

Capítulo IV. EL PERSONAL DEL SERVICIO ANDALUZ DE SALUD: CÓDIGO NUMÉRICO, ACREDITACIÓN Y CARRERA PROFESIONAL

Juan Francisco Pérez Gálvez

Este trabajo ha sido elaborado en el seno de la convocatoria del Ministerio de Economía y Competitividad, Proyecto de Investigación DER2013-48416-C2-2-R, cuyo investigador principal es el prof. Juan Francisco Pérez Gálvez

I. SALUD Y SALUD PÚBLICA EN ANDALUCÍA: DETERMINACIONES SOBRE EL PERSONAL

El régimen jurídico del personal estatutario del Servicio Andaluz de Salud es amplio y complejo. Intentar abordar en su totalidad todas las cuestiones que afectan al mismo, sería una labor más propia de un tratado ad hoc. Es por ello, que en esta colaboración, sólo me voy a referir a las que figuran en el título, dejando para mejor ocasión el estudio de las demás.

La Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía, determina la organización territorial de los servicios sanitarios en nuestra Comunidad Autónoma. El Sistema Sanitario Público de Andalucía se organiza en demarcaciones territoriales denominadas áreas de salud, las cuales se han delimitado atendiendo a factores geográficos, socioeconómicos, demográficos, laborales, epidemiológicos, culturales, ambientales, de vías y medios de comunicación homogéneos, así como de instalaciones sanitarias existentes y teniendo en cuenta la ordenación territorial establecida por la Junta de Andalucía.

El Área de salud constituye el marco de planificación y desarrollo de las actuaciones sanitarias, debiendo disponer de la financiación y dotaciones necesarias para prestar los servicios de atención primaria y especializada, asegurando la continuidad de la atención en sus distintos niveles y la accesibilidad a los servicios del usuario. Con la finalidad de alcanzar la mayor eficacia en la organización y funcionamiento del Sistema Sanitario Público de Andalucía, cada área de salud se divide territorialmente en zonas básicas de salud.

La ordenación funcional determina que la asistencia sanitaria se prestará de manera integrada a través de programas médico-preventivos, curativos, rehabilitadores, de higiene y educación sanitaria. La asistencia sanitaria se organiza en los siguientes niveles, que actuará bajo criterios de coordinación: atención primaria y atención especializada.

El personal al servicio del Sistema Sanitario Público de Andalucía estará formado por:

- a) El personal de la Administración de la Comunidad Autónoma de Andalucía que preste sus servicios en el Sistema Sanitario Público de Andalucía.
- b) El personal de otras Administraciones Públicas que se adscriba para prestar servicios en el Sistema Sanitario Público de Andalucía.
- c) El personal del Servicio Andaluz de Salud y de las empresas públicas y entes de carácter sanitario del Sistema Sanitario Público de Andalucía.
- d) El personal que se incorpore al mismo de acuerdo con la normativa vigente.

La clasificación y régimen jurídico del personal del Sistema Sanitario Público de Andalucía, y de los organismos y/o entidades adscritos o que lo conformen, se regirán por las disposiciones que respectivamente le sean aplicables, atendiendo a su procedencia y a la naturaleza de su relación de empleo.

Cuando exista personal estatutario con plaza en propiedad en centros, servicios o establecimientos sanitarios que pasen a ser gestionados por entidades de naturaleza o titularidad pública creadas a tal efecto, dicho personal se mantendrá en situación de activo, si bien se le ofertará la posibilidad de incorporarse voluntariamente al régimen jurídico de personal de la entidad creada.

Al personal estatutario, cuyo régimen jurídico se modifique como consecuencia de su incorporación a las plantillas de las entidades que se constituyan por la Administración de la Junta de Andalucía con fines sanitarios, y se adscriba al Sistema Sanitario Público de Andalucía, se le reconocerá el tiempo de servicios prestados a efectos de la retribución que le corresponda por antigüedad, así como a efectos de acceso a plazas sometidas a procesos selectivos. Asimismo, dicho personal permanecerá en su plaza de origen en la situación especial en activo o en la situación de excedencia especial en activo, según los casos, por un período máximo de cinco años [Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía, (artículo 60)].

La Ley 16/2011, de 23 de diciembre, de Salud Pública de Andalucía, determina que a los efectos de la presente Ley, se consideran profesionales de la salud pública aquellos profe-

sionales que tienen como dedicación principal desarrollar actividades relacionadas con las funciones de salud descritas en la misma.

Las Administraciones públicas de Andalucía velarán para que sus profesionales y equipos técnicos desarrollen las acciones de salud pública conforme a las siguientes pautas de comportamiento:

- a) Desarrollar un rol educativo, en relación con la población.
- b) Comprender las necesidades y las intervenciones en salud desde una perspectiva biosociosocial y de salud positiva.
- c) Trabajar en equipo para desarrollar un abordaje interdisciplinar, compartir lenguajes, espacios, organizaciones y puntos de vista distintos y complementarios.
- d) Desarrollar capacidades para generar alianzas y buscar la implicación y participación de las personas, sectores y agentes implicados.
- e) Desarrollar programas de intervención sostenibles y realistas, adaptados al contexto social e institucional donde se desarrollan.
- f) Desarrollar capacidades para poner en valor los activos de salud presentes en Andalucía.
- g) Desarrollar capacidades para llevar a cabo un abordaje intercultural.
- h) Participar en proyectos de investigación en salud pública, aprovechando las oportunidades de generar conocimiento útil en el contexto del trabajo cotidiano.

Los profesionales proporcionarán las prestaciones de salud pública establecidas en la cartera de servicios junto con toda la información necesaria para su uso y aplicación. Los profesionales del Sistema Sanitario Público de Andalucía, en su desempeño profesional, desarrollarán las actuaciones de salud pública contempladas en la Ley 16/2011, de 23 de diciembre, de Salud Pública de Andalucía, que sean propias de su ámbito competencial.

En relación con el desarrollo profesional, la Consejería competente en materia de salud promoverá un plan de desarrollo profesional continuado, para los profesionales de salud pública del Sistema Sanitario Público de Andalucía, integrado en el modelo de gestión por competencias del que se ha dotado.

En el marco de este plan de desarrollo profesional continuado se definirán los mapas de competencias de los diferentes perfiles profesionales de salud pública, contemplando todas las titulaciones profesionales relacionadas, las estrategias de promoción y desarrollo de las competencias definidas y la integración de los programas de calidad del Sistema Sanitario Público de Andalucía.

Todos los planes y programas de salud que se elaboren deberán incluir la definición de competencias y el plan de desarrollo profesional necesario para abordar la adecuación a las necesidades de salud de la población y a los progresos científicos más relevantes en la materia.

Sin perjuicio de lo dispuesto, los profesionales sanitarios de salud pública que tengan la condición de funcionarios, en cuanto a su desarrollo profesional, estarán a lo dispuesto

en el Capítulo II del Título III de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público¹ y su normativa de desarrollo. Asimismo se atenderá a los principios generales establecidos en los artículos 37 y 38 de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de Ordenación de las Profesiones Sanitarias, en lo que les sea de aplicación.

