se refiere la Ley 44/2003, de 21-11-2003, de ordenación de las profesiones sanitarias, contemplando el complemento de carrera (art. 8); vid. también la Resolución del Servicio Gallego de Salud de 28 de julio de 2006. En Cataluña vid. la Resolución TIC/2809/2003, de 15 mayo, que dispone la inscripción y la publicación del Acuerdo de la Mesa Sectorial de Negociación de Sanidad sobre las condiciones de trabajo del personal de las instituciones sanitarias del Instituto Catalán de la Salud. En Murcia vid. la Resolución de 13 de junio de 2005, que ordena la publicación del acuerdo marco sectorial por el que se ordenan y determinan las materias objeto de negociación sindical para la mejora de las condiciones de trabajo y de la asistencia sanitaria. En Asturias vid. la Propuesta de Acuerdo Regulador de la Carrera Profesional del Personal Estatutario Facultativo y de Enfermería de los Centros en Instituciones Sanitarias del Servicio de Salud del Principado de Asturias. Y en Andalucía vid. el Acuerdo de 18 de julio de 2006, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba el Acuerdo de 16 de mayo de 2006, de la Mesa Sectorial de Negociación de Sanidad, sobre política de personal, para el periodo 2006 a 2008.

Ha de tenerse en cuenta que la Comisión de Recursos Humanos del Sistema Nacional de Salud aprobó los criterios generales de homologación de los sistemas de carrera profesional del personal de los servicios de salud el 19 de abril de 2006.

44/2003, de modo que han previsto el complemento de carrera como concepto integrante de las retribuciones complementarias, bien de manera autónoma⁶⁹, bien bajo la veste del complemento de productividad⁷⁰, lo que pone de nuevo de manifiesto la verosimilitud de este último concepto retributivo.

V.- LAS RETRIBUCIONES DEL PERSONAL TEMPORAL Y DE LOS ASPIRANTES EN PRÁCTICAS.

La Ley prevé que el personal estatutario temporal⁷¹ perciba la totalidad de las retribuciones básicas y complementarias que en el correspondiente Servicio de Salud correspondan a su nombramiento, con excepción de los trienios (art. 44).

En cuanto a los aspirantes en prácticas⁷², sus retribuciones se fijan en el ámbito de cada Servicio de Salud, si bien especifica la Ley que como mínimo

serán las básicas, excluidos los trienios, del grupo a que aspiren ingresar (art. 45)⁷³.

La comparación entre estos dos preceptos pone de manifiesto que el personal temporal en ningún caso ha de percibir trienios, mientras que los aspirantes en prácticas pueden percibirlos si así se establece en el Servicio de Salud. En este punto, el Estatuto guarda sintonía con lo establecido en el ámbito de la LMRFP, puesto que en ningún caso⁷⁴ está previsto que los interinos perciban trienios⁷⁵ y sí, en cambio, que puedan percibirlos los funcionarios en prácticas. También está previsto que puedan percibirlos el personal eventual que a su vez sea funcionario de carrera, si bien aquí no hay discordancia con respecto al Estatuto, pues por personal eventual entiende éste el que presta servicios de carácter temporal, coyuntural o extraordinarios, mientras que el personal eventual de la LMRFP es el que ejerce funciones de confianza o de asesoramiento especial (art. 20).

⁶⁹ Es el caso de Navarra (Ley Foral 11/1999, de 6 de abril, que regula el sistema de carrera profesional del personal facultativo del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea) y Madrid (Acuerdo del Consejo de Gobierno de 4 de junio de 1998, por el que se establece la carrera profesional para los Facultativos Especialistas en el Hospital General Universitario Gregorio Marañón; Acuerdo del Consejo de Gobierno de 20 de mayo de 1999, por el que se establece la carrera profesional para Facultativos Especialistas en determinados Hospitales y Centros Sanitarios Asistenciales dependientes del Servicio Regional de Salud).

⁷⁰ Decreto 278/2003, de 13 de noviembre, por el que se aprueba y desarrolla el modelo de carrera profesional del personal facultativo del Servicio Canario de la Salud.

⁷¹ Al personal estatutario temporal se refiere el art. 9, que contempla su nombramiento por razones de urgencia, o para el desarrollo de programas de carácter temporal, coyuntural o extraordinario. El nombramiento puede ser de interinidad, de carácter eventual o de sustitución. El nombramiento de carácter interino se expide para el desempeño de una plaza vacante cuando sea necesario atender las correspondientes funciones. El nombramiento de carácter eventual se expide cuando se trate de prestación de servicios determinados de naturaleza temporal, coyuntural o extraordinaria; cuando sea necesario para garantizar el funcionamiento permanente y continuado de los centros sanitarios; y para la prestación de servicios complementarios de una reducción de jornada ordinaria. El nombramiento de sustitución tiene lugar cuando resulte necesario atender las funciones de personal fijo o temporal, durante los periodos de vacaciones, permisos y de más ausencias de carácter temporal que comporten la reserva de plaza.

⁷² La figura de los aspirantes en prácticas está prevista en el apartado séptimo del art. 31, sobre los sistemas de selección, que dispone que "si así se establece en la convocatoria, y como parte del proceso selectivo, aspirantes [sic] seleccionados en la oposición, concurso o concurso-oposición, deberán superar un período formativo, o de prácticas, antes de obtener nombramiento como personal estatutario fijo. Durante dicho período, que no será aplicable a las categorías o grupos profesionales para los que se exija título académico o profesional específico, los interesados ostentarán la condición de aspirantes en prácticas".

⁷³ Coincide este criterio con el del art. 1.1 del RD 456/1986, de 10 de febrero, por el que se fijan las retribuciones de los funcionarios en prácticas. Esta disposición, aplicable empero a los funcionarios sujetos a la LMRFP, contempla, no obstante, la posibilidad de percibir otras retribuciones en determinadas circunstancias. Vid. también el art. 25.5 y 7 de la Ley 30/2005, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado.

⁷⁴ Art. 25.3 de la Ley 30/2005, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2006.

