

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.

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

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.Mª, Goerlich Peset, "El personal estatutario. Consideraciones sobre el nuevo Borrador de Anteproyecto de "Estatuto básico del personal del

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 (coords), *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.Mª. 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.^{ma} Díez Picazo, *La derogación de las leyes*, Cívitas, 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 Piqueras, *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 pre-existentes, 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. 11ª).

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 expresa⁵.

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. 3ª, 14 de marzo de 1989, Ar. 2301; la condición no normativa: por todas, STS. 3ª, 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 tal 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 incurso 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 básico ⁷.

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 materia ⁸; 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 transitorio 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 jurídico¹⁵.

–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.