La cooperación y las alianzas para el desarrollo profesional continuado, determinan que la Administración sanitaria pública de Andalucía fomente:

- a) La cooperación entre todas las instituciones académicas en la formación continua de los profesionales que desarrollan su tarea en el ámbito de la salud pública.
- b) La formación en salud pública en el pregrado y posgrado de todas las titulaciones profesionales que puedan estar relacionadas con la salud pública, promoviendo una amplia oferta de másteres y doctorados en las universidades andaluzas en el marco del Espacio Europeo de Educación Superior.
- c) Las estrategias oportunas para promover el prestigio del sector académico andaluz en salud pública.
- d) La colaboración necesaria con las Consejerías competentes en materia de educación, empleo, innovación, igualdad y otras que se consideren de interés para la formación continuada en competencias de salud pública de los profesionales que desarrollen su actividad en el ámbito de la salud pública, así como para la ampliación de perfiles profesionales necesarios para el cumplimiento de los objetivos propuestos en la legislación.
- e) La utilización e implantación de las enseñanzas virtuales en el proceso de formación a lo largo de la vida de los profesionales que utilicen las nuevas tecnologías para promover un aprendizaje relevante y útil para el desarrollo personal y profesional [Ley 16/2011, de 23 de diciembre, de Salud Pública de Andalucía (artículo 90)].

Se establecen las siguientes responsabilidades de los profesionales de la salud pública:

- a) Velar por que la sociedad conozca los principios y funciones de la salud pública para que puedan ser comprendidos por la ciudadanía.
- b) Procurar la mejora continua mediante las actualizaciones y ampliación regulares de sus cualificaciones y competencias.
- c) Observar las prácticas éticas reconocidas y los principios éticos recogidos en los códigos deontológicos.
- d) Conocer los objetivos estratégicos de la salud pública y contribuir a la realización de sus logros.
- e) Observar en su actuación principios de gestión que coadyuven a la sostenibilidad del sistema de salud.
- f) Verificar prácticas de trabajo seguras y transparentes, incluida la adopción de las precauciones necesarias en materia de salud y seguridad.
- g) Conocer las exigencias legales en materia de protección de datos y de confidencialidad, y adoptar las medidas para cumplirlas en su actuación profesional.
- h) Colaborar en la evaluación y valoración de su rendimiento profesional de forma regular y transparente.
- i) Promover la cooperación profesional y el intercambio de información general y experiencia.
- j) Colaborar con los sistemas de información existentes respetando

¹ Vide J. F. Pérez Gálvez, *Incidencia del Estatuto Básico del Empleado Público en el acceso al empleo del personal de los servicios de salud*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2011.

los procedimientos establecidos para su correcto funcionamiento [Ley 16/2011, de 23 de diciembre, de Salud Pública de Andalucía (artículo 92)].

En este contexto normativo, abordo las cuestiones que serán desarrolladas en los siguientes epígrafes.

II. EL CÓDIGO NUMÉRICO PERSONAL PARA LOS PROFESIONALES SANITARIOS

El Decreto 151/2003, de 10 de junio, establece el Código Numérico Personal para los profesionales sanitarios de la Administración sanitaria de la Junta de Andalucía. Constituye el objeto de esta regulación el establecimiento del Código Numérico Personal de los profesionales sanitarios en el ejercicio de las actividades propias de su profesión, como medio cifrado para su consignación obligatoria en los documentos normalizados y en la documentación clínica que así se prevea, en el ámbito de Servicio Andaluz de Salud, empresas públicas sanitarias y Consejería de Salud de la Junta de Andalucía.

El Código Numérico Personal lo asignará el Servicio Andaluz de Salud, las empresas públicas sanitarias y la Consejería de Salud, respectivamente, al personal sanitario a su servicio, de forma individualizada y para uso exclusivo en su propio ámbito. Constará de una serie numérica de once dígitos: los dos primeros identifican cada uno de los órganos u organismos que forman parte del sistema público sanitario en Andalucía; los siete dígitos siguientes destinados a la identificación individual del profesional sanitario, que serán asignados de manera consecutiva, sin que ninguno pueda ser repetido por cada entidad; los dos últimos dígitos serán de control (artículo 2).

En las recetas oficiales de la prestación farmacéutica y en los documentos de prescripción de prestaciones complementarias del Sistema Sanitario Público de Andalucía, el facultativo prescriptor se identificará consignando obligatoriamente para su validez, además del nombre y apellidos del mismo, el Código Numérico Personal (artículo 3).

Respecto de la cumplimentación de otros modelos de documentos aprobados por normas reglamentarias estatales: declaraciones para el Registro Civil, partes médicos de incapacidad temporal, de recetas de estupefacientes y de cuantos otros modelos de documentos aprobados por normas reglamentarias estatales, en los que esté previsto consignar el número de inscripción en el correspondiente colegio profesional, se hará en sus propios términos. Si el profesional del sistema sanitario público no estuviera colegiado, hará constar dicha circunstancia con la expresión «no colegiado»² (n/c), consignando a continuación

² Vide, entre otras, STC 3/2013, de 13 de enero, colegiación obligatoria de los empleados públicos, cuando ejercen la profesión por cuenta de la Administración.

de la firma el Código Numérico Personal (disposición adicional primera). Su importancia radica en que propicia una identificación efectiva en el ámbito de las relaciones jurídicas del sector salud.

III. ACREDITACIÓN DEL NIVEL DE LA COMPETENCIA PROFESIONAL

1. La relevancia jurídica de la acreditación en el ámbito sanitario

En sanidad, un elemento clave es la autorización (de centros, servicios, establecimientos, actividades, instalaciones, etc.)³. Sin embargo, también nos encontramos con otros términos que pueden actuar como elemento conectivo de las diversas relaciones jurídicas que se pueden dar. Es frecuente que se utilice en el ámbito sanitario un término como el de homologación⁴. Sin embargo, en este caso, se trata más bien de un proceso de normativización respecto a un estándar previo, que se utiliza con más frecuencia para referirse a aparatos médicos o instalaciones sanitarias de carácter técnico. Y resulta necesario profundizar y precisar la terminología, porque así lo exige la legislación reguladora de esta materia. Sirva como ejemplo, la LGS, artículo 40:

³ Vide J. F. Pérez Gálvez, *Creación y regulación de centros y establecimientos sanitarios*, Bosch, Barcelona, 2003.

⁴ Vide S. Muñoz Machado, *La sanidad pública en España (Evolución histórica y situación actual)*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1975, p. 199, respecto de la Ley de 21 de julio de 1962, sobre coordinación hospitalaria: «El juicio que haya de formularse sobre esta Ley ha de apoyarse en la contemplación de si sus objetivos se han cumplido. Uno de ellos, de gran trascendencia, como es la *homologación* de los centros hospitalarios, señalando sus condiciones mínimas, los servicios con que han de contar, etc., [...]».

Existe cierta similitud con lo que ocurre en el sector privado. En éste, existe un proceso imparable para la consecución de una normalización que afecta no sólo a las condiciones comerciales en los mercados de explotación, sino también en el mercado nacional. Es decir, en el ámbito empresarial y también en el sanitario se suelen utilizar los siguiente conceptos:

Normalización: Es toda actividad que aporta soluciones para aplicaciones repetitivas que se desarrollan, fundamentalmente en el ámbito de la ciencia, la tecnología y la economía, con el fin de conseguir una ordenación óptima en un determinado contexto. La razón de ser de la normalización es la regulación o puesta en buen orden de aquello que no lo estaba.

Homologación: Al homologar algo lo estamos sometiendo por obligación, al dictamen de un organismo calificado, para aprobar su coincidencia o no con leyes o reglamentaciones normativas de obligado cumplimiento, en razón de los altos intereses de la comunidad. En resumen: si nos conceden la homologación, actuaremos dentro de los alcances de las leyes; si no fuese así, no.