⁷⁵ Art. 25.7 de la Ley 30/2005: "Cuando el nombramiento de funcionarios en prácticas a que se refiere el artículo 24.1 del Reglamento aprobado por Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, recaiga en funcionarios de carrera de otro Cuerpo o Escala de grupos de titulación inferior a aquel en que se aspira ingresar, durante el tiempo correspondiente al período de prácticas o el curso selectivo se seguirán percibiendo los trienios en cada momento perfeccionados y se computará dicho tiempo, a efectos de consolidación de trienios y de derechos pasivos, como servido en el nuevo Cuerpo o Escala en el caso de que, de manera efectiva, se adquiera la condición de funcionario de carrera en estos últimos".

EL DERECHO TRANSITORIO: DE LOS VIEJOS ESTATUTOS AL NUEVO ESTATUTO-MARCO

Francisco José Villar Rojas
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de La Laguna

ÍNDICE: 1.- La necesidad de un régimen transitorio: situaciones consolidadas, situaciones pendientes, complejidad de algunas nuevas medidas. 2.- El derecho transitorio: eficacia prospectiva y retroactividad del Estatuto-Marco, ultraactividad de los viejos Estatutos y otras disposiciones. 2.1 Eficacia del Estatuto Marco. 2.2 Retroactividad puntual del Estatuto-Marco: reincorporación al servicio activo. 2.3 Ultraactividad de los viejos Estatutos y otras disposiciones derogadas. a) Expedientes en trámite. b) Aplicación paulatina del Estatuto-Marco o vigencia provisional de las normas derogadas: análisis de la disposición transitoria sexta. 2.4 Un caso particular de ultraactividad: la aplicación progresiva de la jornada especial y la propia de los residentes. 2.5 Otros supuestos transitorios. 3.- Valoración del derecho transitorio: prudente, pero complejo y discutible (sin plazos).

1.- La necesidad de un tránsito normativo: situaciones consolidadas, situaciones pendientes, complejidad de algunas nuevas medidas.

El Estatuto-Marco del personal estatutario de los Servicios de Salud, aprobado por la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, constituye una reordenación completa del régimen jurídico que se venía aplicando a esos profesionales, tanto sanitarios, como no sanitarios, sean de gestión o de servicios (artículos 1, 6 y 7 del citado Estatuto-Marco, por más que no existe definición legal). Es cierto que en muchos aspectos, esta norma se limita a continuar la senda marcada por anteriores disposiciones legales y reglamentarias —el caso de la selección y provisión, como el de las retribuciones—, pero no lo es menos, que, aun así, se introducen modificaciones significativas que cambian la regulación tradicional —el ejemplo de la carrera profesional, la regulación de la movilidad o los planes de ordenación de recursos humanos—¹.

¹ Estas líneas se circunscriben a las normas transitorias del Estatuto-Marco. Para una aproximación al contenido del Estatuto-Marco, además de los artículos incluidos en esta Revista, la explicación inicial de: J.M^a, Goerlich Peset, "El personal estatutario. Consideraciones sobre el nuevo Borrador de Anteproyecto de "Estatuto básico del personal del

Siendo así, tan importante como el diseño del nuevo marco jurídico, lo es el establecimiento de reglas que permitan un tránsito desde el viejo régimen normativo al nuevo que entra en vigor. Este marco debe permitir no sólo sustituir unas reglas por otras, sino también, cuando lo impongan los bienes jurídicos afectados, proteger las situaciones que deban permanecer inalteradas. La finalidad transformadora perseguida por toda norma nueva debe conciliarse con la necesidad de proteger las situaciones jurídicas preexistentes y además con los tiempos necesarios para adoptar las medidas que permitan

Sistema Nacional de Salud", *Revista Derecho y Salud*, 11, 2003, págs. 47 a 62; ya con el texto definitivo, las explicaciones de: F. Castillo Blanco, "El Estatuto Marco del personal estatutario", en L. Parejo, A. Palomar y M. Vaquer (coord.), *La reforma del Sistema Nacional de Salud*, Marcial Pons. Madrid-Barcelona, 2004, págs. 353 a 386; T. Sala Franco, *El Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, 171 págs., con referencia a las normas transitorias; P. González Salinas y E. Lizárraga Bonelli, *Comentarios a la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud*, Civitas, Madrid, 2005, 999 págs; y A. Palomar y A. V. Sempere, *Comentarios a la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Sanitario de los Servicios de Salud*, Thomson-Aranzadi, 2006, 950 págs. En esta misma revista las aportaciones de: T. Sala Franco, "Las incógnitas del Estatuto Marco", *Revista Derecho y Salud*, 13/1, 2005, págs. 45 a 56; y J.M^a. Pérez Gómez y R. Pérez López, "Régimen jurídico del personal estatutario del Sistema Nacional de Salud", *Revista Derecho y Salud* 13/2, 2005, págs. 187 a 210.

hacer efectivo el cumplimiento de las nuevas medidas. Esta es la función del derecho transitorio; de establecimiento de reglas que articulen la sucesión de normas en el tiempo².

Esa función de articulación entre las normas nuevas del Estatuto-Marco y las sustituidas, recogidas en los viejos estatutos del personal al servicio de las instituciones sanitarias de la Seguridad Social, es la que pretenden cumplir las disposiciones transitorias primera a séptima del Estatuto-Marco, en las que se centran las páginas que siguen³. Y es que no era posible cambiar, sin más, de plano, el régimen jurídico aplicable a los muchos profesionales que trabajan para las Administraciones sanitarias españolas por mucho interés que hubiera tenido el legislador en hacerlo.

2.- El derecho transitorio: eficacia prospectiva y retroactividad del Estatuto-Marco, ultraactividad de los viejos Estatutos y otras disposiciones.

2.1 Eficacia prospectiva del Estatuto Marco.

La disposición final tercera del Estatuto-Marco dice lo siguiente: “La presente ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial del Estado”.

Publicada el 17 de diciembre de 2006 (B.O.E. 301), esa entrada en vigor se produjo el siguiente 18 de diciembre. Este es el día a quó de la disposición derogatoria única que se refiere, de modo expreso, a las siguientes normas:

² La explicación del derecho transitorio: concepto, técnicas y límites, en L.M^e Díez Picazo, *La derogación de las leyes*, Civitas, Madrid, 1990, págs. 161 a 202. Específicamente, para su aplicación con las normas administrativas, la lúcida exposición de J.L. Villar Palasí, *Apuntes de Derecho Administrativo*, I, Madrid, 1977, págs. 475 a 518 y 579 a 614; más tarde, J. A. Santamaría Pastor, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1988, págs. 369 a 386.

³ El análisis de derecho que se deroga en: M. García Piñeras, *Régimen jurídico del personal al servicio de las instituciones sanitarias de la Seguridad Social*, Consejo Económico y Social, Madrid, 1996, 390 págs.; J.P. Landa Zapirain, *La reforma de la sanidad pública y del régimen jurídico de su personal*, Consejo Económico y Social, Madrid, 1999, págs. 153 a 280; y el conjunto de aportaciones incluidas en el libro colectivo *Personal estatutario de la Seguridad Social*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, 385 págs.

a) El artículo 84.1 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

b) El R.D.-Ley 3/1987, de 11 de septiembre, de retribuciones.

c) La Ley 30/1999, de 5 de octubre, de selección y provisión de plazas de personal estatutario y el previo R.D.-Ley 1/1999, de 8 de enero.

d) Y los viejos estatutos: el Estatuto del personal médico de la Seguridad Social (Decreto 3160/1966, de 23 de diciembre), el Estatuto del personal sanitario no facultativo (Orden de 26 de abril de 1973, con excepción del artículo 151), y el Estatuto del personal no sanitario (Orden de 5 de julio de 1971), junto con las normas que los modifican, complementan o desarrollan.

Con este pronunciamiento, el nuevo Estatuto derogó de forma expresa, o determinó su inaplicación al personal estatutario, de todas las normas previas sobre retribuciones, selección y provisión, y régimen jurídico del personal que trabaja para los Servicios de Salud, a lo que se suman las demás normas, pactos y acuerdos que se opongan o contradigan lo dispuesto por esa Ley⁴.

Esa es también la fecha en que, cuando menos de manera formal, el régimen jurídico que conforma el Estatuto-Marco adquirió fuerza obligatoria plena, con desplazamiento del anterior marco normativo. Es preciso destacar, además, que, salvo una cuestión puntual, la nueva Ley carece de eficacia retroactiva, cuando menos expresa, de acuerdo con las posibilidades abiertas al legislador (artículo 2.2 del Código Civil).

El juego normativo apuntado puede llevar a la conclusión de que el nuevo régimen se aplicará a las situaciones nacidas después de su vigencia, mientras que, por razones de seguridad jurídica, los viejos estatutos y normas derogadas seguirán resolviendo las cuestiones referidas a situaciones anteriores,

⁴ Confirma esta interpretación el párrafo primero del apartado 1 de la disposición y el número 2 de la misma. Aquél deroga cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan o contradigan lo dispuesto por el Estatuto-Marco. El número 2 de la misma dice que mantienen su vigencia los pactos y acuerdos que no sean contrarios ni se opongan a esa Ley; lo que es una repetición del anterior apartado que nada añade.

hasta la extinción de éstas. Lo cierto, por el contrario, es que esta separación no es tan diáfana, ni mucho menos: las disposiciones transitorias del Estatuto-Marco lo ponen de manifiesto. Como se verá, la nueva Ley quiere incidir sobre las situaciones preexistentes, pero, para lograrlo sin generar vacíos normativos, a modo de paradoja, necesita que emplee parte del derecho derogado, siquiera de modo provisional, hasta la plena aplicación de sus disposiciones.

2.2 Retroactividad puntual del Estatuto-Marco: reincorporación servicio activo.

Los artículos 62 a 69 del Estatuto-Marco regulan las situaciones (administrativas) del personal estatutario. La regulación es equivalente a la que establecen los artículos 29 y 29.bis de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la Función Pública y el R.D. 365/1995, de 10 de marzo, que aprueba el reglamento de situaciones administrativas del personal al servicio de la Administración General del Estado. De este modo, la nueva norma se separa de cuadro de situaciones que recogen los artículos 9 a 19 del Estatuto del Personal Médico de la Seguridad Social (de igual forma que los artículos 39 a 49 del Estatuto del personal sanitario no facultativo y los artículos 30 a 39 del Estatuto del personal no sanitario).

La disposición transitoria cuarta del Estatuto-Marco se refiere a una situación particular afectada por este cambio normativo. La de quienes no estén en situación de servicio activo a la entrada en vigor de la nueva norma. En concreto, los que se encuentren en esa situación lo harán con los efectos, derechos y deberes que de ella se deriven en tanto se mantengan las causas determinantes de esa situación; por tanto, en los términos dispuestos por el respectivo estatuto en el momento de pasar a esa situación de no activo.

Ahora bien, y en esto consiste la medida, el reingreso al servicio activo se realizará de conformidad con lo dispuesto por las normas que estén vigentes en el momento que se vaya a realizar, sin que sea oponible el régimen vigente cuando se cambió de situación (por ejemplo, el establecido por los artículos 15 y 16 del Estatuto del Personal Médico). En

este sentido, si en ese momento estuviera vigente la ley que se analiza, el reingreso se llevaría a cabo de acuerdo con lo previsto por el artículo 69 en relación con el 37 del Estatuto-Marco.

En fin, esta previsión normativa es un caso de retroactividad de grado medio (STC. 182/1997, f.j. 11^a).

2.3 Ultraactividad de los viejos Estatutos y otras disposiciones derogadas.

a) Expedientes en trámite.

Como es sabido, uno de los problemas de derecho intertemporal de la normativa sobre empleo público es el que suscitan los procesos de selección y provisión que se encuentran en ejecución cuando se produce un cambio legislativo.

El nuevo Estatuto-Marco se enfrenta a esta realidad en la disposición transitoria quinta: los procedimientos de selección y de provisión amparados por la Ley 16/2001, de 21 de noviembre, por el que se establece un proceso extraordinario de consolidación y provisión de plazas de personal estatutario, y, con ella, los equivalentes amparados en normas autonómicas, se seguirán tramitando de conformidad con lo establecido en dichas normas. Dicho de otro modo, esos procedimientos selectivos continuarán como si la nueva ley no hubiese entrado en vigor. Esta es la previsión expresa ⁵.