Certificación: Cuando por el contrario se busca un dictamen semejante por razones de prestigio, de pactos o cláusulas contractuales con nuestros clientes o consumidores, pero sin la presión de la obligación administrativa, estamos ejercitando un acto de capacidad en nuestra confianza y en la calidad de nuestra actividad que implica madurez y responsabilidad por encima de la mera sujeción a las leyes: buscamos la certificación o constatación de nuestros méritos para ser más competitivos.

Debo plantear ya, que muchas empresas del sector sanitario, obtienen simultáneamente por parte de las autoridades competentes la calificación, acreditación, normalización, homologación y certificación, lo que sin duda constituye una doble garantía para todos los usuarios de las mismas.

«La Administración del Estado, sin menoscabo de las competencias de las Comunidades Autónomas, desarrollará las siguientes actuaciones: [...]»

7. La determinación con carácter general de las condiciones y requisitos técnicos mínimos para la aprobación y *homologación* de las instalaciones y equipos de los centros y servicios.

8. La reglamentación sobre *acreditación, homologación, autorización* y registro de centros o servicios, de acuerdo con lo establecido en la legislación sobre extracción y trasplante de órganos.

9. El Catálogo y Registro General de centros, servicios y establecimientos sanitarios que recogerán las decisiones, *comunicaciones* y *autorizaciones* de las Comunidades Autónomas, de acuerdo con sus competencias».

El apartado 8 (del reproducido artículo 40 LGS) es el único de los tres que utiliza la palabra *acreditación*⁵ para referirse a los centros de extracción y trasplante de órganos. En el

⁵ También me parece oportuno reseñar la significación que se da a algunos términos que se aplican con frecuencia a los centros y establecimientos sanitarios. En un curso de metodología de inspección celebrado en Granada en 1995, y organizado por la Consejería de Salud, se dice lo siguiente:

«Compendio de definiciones.

Acreditación: Acción de acreditar. Referida a hospitales. Clase de auditoría que pretende evaluar la calidad asistencial mediante el análisis de la estructura comparándola con normas establecidas que definen el modelo deseado.

Acreditar: Hacer digna de crédito una cosa. Dar seguridad de algo. Dar testimonio en documento fehaciente de que una persona ostenta facultades para desempeñar la comisión o encargo correspondiente.

Acreditación de la Joint Commission on accreditation of health care organization: Proceso voluntario efectuado por esta organización, con fines de promoción de la calidad, basado en un sistema de confrontación del desempeño con estándares nacionales que son capaces de reflejar el consenso actualizado sobre el estado del arte. El proceso de acreditación supone: Identificación de las áreas donde el desempeño puede ser mejorado; Documentación sobre la responsabilidad de la organización en el desempeño efectivo de los cuidados de salud; Tutela formativa y servicios de consultoría en el mejoramiento de la calidad; Posibilidad de contrato con las aseguradoras y los programas de gobierno federal MEDICARE y MEDICAID; Reconocimiento público del compromiso de la organización con la calidad.

Auditoría: Examen sistemático del objeto de la intervención con objeto de verificar, evaluar e informar del cumplimiento de los requisitos a que esté sujeto o se convenga que lo esté. Es uno de los posibles métodos de evaluación de la calidad. Se considera un método tradicional.

Auditoría de calidad: Clase de auditoría cuyo objetivo es una revisión sistemática del cumplimiento del sistema de calidad o de alguno de sus elementos.

Auditoría externa: Clase de auditoría que independientemente de su objetivo, se efectúa por una persona distinta de la que realiza la actividad sometida a examen y procedente de fuera de la organización.

Auditoría financiera: Clase de auditoría cuyo objetivo consiste en verificar la adecuación de los métodos contables de una organización para proporcionar una imagen verdadera del estado financiero de la misma.

Auditoría interna: Clase de auditoría que independientemente de su objetivo, se efectúa por persona distinta de la que realiza la actividad sometida a examen, pero procedente de la propia organización.

Auditoría médica o de enfermería: Clase de auditoría que pretende evaluar la calidad asistencial mediante la revisión colegial de la práctica o "peer review". Utiliza estándares implícitos. También denominadas auditorías de proceso o de ejecución.

Auditoría operativa: Sinónimo de auditoría de gestión, auditoría de sistema. Su objetivo consiste en examinar la situación de la organización. Examina todo o parte de los elementos de control de la dirección para ver su conformidad y eficacia.

apartado 9, se indica que el Estado publicará un registro donde se recogerán todas las determinaciones que se adopten en relación con cualquier centro, servicio o establecimiento sanitario (incluyendo la homologación, autorización, acreditación, etc.). Sin embargo, la LGS no establece un sistema de acreditación ni define su contenido⁶.

Con frecuencia se expone que en materia sanitaria, la autorización administrativa que se otorga con carácter permanente o temporal por la autoridad competente, podría ser sustituida por la certificación⁷ (de duración predeterminada) o por la acreditación⁸ (sistema con

Auditoría de producto: No aplicable al campo de los servicios de salud.

Autorizar: Dar a uno autoridad o facultad para hacer alguna cosa.

Calidad (A. Andersen, 1995): "Identificar, aceptar, satisfacer y superar, constantemente las expectativas y necesidades que las personas relacionadas con la empresa –clientes, empleados, directivos, propietarios, proveedores y la comunidad– tienen sobre los productos y servicios que esta ofrece".

Garantía de calidad o control de calidad (Quality Assurance, Q.A.): Concepto utilizado en literatura de evaluación de la calidad. Evaluación tradicional de las actividades en este caso sanitarias, basada en la inspección para detectar disconformidades respecto a un estándar. Significa una etapa en la evolución del concepto de calidad. *Inspección:* Acción de inspeccionar. Examinar, reconocer atentamente una cosa. Primera fase en la evolución del concepto de calidad.

Joint commission on accreditation of health care organizations: Organización del sector privado en EE.UU., que actúa como agencia nacional de acreditación de los organismos de cuidados de salud.

Mejora continua de la calidad. Calidad total. Mejora de la calidad de la organización: Modelo de gestión que, basado en un sistema empresarial orientado hacia la calidad, persigue la satisfacción de todos aquellos entes relacionados con la organización. Es la última y actual etapa en la evolución del concepto de calidad. Su metodología es la prevención sobre una cultura basada en la identificación de problemas».

⁶ Vide LGS, artículo 69: «2. La evaluación de la calidad de la asistencia prestada deberá ser un proceso continuado que informará todas las actividades del personal de salud y de los servicios sanitarios del Sistema Nacional de Salud. La Administración sanitaria establecerá sistemas de evaluación de calidad asistencial, oídas las sociedades científicas sanitarias. Los médicos y demás profesionales titulados del centro deberán participar en los órganos encargados de la evaluación de la calidad asistencial del mismo. 3. Todos los Hospitales deberán posibilitar o facilitar a las unidades de control de calidad externo el cumplimiento de sus cometidos. Asimismo, establecerán los mecanismos adecuados para ofrecer un alto nivel de calidad asistencial».