Este mandato no es sino una manifestación particular del principio de unidad de procedimiento que lleva a aplicar a aquél la norma vigente en el momento en que se inició; una regla que se refuerza con la condición de acto declarativo de derechos propia de cualquier convocatoria pública de acceso y provisión de puestos en la Administración Pública (por todas, STS. 3^a, 14 de marzo de 1989, Ar. 2301; la condición no normativa: por todas, STS. 3^a, 16 de junio de 1997, Ar. 5262).

Lo relevante de esta disposición es que este mismo principio es aplicable al resto de expedientes en tramitación, cualquiera que sea su objeto, a menos que una norma expresa establezca un criterio distinto

⁵ Con todo, debe recordarse que esa Ley 16/2001 es una norma temporal y como declara de forma expresa su disposición final segunda.

—la cual, por otra parte, tendría naturaleza revocatoria con las consecuencias indemnizatorias correspondientes—.

En efecto, a partir de la disposición transitoria de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, a la que da continuidad la vigente disposición transitoria segunda, 1, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, es jurisprudencia reiterada que, iniciado un expediente, rige el principio de unidad de procedimiento, debiendo resolverse los problemas de intertemporalidad conforme a esas normas transitorias. En este sentido se afirma lo siguiente: *“es principio fundamental del derecho transitorio que el procedimiento iniciado bajo una cierta normativa ha de tramitarse y resolverse con arreglo a ella, y así lo señala con claro valor general la disposición transitoria única de la Ley de Procedimiento Administrativo”* (por todas, para la Ley de Procedimiento de 1958, la STS. sala 3^a, sección 4^a, de 2 de noviembre de 1993, f.j. 6^o, Ar. 8769, con cita de otras muchas anteriores, para la Ley de Procedimiento Administrativo Común, entre otras, STS. sala 3^a, sección 5^a, de 14 de junio de 2005, f.j. 1^o, Ar. 6680).

En suma, en defecto de cualquier otra previsión, los procedimientos incoados con anterioridad a la entrada en vigor del Estatuto-Marco seguirán el trámite de la normativa vigente en el momento de iniciación.

b) Aplicación paulatina del Estatuto-Marco o vigencia provisional de las normas derogadas: análisis de la disposición transitoria sexta.

El Estatuto-Marco diseña un régimen jurídico completo para el personal estatutario de las Administraciones Sanitarias, un régimen que abarca desde la selección, hasta la jubilación, pasando, entre otras, por la clasificación y funciones, las retribuciones y las situaciones administrativas. Aun dando continuidad a muchas cuestiones ya reguladas, lo cierto es que la derogación expresa de todo el derecho anterior, según se explicó, trae consigo (o puede traer) una situación de incertidumbre sobre el derecho aplicable, en tanto que parte del nuevo marco legal precisa de un desarrollo para su adecuada aplicación o,

cuando menos, una adaptación de la normativa vigente. Este es la función que pretende cumplir la disposición transitoria sexta de la ley que se estudia titulada: *“Aplicación paulatina de esta Ley”*. Una disposición que modera, aun de modo provisional, tanto el efecto innovador del Estatuto-Marco, como su fuerza derogatoria. Se trata de la disposición más relevante de cuantas conforman el derecho transitorio de esta Ley.

—La primera medida (apartado a) se refiere a la carrera profesional (artículo 40 del Estatuto-Marco) y a las retribuciones complementarias (artículo 43). Sus términos son los siguientes:

“a) Las previsiones de los artículos 40 y 43 de esta ley entrarán en vigor, en cada servicio de salud, cuando así se establezca en las normas a que se refiere su artículo 3. En tanto se produce tal entrada en vigor se mantendrán vigentes, en cada servicio de salud y sin carácter básico, las normas previstas en la disposición derogatoria única.1.b, o las equivalentes de cada comunidad autónoma”.

Se trata del mandato más drástico: el retraso en la entrada en vigor. La vigencia de esos dos preceptos queda demorada hasta que cada Comunidad Autónoma dicte las normas que permitan su aplicación. Mientras tanto, añade la disposición, se mantendrán vigentes los preceptos correspondientes del R.D.-Ley 3/1987, de 11 de septiembre, de retribuciones (que es la norma a la que se refiere el citado apartado 1.b), si bien, sin carácter básico, y, de igual modo, las normas autonómicas equivalentes, lo que incluye las reguladoras de la carrera profesional anteriores a la aprobación de esta Ley⁶.

Lo primero que llama la atención de esta disposición es la falta de plazo para desarrollar las materias señaladas. En teoría, la situación podría extenderse de forma indefinida. Bien es cierto, por lo que se refiere a la carrera profesional, que la disposición

⁶ Este es el caso, a título de ejemplo, del Decreto 278/2003, de 13 de noviembre, por el que se aprueba y desarrolla el modelo de carrera profesional del personal facultativo del Servicio Canario de la Salud (B.O.C. 223, 14 de noviembre de 2003).

transitoria segunda de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de Ordenación de Profesiones Sanitarias sí que fija un término para iniciar los procedimientos necesarios para su implantación (en los cuatro años siguientes a su entrada en vigor).

Otro aspecto a destacar es la declaración de vigencia del R.D.-Ley 3/1987, pero sin carácter básico. Parece un pronunciamiento excesivo, pero, sobre todo, innecesario.

El legislador del Estatuto-Marco, que ejerce la competencia básica del Estado en materia de empleo público y de sanidad como recuerda en la disposición final primera (al amparo del artículo 149.1.18 y 16 CE), decide que esa norma sobre retribuciones deja de tener carácter básico; es de suponer que con el fin de evitar un hipotético conflicto entre las normas del nuevo Estatuto y esa regulación. Ahora bien, si deja de ser norma estatal básica, sólo puede pasar a ser norma estatal supletoria y, de acuerdo con una reiterada jurisprudencia constitucional, el Estado carece de título para dictar normas supletorias. Siendo así es posible concluir que esa disposición legal está incurrida en causa de inconstitucionalidad por incompetencia del Estado para darle ese carácter (por todas, STC. 61/1997, f.j. 12). Y es que puede derogarla, puede mantenerla en vigor, pero no puede cambiar su condición básica; esta es la consecuencia de aquella doctrina.

Por otra parte, la finalidad que parece perseguir esta norma: evitar un caso de colisión normativa, no es motivo suficiente para justificar ese cambio de naturaleza. Nada impedía al legislador disponer la ultraactividad de esa norma, en concreto lo referido a retribuciones complementarias, con su carácter básico declarado incluso por algunas sentencias, hasta tanto las Comunidades dictaran las normas de aplicación del artículo 43 del Estatuto-Marco, produciéndose entonces su efectiva desaparición del ordenamiento jurídico. Tampoco la mera derogación habría de provocar ruptura alguna. No sólo porque algunas Comunidades ya tienen sus propias normas sobre las retribuciones de este personal, como por la afirmada supletoriedad de la legislación sobre la función pública, mediante remisión expresa, que, llegado el caso, serviría para resolver los problemas

que pudieran producirse (artículo 2.2 del Estatuto-Marco)

Por último, resulta discutible que la pérdida de vigencia se produzca en cada Comunidad Autónoma en momentos distintos en función de aquél en que procedan a dictar sus propias normas de aplicación; cuando menos ese es el tenor literal del precepto. Y es controvertido porque, siendo norma básica, su aplicación debería ser igual en todo el territorio nacional, sin que el reconocimiento de una diversidad de iniciativas autonómicas justifique esta previsión de derogación sucesiva por territorios.

-La segunda medida (apartado b) se refiere al nuevo régimen de categorías y funciones profesionales, de las que se ocupan los artículos 15 y 17.1.a) y 19.a) del Estatuto-Marco.

“b) Se mantendrán vigentes, en tanto se procede a su regulación en cada servicio de salud, las disposiciones relativas a categorías profesionales del personal estatutario y a las funciones de las mismas contenidas en las normas previstas en la disposición derogatoria única 1.e), f) y g)”

El mandato consiste en mantener vigentes las disposiciones de los tres Estatutos, del personal médico (artículos 20 a 26), del personal sanitario no facultativo (artículos 57 a 85) y del personal no sanitario (artículos 11 a 14), relativas a esas dos materias hasta tanto las Comunidades Autónomas lleven a cabo su regulación conforme al Estatuto-Marco.

Con esta previsión, se modifica el alcance y significado de la disposición derogatoria única de la Ley que establece de forma expresa la extinción de estos estatutos (apartados 1.e, f y g). La norma que se analiza funciona como una condición suspensiva de la eficacia de la disposición derogatoria, con la singularidad, repetida, de que la vigencia de esta, pese a su carácter básico, se hace depender de la iniciativa normativa autonómica.

En cuanto al fondo, la remisión al desarrollo autonómico de conformidad con el Estatuto-Marco precisa una aclaración. La adecuación a esta Ley lo será con respecto a la clasificación y categorías de personal de aquél (artículos 6, 7, 13 y 15). Por el

contrario, el desarrollo de las funciones requiere el cumplimiento de las que contiene la Ley de Ordenación de Profesiones Sanitarias para cara uno de los títulos habilitantes (específicamente, sus artículos 6 y 7).

-La siguiente medida (apartado c) se refiere a las normas sobre selección y provisión de personal estatutario incluidas en los artículos 29 a 35 del Estatuto-Marco. Sus términos son los siguientes:

“c) Se mantendrá vigente, con rango reglamentario y sin carácter básico, y en tanto se proceda a su modificación en cada servicio de salud, la norma citada en la disposición derogatoria única 1.d)”.

Esta previsión dispone la vigencia del R.D.-Ley 1/1999, de 8 de enero, sobre selección y provisión de plazas en instituciones sanitarias de la Seguridad Social, hasta que se proceda a su modificación en cada Servicio de Salud, si bien, con carácter reglamentario y no básico⁷.

Llama la atención que se mantenga vigente el citado R.D.-Ley 1/1999 y no, por el contrario, la Ley 30/1999, de 5 de octubre, que ya lo derogó de forma expresa, lo sustituyó como norma reguladora de la selección y provisión de este personal sanitario y, además, con carácter provisional determinó la vigencia de algunos de sus preceptos con rango reglamentario (cfr. disposición transitoria única, apartado 1 de la citada Ley 30/1999). Un doble efecto, derogatorio y de rebaja de rango, que volvió a recordar la disposición final segunda de la Ley 16/2001, de 21 de noviembre, del proceso extraordinario de consolidación y provisión de plazas de personal estatutario.

En cualquier caso, tres son las reflexiones que merece esta previsión legal:

a) En cuanto a la pérdida del carácter básico, es preciso remitirse a la crítica formulada más atrás sobre esta cuestión.

b) La decisión del legislador de rebajar de rango la norma: de ley a reglamento me-

rece una doble crítica: la primera, su innecesariedad puesto que esa medida había sido adoptada antes por la disposición derogatoria de la Ley 30/1999, de modo que ya tenía carácter reglamentario; y la segunda, su nulidad por contraria al principio de reserva material de ley que rige esta materia⁸; garantía constitucional que no decae porque la norma sea provisional o transitoria (como recuerdan, entre otras, las SS.TC. 133/1990 y 172/1996, f.j. 5°).

c) Por último, en ningún caso, las Comunidades Autónomas podrán modificar esta norma estatal, sea cual sea su rango. Distinto es que, en ejercicio de su propia competencia, la entrada en vigor de sus propias normas produzca el desplazamiento de la normativa estatal hasta entonces vigente. Se volverá sobre este punto más adelante.

-La cuarta y última medida (apartado d, de la disposición transitoria sexta, apartado primero) tiene que ver con las prestaciones sociales reconocidas de acuerdo con las previsiones de los tres estatutos del personal de las instituciones sanitarias de la Seguridad Social (artículos 38 y siguientes del Estatuto del Personal Médico, artículos 72 y siguientes del Estatuto del Personal Sanitario no facultativo, artículos 141 y siguientes del Estatuto del Personal No Sanitario). Su tenor es el siguiente:

“d) Las prestaciones de carácter social previstas en las disposiciones a que se refieren los párrafos e), f) y g) de la disposición derogatoria única.1, se mantendrán exclusivamente respecto a quienes ostenten derechos subjetivos ya adquiridos a tales prestaciones en el momento de entrada en vigor de esta Ley”.