⁷ Vide L. Bohigas, "La acreditación de hospitales: Un paso hacia la liberalización del mercado hospitalario español", en AAVV, *La regulación de los servicios sanitarios en España*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 105 y 106: «La certificación de los hospitales tiene una larga tradición en EEUU donde nació en 1918 bajo la denominación de ACREDITACIÓN. Su objetivo es el mismo que la certificación de las industrias, es decir, la revisión mediante un organismo independiente de los sistemas de calidad del hospital para verificar que están de acuerdo con las normas generalmente aceptadas. La motivación de la acreditación es la misma que la certificación industrial: demostrar al cliente que el hospital tiene instrumentos calibrados para controlar su calidad. Al igual que otras empresas de servicios, el hospital tiene muchas dificultades para homologar sus productos, por lo que la estrategia es más eficiente en la actualidad para demostrar que la calidad está en la certificación. El sistema de acreditación está muy desarrollado en EEUU, Canadá y Australia debido a la existencia en estos países de mercados hospitalarios, es decir, de la capacidad de elección del hospital por parte del paciente que quiere ser tratado. Esta situación no es igual en Europa, donde existen situaciones de monopolio en los servicios hospitalarios. En algunos países los hospitales son públicos y su situación es por definición de monopolio. En otros sistemas los hospitales son privados sin finalidad lucrativa, pero su situación es de clientela cautiva y por lo tanto no están sometidos a la competencia».

⁸ Vide: A. Serigo Segarra y P. Porras Orúe, *La planificación de la asistencia hospitalaria en España*, Patronato Nacional de Asistencia Psiquiátrica, Madrid, 1966, pp. 98 y 99: «El tercer concepto es el de la *acreditación*

auditoria permanente), tanto de centros, servicios y establecimientos sanitarios como de profesionales⁹. Tanto una como otra (certificación versus acreditación) presentan una potencialidad muy elevada. Sin embargo en sus formulaciones teóricas no se aprecia nitidez para diferenciar dos términos cuyo significado responde a realidades diferentes.

La acreditación no es una licencia¹⁰, sino un proceso abierto que básicamente consiste en garantizar la calidad de un centro o servicio sanitario asistencial a partir del criterio de

hospitalaria. Prescindiendo del término de clara influencia anglosajona, el concepto por él reflejado es un escalón más en el desarrollo de una política activa en materia de promoción, de perfeccionamiento de equipos y niveles de asistencia. En términos jurídico-administrativos puede afirmarse que constituye una actividad de fomento. Mientras que la inclusión de un hospital en el Catálogo posibilita su funcionamiento como tal y su engranaje en la Red le integra en la dinámica funcional solidarizándose con la total actividad hospitalaria de la nación, la acreditación de un establecimiento le eleva a la categoría de hospital modelo o ejemplar. De esta forma, aunque el Catálogo, al clasificar los hospitales por su nivel asistencial, marque unas diferencias entre ellos, la acreditación, al consagrar a determinados hospitales como modelo, eleva a éstos de categoría y promociona, en virtud de un sistema de emulación, la elevación del nivel en los demás. En lo que toca a la acreditación hospitalaria, será misión reglamentaria el señalar la clase de acreditación que, en principio, podrá ser total para todo el hospital o parcial para un servicio en particular. También se habrán de determinar reglamentariamente los requisitos y los efectos de la acreditación, así como el procedimiento para llevarlos a cabo. La acreditación, pues, podrá ser exhibida por el hospital como un mérito relevante y sobre todo en aquello que se refiere a las labores de enseñanza e investigación». V. Pérez Díaz, "Médicos, administradores e enfermos: La calidad de la asistencia sanitaria", *Papeles de Economía Española*, 12/13, 1982, p. 246: «El sistema de acreditación está ligado al sistema de las autonomías hospitalarias: un modelo de estructura y funcionamiento del sistema hospitalario contrario al modelo de jerarquización y centralización de la red de hospitales típico de nuestro país». Vide J. M. Martín Bernal, *Responsabilidad médica y derechos de los pacientes*, La Ley, Madrid, 1998, pp. 275-277: «Acreditación de hospitales y servicios médicos».

⁹ Vide L. Bohigas, "La acreditación de hospitales: Un paso hacia la liberalización del mercado hospitalario español", *op. cit.*, p. 108: «En el sector sanitario existe otra tendencia en alza que puede empujar en el mismo sentido de valorar externamente la calidad, se trata de la certificación de los profesionales sanitarios. El avance de las ciencias médicas es muy rápido y existen cada vez más dudas de que un médico especialista mantenga su competencia profesional al cabo de unos años de práctica, si no ha hecho un esfuerzo de formación continua. En algunas especialidades médicas, en EEUU, se evalúa periódicamente la competencia de los profesionales especialistas, mediante un procedimiento denominado precisamente certificación. El objetivo es evaluar la puesta al día de la competencia profesional y responde tanto a principios éticos de la profesión como a la necesidad de demostrar a la sociedad que se pueden ofrecer unos servicios de calidad».

¹⁰ Vide F. González Navarro, "La relación jurídica de habilitación para la creación de firma electrónica", *Libro Homenaje al profesor doctor Sebastián Martín-Retortillo Baquer*, pro-manuscrito, pp. 56 y 57: «Tanto la Directiva 99/93/CE sobre firma electrónica como la legislación en el derecho interno español ponen particular énfasis en la declaración de que la actividad de prestación de los servicios de certificación se llevará a cabo en régimen de libre competencia y sin necesidad de autorización previa. Pero es evidente que esa libertad de acceso al mercado de las empresas que se dedican a esta actividad debe conjugarse con la necesidad que dichas empresas reúnen los requisitos de capacidad económica e idoneidad técnica a los que acabo de referirme. Se entiende así que el artículo 3 de la directiva citada disponga, en lo que ahora interesa lo siguiente: "Artículo 3. Acceso al mercado. 1. Los Estados miembros no condicionarán la prestación de servicios de certificación a la obtención de autorización previa. 2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1, los Estados miembros podrán establecer o mantener sistemas voluntarios de acreditación destinados a mejorar los niveles de provisión de servicios de certificación. Todas las condiciones relativas a tales sistemas deberán ser objetivas, transparentes, proporcionadas y no discriminatorias. Los Estados miembros no podrán limitar el número de proveedores de servicios de certificación acreditados amparándose en la presente Directiva. 3. Los Estados miembros

asegurar unos mínimos básicos de calidad¹¹, mediante un análisis de su estructura física, orgánica y funcional, basándose en su comparación con unas normas establecidas¹². Evidentemente tiene carácter voluntario si se pretende llegar a obtenerla, y previamente, es necesario que el centro o establecimiento sanitario esté autorizado. La acreditación puede ser total o parcial dependiendo de la regulación sectorial establecida al efecto. Puede ser también exigible como un requisito fundamental a la hora de concertar con la Administración sanitaria. Y en todo caso tendrá que ser renovada cada cierto número de años. Los elementos básicos de un proceso de acreditación serán los siguientes:

«1) *Carácter voluntario del proceso*: es decir, la institución sanitaria decide libremente que desea ser acreditada y formula la petición correspondiente. 2) *Criterios y estándares definidos*: existe un instrumento objetivo en forma de criterios y estándares o niveles de cumplimiento de los mismos, que es utilizado como marco de referencia en el proceso, al objeto de disminuir al máximo el margen de arbitrariedad o el subjetivismo en las apreciaciones. 3) *Procedimiento de verificación externo*: un equipo de auditores ajeno al centro sanitario se encarga de verificar el grado de cumplimiento por la institución de los criterios y estándares establecidos. 4) *Dictamen por órgano independiente*: es fundamental que el proceso de acreditación en su conjunto sea llevado a cabo por un organismo totalmente independiente de los centros e institucio-

velarán por que se establezca un sistema adecuado que permita la supervisión de proveedores de servicios de certificación establecidos en su territorio que expidan al público certificados reconocidos". [...] Como la actividad de acreditación, aunque relacionada con la que aquí estoy analizando, queda fuera del contenido de este trabajo, se entenderá que me limite a recordar que el problema de los contornos de esa unidad jurídica que llamamos autorización no está resuelto, tanto en la doctrina científica como en la legislación y la jurisprudencia».