⁷ Que cuenta con antecedentes en la legislación sanitaria: la disposición derogatoria segunda de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

⁸ Como recuerda una jurisprudencia constitucional reiterada: por todas, STC. 99/1987, f.j. 3.a), que se refiere a la normación relativa a la adquisición de la condición de funcionario público (reiterado, entre otras, por las SS.TC. 37/2002 y 1/2003); y, específicamente, para la selección y provisión de personal estatutario, la STC. 203/1998, f.j. 5°, que anuló el artículo 34 de la Ley 4/1990, que pretendía esa ordenación.

En resumen, el legislador dispone la conservación de esas prestaciones por quienes ostenten derechos subjetivos adquiridos con respecto a las mismas en el momento de entrada en vigor del nuevo Estatuto.

A diferencia de las anteriores, esta previsión nada tiene que ver con la aplicación paulatina del Estatuto-Marco, ni tampoco con la ultraactividad de los estatutos que se derogan. Buena prueba de su diferente naturaleza jurídica es que se trata del único apartado que no condiciona su vigencia a la intervención reguladora de Administración Pública alguna. Esta medida es manifestación del principio que prohíbe la retroactividad de las leyes con respecto a derechos individuales consolidados (artículo 9.3 CE). El texto es diáfano: derechos subjetivos ya adquiridos. Y es que, en estos supuestos, aquella eficacia está prohibida por razones de seguridad jurídica, pero también porque, de afectarlas, supondría un caso singular de expropiación de derechos. En rigor, en lugar de aplicación paulatina, esta norma debiera haberse titulado: conservación de derechos y merecer un tratamiento diferenciado.

El análisis de esta disposición transitoria sexta, primero, no puede cerrarse sin apuntar un interrogante: ¿cuál fue el criterio seguido por el legislador para establecer la aplicación paulatina del Estatuto-Marco en unas materias y no en otras? La pregunta resulta de la mera comprobación que otras materias, en las que se también se produce la llamada a la regulación autonómica, quedaron fuera de estas previsiones transitorias. A saber: los registros de profesionales (artículo 6 en relación con los artículos 5.2 y 8.4 de la Ley de Ordenación de Profesiones Sanitarias), los planes de recursos humanos y la previa homologación de categorías (artículo 12 y 37) y el procedimiento disciplinario (artículo 74.1). Más allá de la discrecionalidad del legislador para diseñar el derecho intertemporal, es difícil reconocer, si es que lo hubo, el criterio rector de esta diferencia de tratamiento

A modo de conclusión, valorado en conjunto el contenido de este primer apartado de la disposición transitoria sexta del Estatuto-Marco, debe ponerse de

manifiesto el enorme influjo que su redacción recibe de la idea de lo básico que tiene el legislador.

En efecto, la vinculación de la vigencia de determinadas normas estatales, derogadas, con la iniciativa legislativa de cada Comunidad Autónoma para desarrollar determinados aspectos de la nueva Ley, sólo se entiende a partir de una concepción de lo básico como un conjunto de principios y objetivos generales, ineficaces por sí mismos, cuya efectiva aplicación depende de la actuación autonómica. Una explicación válida para entender la remisión expresa al desarrollo legislativo autonómico que formula el artículo 3.1 del Estatuto-Marco; pese a ser innecesaria, porque esa facultad nace del respectivo Estatuto de Autonomía. Más allá de la bondad política de este planteamiento, lo cierto es que lo básico es un mínimo normativo común y uniforme, susceptible de diversos desarrollos autonómicos, pero eficaz por sí mismo (por todas, STC. 98/2004), sin que la relación bases-desarrollo sea equiparable a la existente entre una directiva europea y una norma estatal de transposición⁹. Igualmente, el sistema constitucional de competencias se opone a que la vigencia de una norma estatal básica dependa de la iniciativa legislativa de cada Comunidad Autónoma (se trata de un conflicto de sentido contrario al tratado por la STC. 1/2003). Ni siquiera la innegable necesidad de coordinación y articulación que caracteriza el sistema sanitario público justifica este singular entendimiento¹⁰.

2.4 Un caso particular de ultraactividad: la aplicación progresiva de la jornada especial y la propia de los residentes.

a) El límite máximo de la jornada especial.

El número 2 de la disposición transitoria sexta del Estatuto-Marco dispone que el límite máximo de 150 horas anuales, en concepto de jornada especial, a que se refiere el artículo 49.1, segundo párrafo, del

⁹ Sobre lo básico en materia de función pública, la explicación realizada en: F.J. Villar Rojas, "La retribución del profesorado universitario: aspectos competenciales", *Anales de la Facultad de Derecho, Universidad de La Laguna*, 2006.

¹⁰ Así se explicó en: J.M. Sala Arquer y F.J. Villar Rojas, "La cooperación en la sanidad pública", *Revista de Derecho y Salud*, 10/1, 2002, págs. 79 a 94.

mismo, se aplicará de forma progresiva durante los 10 años siguientes a la entrada en vigor en la forma que se determine mediante Real Decreto del Gobierno, previa elaboración de un informe que evalúe sus implicaciones y consecuencias, sobre todo de financiación y necesidad de especialistas. Desde la condición de norma transitoria, el significado de esta disposición es que el cumplimiento del límite legal de la jornada especial se demora hasta diez años, lo que supone la vigencia durante ese periodo de tiempo de las normas que vienen regulando esa clase de tiempo de trabajo¹¹. El sentido de esta previsión requiere un breve apunte sobre esa clase de jornada.

La “jornada especial” es un tiempo de trabajo, distinto del ordinario (artículo 47 del Estatuto-Marco) y del complementario (artículo 48), dirigido a garantizar la atención continuada y permanente de las necesidades asistenciales cuando aquella doble jornada sea insuficiente. Se trata de un tiempo de trabajo que tiene carácter voluntario para los profesionales –quienes habrán de manifestar su consentimiento por escrito–, y que no puede superar el límite máximo de 150 horas al año por encima de la jornada ordinaria y complementaria, esto es, 48 horas semanales de trabajo efectivo (artículo 48.2 del Estatuto-Marco, el límite establecido por el artículo 6.2 de la Directiva 93/104/CEE). Así viene establecido por el apartado segundo del artículo 49 del Estatuto-Marco.