¹¹ Vide I. M. Arago, "Historia del hospital", *Revista del Colegio Oficial de Médicos de Barcelona*, 3, 1958, pp. 18 y 19: «Acreditación (Calificación del hospital)». Incluye la historia de la acreditación hospitalaria y analiza los efectos de la misma. Vide Ley 3/2003, de 6 de febrero, de Ordenación Sanitaria de la Comunidad Valenciana, artículo 10: «Acreditación de centros y servicios sanitarios. Garantía de calidad. Para la acreditación de centros y servicios sanitarios existirá un organismo público, independiente, cuyos principales objetivos serán: La evaluación de la calidad y seguridad de los servicios sanitarios. Otorgar un reconocimiento externo de la calidad de la asistencia prestada. La promoción de la mejora continua de la calidad de los servicios sanitarios. El aporte a profesionales, ciudadanos y organismos responsables de la prestación asistencial de información comparativa sobre la adecuación, calidad y efectividad de los servicios sanitarios. La incentivación de la búsqueda de la excelencia y la implicación de los profesionales en todas las fases del desarrollo de la calidad. Para la adquisición y mantenimiento de la calidad óptima del sistema de salud de la Comunidad Valenciana, se implantarán sistemas de garantía de calidad y acreditación tanto en establecimientos públicos como en los privados y concertados».

¹² Vide Orden de 25 de abril de 1983, por la que se regula la acreditación de centros y servicios asistenciales en Cataluña, artículo 1º (DOGC núm. 325, de 4 de mayo; corrección de errores en DOGC núm. 339, de 22 de junio). Vide L. Bohigas, "La acreditación de hospitales: Un paso hacia la liberalización del mercado hospitalario español", en AA.VV., *La regulación de los servicios sanitarios en España*, Cívitas, Madrid, 1997, p. 101: «La acreditación de hospitales se sitúa en este contexto de "signaling". Su propósito es enviar señales a los compradores sobre la calidad de los hospitales y especialmente en distinguir los hospitales buenos de los que no lo son. Estas señales sirven a los compradores para mejorar su nivel de información y tomar decisiones más fundamentadas».

nes sanitarias, y que sea dicho órgano el que, a través de los mecanismos oportunos, tome la decisión definitiva acerca del tipo de acreditación otorgado»¹³.

A estas alturas de la exposición queda claro que acreditación y autorización son dos figuras jurídicas diferentes. La acreditación es voluntaria, no se trata del cumplimiento de unos requisitos reglados para la puesta en funcionamiento del centro para poder iniciar la actividad, y en cierto modo viene a compensar la rápida evolución de la ciencia sanitaria y de los sistemas de funcionamiento de los centros.

Especial relevancia cobra el organismo acreditador. Las dos características fundamentales son la credibilidad y la imparcialidad y sus funciones se pueden resumir en las siguientes: en primer lugar establece las normas, en segundo lugar hace las inspecciones de los centros que quieran acreditarse y en tercer lugar emite los certificados de acreditación. Sería aconsejable crear un organismo único de acreditación que estuviera formado por el Estado, las Comunidades Autónomas y las Sociedades científicas, que asumiera todas las funciones de acreditación.

2. La acreditación del personal sanitario en Andalucía

El Decreto 18/2007, de 23 de enero, regula el sistema de acreditación del nivel de la competencia profesional de los profesionales sanitarios del Sistema Sanitario Público de Andalucía (BOJA de 29 de enero).

En el ámbito normativo de la Comunidad Autónoma de Andalucía, la Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía, en su artículo 44.2, establece las características fundamentales del Sistema, figurando entre ellas la prestación de una atención integral de la salud procurando altos niveles de calidad debidamente evaluados y controlados.

Puede, por tanto, afirmarse que la mejora continua de la calidad del sistema sanitario en su conjunto, como principio que debe presidir las actuaciones sobre protección de la salud de la Administración sanitaria y que se recoge tanto en las leyes de ámbito estatal como autonómico, exige la implantación de los instrumentos adecuados que permitan garantizar al ciudadano la calidad de la asistencia que recibe.

En este contexto se inscriben los Planes de Calidad del Sistema Sanitario Público de Andalucía, elaborados por la Consejería de Salud, que pretenden consolidar la cultura de mejora continua en la asistencia sanitaria orientada a la satisfacción de las necesidades y expectativas del ciudadano, para lo que se requiere la incorporación de instrumentos de carácter estratégico, entre las que el modelo de gestión por competencias ocupa un papel esencial. El modelo de gestión por competencias es un modelo de desarrollo pro-

¹³ *Ibidem*, p. 109.

fesional que persigue el desarrollo de profesionales excelentes a través de los procesos fundamentales de formación, evaluación y reconocimiento. En este sentido, la acreditación de competencias profesionales se convierte en un elemento clave de las estrategias de evaluación de los profesionales.

El acceso al Sistema Sanitario Público de Andalucía requiere de una habilitación profesional otorgada por las titulaciones respectivas y unas pruebas de selección o un cumplimiento de requisitos para acceder a un puesto determinado. Es por ello que se reconoce de forma automática un nivel básico de acreditación, antes de someterse al proceso voluntario de evaluación del nivel de competencia. La acreditación no cuestiona la competencia básica de los profesionales sino que quiere ser un instrumento puesto a disposición de aquellos profesionales que deseen incorporarse a un proceso de mejora continua.

El Decreto 18/2007, de 23 de enero, pretende favorecer la calidad asistencial garantizando, mediante el establecimiento de un sistema de acreditación, que los profesionales sanitarios cumplen los requisitos necesarios para prestar sus servicios en un puesto de trabajo con un determinado nivel de competencia, con independencia de la valoración del resultado de la acreditación de la competencia profesional que se realice en el sistema de reconocimiento de desarrollo profesional.

El establecimiento del sistema de acreditación del nivel de la competencia profesional debe observarse desde el prisma de las iniciativas con las que se busca situar a Andalucía en una posición de privilegio para responder a los nuevos retos que se presentan. Uno de los elementos fundamentales para conseguirlo es la incorporación de un procedimiento de mejora continua para sus profesionales y su posterior acreditación. Por otro lado la iniciativa de incorporar nuevos derechos y nuevas prestaciones en los servicios sanitarios requiere la implicación de sus profesionales, generando a su vez mecanismos incentivadores de la mejora continua en la práctica diaria.

Por todo ello, el Decreto 18/2007, tiene por objeto regular el sistema de acreditación del nivel de la competencia profesional, de los profesionales sanitarios que prestan sus servicios en el ámbito del Sistema Sanitario Público de Andalucía. A los efectos de lo previsto en el mismo, se entenderá por competencia profesional la aptitud del profesional sanitario para integrar y aplicar los conocimientos, habilidades y actitudes asociados a las buenas prácticas de su profesión para resolver los problemas que se le plantean, según se establece en el artículo 42.1 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud (artículo 2).

El sistema de acreditación del nivel de la competencia profesional comprende el proceso previo de evaluación del nivel de la competencia profesional y su posterior acreditación por el órgano competente (artículo 3). La acreditación consiste en el reconocimiento expreso por parte de la Administración Sanitaria del desarrollo alcanzado por un profesional que se ha sometido a un proceso voluntario de evaluación para la mejora continua de sus labores asistenciales, docentes y de investigación (artículo 7).

El proceso de evaluación se desarrollará del siguiente modo (artículo 8):

- «1. El proceso de evaluación, al que hace referencia el artículo anterior, estará compuesto por una fase de autoevaluación, consistente en la recopilación y aportación de pruebas procedentes de la actividad profesional, y por una fase de evaluación externa, en función de la competencia a evaluar y atendiendo a las metodologías más apropiadas, y se realizará teniendo en cuenta el correspondiente mapa de competencias y los estándares definidos por el órgano acreditador.
2. Se entenderá por mapa de competencias el documento que recoge de forma agregada el conjunto de competencias profesionales correspondientes a la categoría, puesto o grupo profesional.
3. Se entenderá por estándares la ponderación de los criterios de desarrollo del mapa de competencias que quedará determinada reglamentariamente.
4. Las competencias profesionales se evaluarán a través de las metodologías más adecuadas para cada una de ellas y de acuerdo con los instrumentos disponibles en cada caso. Básicamente, se realizará a través del análisis de las historias clínicas, de la aplicación de técnicas de simulación y del empleo de la metodología de análisis de casos.
5. El órgano responsable de la acreditación establecerá la metodología y criterios de valoración para cada una de las competencias profesionales, asegurando la pertinencia y actualización continua de los criterios y estándares, de acuerdo con las evidencias de conocimiento científico-técnico disponibles.
6. La evaluación del nivel de competencias será realizada por la entidad evaluadora designada por la Consejería competente en materia de Salud y deberá ser independiente de la gestión de los centros y servicios del Sistema Sanitario Público, estando obligada a emitir la correspondiente certificación del resultado de la evaluación individualizada, de acuerdo con los criterios y estándares definidos por el órgano competente en acreditación.
7. Podrá solicitarse la revisión del informe del resultado del proceso de evaluación del nivel de la competencia profesional ante un comité técnico de revisión. La entidad certificadora preverá la existencia de este comité que habrá de quedar integrado por evaluadores que no hayan participado en el proceso de evaluación sobre el que se solicita la revisión y por una persona designada por el órgano de acreditación».

El proceso de acreditación se sustentará en los siguientes fundamentos (artículo 10):

- «1. El procedimiento de acreditación del nivel de la competencia profesional se iniciará mediante solicitud de la persona interesada dirigida al órgano competente. La solicitud se presentará de acuerdo con lo previsto en el artículo 38.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Asimismo, se podrá realizar la tramitación telemática del procedimiento de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 16 del Decreto 183/2003, de 24 de junio, por el que se regula la información y

atención al ciudadano y la tramitación de procedimientos administrativos por medios electrónicos (Internet)¹⁴.

2. A la solicitud a que se refiere el apartado anterior deberá acompañarse el informe del resultado del proceso de evaluación del nivel de la competencia profesional emitido por la entidad evaluadora designada a estos efectos por la Consejería de Salud.

3. El órgano competente, examinada la documentación presentada, resolverá concediendo o denegando la acreditación solicitada.

4. El plazo máximo para resolver y notificar la resolución prevista en el apartado anterior será de dos meses, contados desde la fecha en que la solicitud haya tenido entrada en el registro del órgano competente para su tramitación.

5. Transcurrido el plazo previsto en el apartado anterior sin haberse dictado y notificado la resolución, se podrá entender estimada por silencio administrativo.

6. En la resolución de acreditación se hará constar el nivel alcanzado y el período de vigencia de la misma determinado en el artículo 13.1 del presente Decreto».

En el supuesto de resolución denegatoria firme del nivel de acreditación solicitada, no se podrá presentar otra solicitud hasta que transcurra el plazo de un año a contar desde el día siguiente a la notificación de la citada Resolución (artículo 12).

La vigencia de la acreditación se estructura del siguiente modo (artículo 13):

«1. La acreditación tendrá un período de vigencia de cinco años. Transcurrido dicho período, la acreditación dejará de tener efectos, salvo que con anterioridad se hubiera iniciado el proceso de reacreditación.

2. Quedará extinguida la vigencia de la acreditación por la imposición al profesional de una sanción firme de suspensión de funciones dictada en un procedimiento sancionador derivada de su actuación profesional, o la imposición de una pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión mediante sentencia firme».

Respecto del apartado 2 del artículo 13 reproducido, es necesario mencionar que la STS de 24 de octubre de 2011 [(Sala de lo Contencioso-Administrativo), Ar. 1455], en el FD SEXTO se pronunció sobre la declaración de nulidad establecida en instancias inferiores, determinando:

«Tiene razón la Junta de Andalucía cuando esgrime indebida aplicación del artículo 133 LRJPAC por inexistencia de vulneración del principio “no bis in idem” en el precepto anulado en razón de la doctrina de esta Sala.

¹⁴ Vide J. F. Pérez Gálvez, “Incidencia de las nuevas tecnologías en el procedimiento administrativo español”, en J. F. Alenza García y J. A. Razquin Lizarraga (dirs.), *Organización y procedimientos administrativos*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2007, pp. 565-587.

Así respecto a la pérdida de la condición de funcionario aparejada a la pena de inhabilitación especial existe una amplia y reiterada jurisprudencia que no reputa sanción administrativa tal medida sino mera consecuencia de la aplicación de la ley penal.

En la Sentencia de esta Sala, Sección Séptima, de 16 de junio de 2008, Recurso de Casación 2534/2003, se confirma la de instancia al subrayar que mediante el Decreto impugnado no se impone al funcionario recurrente una nueva sanción, ni se le separa del servicio sino que se limita a declarar que había perdido la condición de funcionario por efecto directo de la condena penal que supuso para él la pérdida sobrevenida de una condición necesaria para pertenecer a la función pública. Se insiste en que, conforme a reiterada jurisprudencia, las penas de inhabilitación especial a las que fue condenado trajeron consigo esa consecuencia que deriva de la aplicación del artículo 37.1.d) del texto articulado de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, el cual a su vez se corresponde con el artículo 30.1.e) que exige para ingresar en la función pública no hallarse inhabilitado para el ejercicio de funciones públicas.

En la Sentencia de esta Sala, Sección Séptima, de 14 de mayo de 2008, Recurso de Casación 8851/2003, se insiste en que «b) Porque el artículo 37.2 del TA/LFCE de 1964 debe ser interpretado en coherencia con lo establecido en el CP; y esta interpretación se ve hoy reforzada por lo establecido en el artículo 63.e) de la reciente Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, que incluye esta causa de pérdida de la condición de funcionario de carrera: “La pena principal o accesoria de inhabilitación absoluta o especial para cargo público que tuviere carácter firme”».

También la Sección Séptima de esta Sala en su Sentencia de 1 de junio de 2009, Recurso de Casación 1877/2005, afirma que “ni se produce la violación del artículo 24.1 de la Constitución, ni tampoco la del apartado 2, pues la pena de inhabilitación, como señala la sentencia impugnada opera automáticamente, tan pronto como se produce el hecho determinante en la ley, esto es la sanción penal. En consecuencia, no tratándose de un procedimiento sancionador, sino de aplicar el efecto de una sentencia penal, no es de aplicación el procedimiento sancionador que la actora entiende de aplicación”».