La jornada especial depende de la jornada complementaria en un doble sentido: en cuanto a su naturaleza y en cuanto a su ámbito subjetivo de aplicación. El artículo 49.1 del Estatuto Marco es claro: *“Cuando las previsiones del artículo anterior fueran insuficientes para garantizar la adecuada atención continuada y permanente... podrá superarse la duración máxima conjunta de la jornada ordinaria y la*

jornada complementaria ... los excesos ... tendrán el carácter de jornada complementaria y un límite máximo anual de 150 horas al año”. El citado artículo anterior, el 48 del Estatuto, es el que se ocupa de la jornada complementaria, esto es, aquella que se puede realizar cuando se trata de la prestación de servicios de atención continuada y con el fin de garantizar la adecuada atención permanente; una jornada que *“sólo será de aplicación al personal de las categorías o unidades que con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley vinieran realizando una cobertura de la atención continuada mediante guardias u otro sistema análogo”*. En consecuencia, la jornada especial es una suerte de prolongación voluntaria de la jornada complementaria, que sólo es válida cuando la jornada normal –suma de ordinaria y complementaria– sea insuficiente para garantizar la atención continuada y de urgencias. De otra parte, esta jornada se circunscribe exclusivamente a los servicios y profesionales encargados de la atención sanitaria continuada, las demás unidades y profesionales quedan excluidas.

En cuanto al impacto de la jornada especial sobre el tiempo de trabajo es preciso considerar dos aspectos fundamentales: el primero, que esta clase de jornada sólo es de aplicación cuando se agote la jornada semanal máxima de 48 horas, suma de la ordinaria y la complementaria; y, el segundo, que el mandato legal consiste en prohibir que el incremento horario supere las 150 horas anuales. Dicho de otro modo, una vez agotada la jornada semanal máxima, cualquiera que sea su modalidad de cómputo, las “guardias” añadidas no podrán exceder del tope horario señalado. La consecuencia es clara: si pese a esa jornada especial la demanda asistencial continúa, la asistencia deberá ser cubierta por otros profesionales.

En este punto, la jornada especial supone un cambio drástico con respecto al régimen tradicional de las guardias; y explica la necesidad de una aplicación paulatina de la misma, para pasar de un régimen casi sin límite (guardias) a uno restringido en horas y basado en la voluntariedad.

La situación de partida es la jornada máxima anual que un profesional sanitario puede realizar de

¹¹ Como es sabido, la regulación de la jornada es motivo principal de aprobación del Estatuto-Marco, acuciado el legislador estatal por la demora en trasponer la Directiva 93/104/CE, del Consejo, de 23 de noviembre, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, aplicable directamente a los profesionales sanitarios, con su limitación máxima de la jornada laboral en 48 horas. Apremiado por la demora en la trasposición, pero también, incluso más, por la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 3 de octubre de 2000, asunto C-303/98, que declaró su aplicación sin ambages sobre el personal de los servicios públicos sanitarios españoles.

acuerdo con el Estatuto-Marco sin el límite de las 150 horas anuales de jornada especial. El informe a que se refiere la disposición transitoria sexta concluye que el número máximo de horas disponibles para guardias (jornada especial) es de 1152 horas/año¹². Se trata de un cálculo medio, pero, aún así, constituye una referencia válida. De este modo, la citada jornada especial, sin limitación, podría llegar hasta 1152 horas anuales, porque el profesional sanitario no dispone de más tiempo en el año. Esa es la cifra de referencia que debe ser reducida en un plazo de diez años hasta llegar a las 150 horas anuales. En consecuencia, la disposición transitoria analizada obliga a “reordenar” un máximo de 1000 horas anuales por profesional sanitario involucrado en la atención continuada en la actualidad. Un número de horas que equivale a 83 guardias anuales de 12 horas, o a 58 guardias anuales de 17 horas. Bien es cierto que se trata de una cantidad máxima, lo normal es que esta carga asistencial sea menor, incluso que la aplicación efectiva de la norma que no considera trabajo efectivo la libranza posterior a la guardia reduzca aun más esa cifra (artículo 58.2 del Estatuto-Marco). Pero, de acuerdo con el informe mencionado, ese dato es válido en tanto que referencia máxima que no se puede superar.

La reducción debe producirse a lo largo de diez años, en la forma y manera que determina un reglamento aun no aprobado. Mientras tanto, y aquí aparece el carácter transitoria de la norma, el límite legal establecido por el Estatuto-Marco queda pendiente de aplicación plena.

Con todo, para concluir, es preciso destacar que la normativa europea no establece límite horario alguno, tan sólo impone el carácter voluntario de esta parte del tiempo de trabajo de los profesionales sanitarios (cfr. artículo 18.1.b de la Directiva 93/104/CE, en iguales términos, el artículo 22.1 de la

Directiva 2003/88/CE que derogó la anterior). El límite legal y, con ello, los problemas que su cumplimiento acarrea de financiación, organización asistencial y necesidad de más especialistas, es decisión del legislador estatal.

b) La aplicación progresiva de la jornada de los residentes.

La última previsión se refiere a la jornada del personal sanitario en formación como especialistas en residencia.

El régimen de este personal se encuentra en los artículos 15 a 32, en particular el artículo 20, de la Ley de Ordenación de Profesiones Sanitarias. Lo que prevé el Estatuto-Marco es la forma de aplicación a este personal del límite máximo de 48 horas de jornada; junto con un recordatorio al Gobierno para que regule la relación laboral especial de este personal (artículo 11.4 del Estatuto-Marco¹³).

Pues bien, la disposición transitoria primera del nuevo Estatuto determina tres plazos en orden a la implantación de esa jornada laboral máxima: a) 58 horas semanales de promedio en cómputo anual hasta el 31 de julio de 2007, b) 56 horas semanales hasta el 31 de julio de 2008, y c) 48 horas semanales a partir de esa fecha¹⁴. Se trata de una programación temporal que cuenta con la cobertura directa del artículo 17.5 de la Directiva 2003/88/CE.

2.5 Otros supuestos transitorios.

Otras normas transitorias se ocupan de los siguientes temas particulares:

-La equiparación de las distintas clases de personal estatutario (artículos 6.2 y 7.2 del Estatuto-Marco) con los grupos de clasificación de los funcionarios públicos regulados por el artículo 25 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la Función Pública (disposición transitoria segunda).