Y respecto de la suspensión firme de funciones continúa afirmando en el FD SÉPTIMO:

«La suspensión firme de funciones no constituye la misma sanción que la separación del servicio, pues aquella tiene un carácter temporal hasta un límite de seis años.

Sin embargo resulta innegable, a tenor del artículo 90, de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, que el funcionario declarado en la situación de suspensión de funciones no podrá prestar servicios en ninguna Administración Pública ni en los Organismos públicos, Agencias o Entidades de Derecho público dependientes o vinculadas a ella durante el tiempo de cumplimiento de la pena (caso de que se imponga en virtud de sentencia dictada en causa criminal) o

sanción (supuesto de imposición en virtud de expediente disciplinario). Además el funcionario declarado en situación de suspensión de funciones no puede prestar servicios en ninguna Administración Pública ni en los Organismos públicos, Agencias o Entidades de Derecho público dependientes o vinculadas a ella durante el tiempo de cumplimiento de la pena o sanción.

Aunque es cierto que el anterior Estatuto no es directamente aplicable, si se constata es similar a lo reflejado en el Estatuto Marco del personal estatutario de los Servicios de Salud. Así la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, en su artículo 73.1.c) Suspensión de funciones. Cuando esta sanción se imponga por faltas muy graves no podrá superar los seis años ni será inferior a los dos años. Si se impusiera por faltas graves, no superará los dos años. Si la suspensión no supera los seis meses, el interesado no perderá su destino».

De este modo, concluye afirmando el TS que tampoco aquí, resulta lesionado el principio “no bis in idem”¹⁵.

La reacreditación se desarrollará del siguiente modo (artículo 14):

- «1. El profesional, por medio del proceso de reacreditación, podrá solicitar la renovación de la acreditación tanto por extinción del período de vigencia como para acceder a un nivel superior.
2. Para obtener la reacreditación se seguirá el procedimiento previsto en el artículo 10 de este Decreto.
3. El plazo para solicitar la reacreditación por extinción del período de vigencia se corresponderá con los seis meses anteriores a la finalización de su período de vigencia.
4. A los efectos de acceder a un nivel de acreditación superior al alcanzado, no podrá solicitarse la renovación de la acreditación hasta que transcurra el plazo de un año a contar desde el día siguiente a la notificación de la resolución de acreditación».

La Orden de 7 de octubre de 2009, establece la utilización de medios electrónicos en el procedimiento administrativo de acreditación del nivel de la competencia profesional de los profesionales sanitarios del Sistema Sanitario Público de Andalucía (BOJA núm. 227, de 20 de noviembre), y pretende posibilitar la tramitación telemática de determinados trámites y actuaciones del procedimiento administrativo de acreditación del nivel de la competencia profesional, evitando el desplazamiento personal del profesional sanitario y haciendo efectivo, en la medida en que hasta el momento lo permita la implementación

¹⁵ Vide J. F. Pérez Gálvez, “La condena penal de inhabilitación especial y su incidencia en la relación funcional [Comentario a la Sentencia de la Audiencia Nacional, (Sala de la Contencioso-Administrativo, Sección 5ª) de 25 de enero de 2012]”, *Boletín de Función Pública del Instituto Nacional de Administración Pública*, 10, 2012, pp. 41-45.

de los servicios públicos electrónicos, su derecho a relacionarse con la Administración utilizando estos medios.

Desde el punto de vista práctico y con la finalidad de resumir lo expuesto, puedo afirmar que el proceso de acreditación del nivel de la competencia profesional para licenciados y diplomados (graduados, especialistas y máster) sanitarios, se estructura en dos fases. La primera, el proceso de evaluación ante la Agencia de Calidad Sanitaria de Andalucía (<http://www.juntadeandalucia.es/agenciadecalidadsanitaria>), que se desarrolla en una fase de autoevaluación, una fase de evaluación externa y una certificación de la agencia de calidad (nivel avanzado, experto o excelente). La segunda, pone en marcha el proceso de acreditación ante la Dirección General de Calidad, Investigación y Gestión del Conocimiento, que ante la solicitud del interesado verifica el cumplimiento de requisitos [certificado de evaluación emitido por la ACSA (Agencia de Calidad Sanitaria de Andalucía) y acompañando a la solicitud deberá demostrar que se encuentra en activo en el puesto en el que desarrolla las competencias a acreditar; y al menos un año de servicios prestados de forma ininterrumpida en el puesto de trabajo], procediendo a resolver y notificar en el plazo de dos meses desde la entrada en su registro. La resolución estimatoria tendrá una vigencia de 5 años en el nivel acreditado (avanzado, experto o excelente) y la resolución denegatoria impide posibilitar una nueva solicitud hasta que transcurra un año desde la notificación de la resolución de la Dirección General de Calidad, Investigación y Gestión del Conocimiento.

La acreditación del nivel de la competencia profesional es requisito imprescindible para participar en el proceso de certificación de carrera profesional (nivel avanzado para nivel II de carrera; nivel experto para nivel III de carrera; nivel excelente para niveles IV y V de carrera).

IV. LA ACREDITACIÓN POSIBILITA EL DESARROLLO DE LA CARRERA PROFESIONAL

1. Régimen jurídico

La acreditación de competencias es un requisito esencial para el desarrollo del proceso de certificación de los distintos niveles de carrera profesional para licenciados y diplomados sanitarios.

En el sector público tradicionalmente se ha estructurado el derecho a la carrera profesional de una manera rígida como un instrumento de jerarquización administrativa. Frente a la estabilidad y seguridad que esta fórmula ha ofrecido a los trabajadores públicos se pueden formular objeciones que implican el olvido del esfuerzo personal del mismo por alcanzar un mayor grado de profesionalidad que implique una mejora en el servicio y por tanto de la Administración a la que sirve. Evidentemente este progreso de los profesionales también

tendrá consecuencias favorables para quien materializa su esfuerzo por alcanzar mayores cotas de formación y preparación (fundamentalmente de tipo económico y profesional) a la vez que se reivindica la necesidad de formalizar unos cauces procedimentales que hagan posible dicha promoción en virtud de la capacidad individualizada de cada uno.

El régimen jurídico vigente hasta la reforma, lo ejemplifica la materialización de justicia que efectuaban los tribunales:

- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Málaga, núm. 1552/2000, de 15 de septiembre [(Sala de lo Social) JUR 2001\5387]: nivel y grado personal.

«[...]. Para el debido enfoque del tema debatido hay que tener en cuenta la Ley 30/1984, de Reforma de la Función Pública y el Real Decreto-Ley 3/1987, sobre retribuciones del personal sanitario así como el Acuerdo de 17 de julio de 1990, del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, sobre retribuciones del Personal de Centros e Instituciones Sanitarias del SAS. La Ley 30/1984, por lo que respecta al caso que nos ocupa en su artículo 21 sobre promoción profesional señala:

1. El grado personal: a) los puestos de trabajo se clasifican en 30 niveles, b) el Gobierno y los Órganos de Gobierno de las Comunidades Autónomas determinarán los intervalos que correspondan a cada cuerpo o escala, c) todo funcionario posee un grado personal que corresponderá a alguno de los niveles en que se clasifiquen los puestos de trabajo, d) el grado personal se adquiere por el desempeño de uno o más puestos del nivel correspondiente durante dos años continuados o durante tres con interrupción, e) la adquisición y los cambios de grados se inscribirán en el Registro de Personal previo reconocimiento por el Subsecretario del Departamento respectivo y Organismos análogos de las demás Administraciones Públicas, f) la adquisición de los grados superiores de los Funcionarios de los Cuerpos y Escalas de cada grupo podrá realizarse también mediante la superación de cursos de formación u otros requisitos objetivos que se determinen por el Órgano competente.