¹² Borrador de Informe preceptivo de la Comisión de Recursos Humanos del Sistema Nacional de Salud sobre la aplicación del límite máximo de 150 horas de la jornada especial que establece el artículo 49.2 del Estatuto Marco del personal estatutario de los Servicios de Salud, que se emite de acuerdo con lo dispuesto por la disposición transitoria sexta.2 del citado Estatuto-Marco, elaborado y aprobado el 27 de julio de 2005, por la Comisión Técnica de Personal de los Servicios de Salud para su elevación al Pleno de la Comisión de Recursos Humanos (manuscrito, 33 págs).

¹³ Este desarrollo se ha producido por el R.D. 1146/2006, de 6 de octubre, por el que se regula la relación laboral especial de residencia para la formación de especialistas en Ciencias de la Salud.

¹⁴ La disposición transitoria primera del mencionado R.D. 1146/2006 reitera el contenido de la disposición transitoria del Estatuto-Marco que se comenta en el texto.

Se trata de una equiparación tradicional, equivalente a la que se establece con los distintos grupos del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas, en atención a la titulación requerida para acceder al empleo público. La única consideración que merece esta disposición es que no es una norma transitoria, sino que se trata de una disposición adicional. No lo es porque la eventualidad –la previsión- de un cambio en la clasificación general de los funcionarios públicos carece de virtualidad como para producir ese efecto jurídico.

-La posibilidad de integración del personal de cupo y zona en el régimen de prestación de servicios y retribuciones que establece el Estatuto-Marco para el personal estatutario (disposición transitoria tercera).

Nuevamente, se trata de una norma adicional. La posibilidad de que todo el personal de cupo y zona se acoja a esta posibilidad, determinando la desaparición de esa clase de personal sanitario, no es causa bastante para considerar que se trata de una norma transitoria; lo sería si se declarara extinguido ese estatuto jurídico ¹⁵.

-La posibilidad de que quienes hubieran cumplido 60 años a la entrada en vigor de la ley, puedan prolongar su edad de jubilación hasta alcanzar los 35 años de cotización a la Seguridad social (disposición transitoria séptima).

La razón de ser de esta medida se encuentra en el cambio legal de la edad de jubilación. Las normas estatutarias derogadas fijaban la jubilación obligatoria en los 70 años (artículo 17 del Estatuto Personal Médico, artículo 138 del Estatuto del Personal Sanitario no Facultativo, artículo 23 del Estatuto del Personal no Sanitario). El artículo 26.2 del nuevo Estatuto reduce esa edad hasta los 65 años. No obstante, con carácter excepcional, admite su prolongación hasta los 70 años previa autorización del Servicio de Salud; y, en todo caso, previa petición del afectado, en el caso de que al profesional le resten 6 o menos

años de cotización para causar pensión de jubilación (artículo 26.3).

Pues bien, lo que pretende resolver la disposición transitoria que se estudia es la situación en la que se pueden encontrar quienes, contando con que se jubilarían a los 70 años, el recorte de la edad máxima de jubilación, junto con su edad –cumplidos 60 años-, hace inviable que puedan cotizar el tiempo suficiente para alcanzar la pensión máxima, quebrando aquella expectativa. A diferencia de los anteriores, ésta sí que es una disposición transitoria.

3.- Valoración del derecho transitorio: prudente, pero complejo y discutible (sin plazos).

En un tiempo de sobreproducción legislativa, caracterizada además por la voluntad de su implantación y transformación social automática -en ocasiones parece que se quieren aplicar desde que el Gobierno aprueba el proyecto de ley-, la preocupación del Estatuto-Marco por establecer unas reglas con las que compatibilizar el viejo con el nuevo ordenamiento y, en su caso, resolver con la primacía de uno u otro los posibles conflictos, merece ser valorado positivamente, en tanto que decisión prudente y razonable ante una realidad compleja por el número de profesionales afectados, por la variedad de situaciones jurídicas que coexisten y por la condición esencial del servicio público sanitario que prestan.

Con todo, la formulación del derecho transitorio resulta compleja. Como ha quedado dicho, se deroga el derecho anterior, pero se mantiene vivo de forma indefinida aunque provisional a través de disposiciones que operan como condiciones suspensivas de la eficacia de aquella derogación. Menos complicado habría sido modular la disposición derogatoria con las cláusulas accesorias adecuadas a cada caso, aclarando con ello la finalidad de asegurar la continuidad del ordenamiento que parece el objetivo del legislador. En otros términos, la técnica normativa utilizada resulta demasiado compleja para los fines perseguidos, tanto más cuando se considera la existencia de fórmulas más directas.

Por otra parte, el derecho transitorio estudiado incorpora varios elementos más que discutibles, entre ellos, hacer depender la vigencia de normas esta-

¹⁵ Esta oferta de integración ya se recogía en la disposición transitoria cuarta del R.D. 137/1984, de 11 de enero, de estructuras básicas de Salud. Sobre algunos problemas con este personal: G. Villarino Samalea, "El personal al servicio de la sanidad local: los funcionarios sanitarios locales", *Revista de Derecho y Salud*, 5/1, 1997, págs. 43 a 58.

tales de la acción de cada servicio de salud, territorializar o autonomizar la vigencia de aspectos fundamentales del Estatuto-Marco, así como la ausencia de plazos para que esta condición se cumpla. Todas ellas parecen ser el reflejo de un singular entendimiento de la relación bases (estatal)-desarrollo legislativo (autonómico) que no se corresponde con la construcción constitucional de esta relación de títulos competenciales. Además, la falta de plazos de adaptación acrecienta la situación de incertidumbre sobre

la aplicación o no de la legislación básica (Estatuto-Marco) que bien puede derivar en arbitrariedad.

En fin, el derecho transitorio del Estatuto-Marco permite un tránsito razonable desde un régimen jurídico preconstitucional del personal estatutario –aun corregido por la jurisprudencia- hacia otro acomodado al Estado de las Autonomías. Ahora bien, la efectiva consecución de ese objetivo pasa por una interpretación y aplicación de sus normas que eviten los riesgos y tensiones que su tenor literal, tal y como ha sido expuesto, puede llegar a producir.