2. Garantía del nivel del puesto de trabajo: a) ningún funcionario podrá ser designado para un puesto de trabajo inferior en más de dos niveles al correspondiente a su grado personal, b) ningún funcionario podrá ser designado para desempeñar un puesto de trabajo superior en más de dos niveles al de su grado personal.

La citada Ley reconoce que nivel y grado personal son la misma cosa; que el nivel identifica a la persona y que ningún funcionario puede acceder a un puesto de trabajo con nivel superior en más de dos niveles al de su grado personal» (FD 2º).

- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sevilla, núm. 3035/2002, de 3 de septiembre [(Sala de lo Social) AS 2003\862]: provisión de una plaza de jefe de servicio.

«[...]. Además de la provisionalidad del nombramiento, el cargo de jefe del servicio exigía una evaluación cuatrienal a efectos de determinar su continuidad en el cargo, tanto para los nombramientos efectuados en aplicación de la Orden de 5 de febrero

de 1985, que afectaba a los dos primeros cuatrienios, como los realizados tras la entrada en vigor del Real Decreto 118/1991, de 25 de enero, sobre selección de personal estatutario y provisión de plazas en las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social, que en la comunidad autónoma andaluza se concretó en la Orden de 13 de enero de 1992, que establece el procedimiento de evaluación específico a efectos de continuidad en los puestos de Jefes de Servicio y Sección de los Servicios Jerarquizados de los Centros Asistenciales en áreas hospitalarias del Servicio Andaluz de Salud, cuyo artículo 1º dispone que «Los puestos de jefe de servicio y de sección de los Servicios Jerarquizados de Centros Asistenciales en áreas hospitalarias del Servicio Andaluz de Salud, obtenidos con posterioridad a la Orden de 5 de febrero de 1985, se evaluarán por una Comisión de Evaluación al término de cada cuatrienio de su ejercicio, con arreglo al procedimiento contemplado en el articulado de la presente Orden», necesidad de evaluación cuatrienal que actualmente se mantiene en la disposición adicional 11ª de la Ley 30/1999, de 5 de octubre, sobre Selección y Provisión de Plazas de Personal Estatutario de los Servicios de Salud, por ello el recurrente no puede estar excluido de este medio de control sobre la labor asistencial, docente e investigadora realizada en el servicio hospitalario del que era responsable.

Por otra parte el recurrente no se opuso a la evaluación de sus funciones hasta que fue valorada negativamente, por ello no puede pretender la impugnación de los trámites previos de procedimiento evaluatorio, una vez que ha conocido que la resolución es contraria a sus intereses y determinó el cese en el cargo» (FD 3º).

- Procedimiento abreviado 176/2002 instruido en el Juzgado Contencioso-Administrativo nº 7 de Madrid:

«Mediante el presente Recurso Contencioso Administrativo, se impugna la desestimación presunta por silencio del recurso de Alzada formulado el día [...] contra la desestimación de la solicitud de fecha [...], en la que se expresaba lo siguiente: En contestación a su reclamación de fecha [...], en la que solicitaba la revisión de los méritos aportados al objeto de promocionar de nivel en la Carrera Profesional, una vez reunida la Comisión de Evaluación en sesión ordinaria ha llegado a la conclusión: Examinada la reclamación del interesado se acuerda DESESTIMAR la misma habida cuenta que la fase de implantación de la carrera profesional sólo permite acceder como máximo al Nivel III, atendiendo a criterios de antigüedad, y a mayor abundamiento, le faltarían dos meses computados desde el [...] a la fecha de la convocatoria para cumplir los 21 años para promocionar al Nivel IV, y en consecuencia no procede la propuesta para la promoción de nivel al Consejo de Administración del Hospital de conformidad con el Acuerdo del Consejo de Gobierno de 4 de junio de 1998, por el que se establece la Carrera Profesional. [...] (FD 1º).

La parte recurrente solicita una pretensión anulatoria que articula en los fundamentos de derecho, fondo del asunto, solicitando según el tenor literal lo siguiente: “que tenga por formalizado en tiempo y forma la demanda de recurso por inactividad de la Administración toda vez que con fecha [...] se entregó a mi representado la

resolución del Secretariado de la Comisión de Evaluación del Hospital General Universitario “Gregorio Marañón” de la Comunidad de Madrid, de fecha [...] denegando la reclamación que mi mandante efectuó al respecto solicitando la revisión de los méritos aportados al objeto de promocionar de nivel en la Carrera Profesional y con fecha [...] de acuerdo con lo establecido en dicha resolución mi poderdante interpuso recurso de alzada contra la misma ante el Gerente del Hospital General Universitario Gregorio Marañón Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid, sin que hasta la fecha se haya recibido contestación alguna sobre dicho recurso y de acuerdo con el petitum de dicho recurso solicitamos se dicte sentencia y se resuelva:

Primero. Que se baremen por la Comisión de Evaluación los documentos aportados por el Dr. [...] con fechas [...] y concretamente el certificado del Insalud, de [...], y su título de Médico Especialista en [...] de [...], al objeto de constatar su antigüedad de más de 21 años, necesaria para obtener el Nivel IV que le corresponde en la Carrera Profesional para Facultativos Especialistas en el Hospital General Universitario “Gregorio Marañón”.

Segundo. Que por lo tanto se revoque la resolución de [...].

Tercero. Que se otorgue al Dr. [...] el Nivel IV en la resolución definitiva de la convocatoria de 1999 relativa a la Carrera profesional para Facultativos Especialistas en el Hospital General Universitario “Gregorio Marañón”.

Cuarto. Como consecuencia de todo lo anterior, ser incluido en la relación definitiva de candidatos con el Nivel IV que le corresponde desde la fecha de su presentación de la instancia”.

Se ha opuesto la representación de la CAM, por entender que la resolución se ajusta a derecho; que se han valorado los méritos según las Bases de la convocatoria, realizando las manifestaciones que obran en los folios [...]».

Esta sentencia fue ratificada por la dictada por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Séptima de 17 de julio de 2003 (Recurso de apelación nº 63/2003).

Frente a los sistemas tradicionales de carrera o empleo en estado puro, las nuevas formulaciones optan por la mezcla de ambos así como la incorporación de elementos nuevos que contribuyan a una correcta valoración en virtud de los principios constitucionales vigentes, así como la necesaria objetividad en un proceso de estas características.

Los grupos de titulación, el grado personal y la antigüedad han sido los parámetros fundamentales utilizados para la materialización de la carrera profesional en la función pública tradicional. En el sistema sanitario, el primero ha sido el que ha tenido mayor relevancia pues se ingresaba en virtud de una determinada formación y por la propia esencia de la actividad sanitaria, la misma se perpetuaba a lo largo de toda la vida profesional aunque a continuación se reconocía la antigüedad como un valor adicional a tener en cuenta por parte de la organización sanitaria.

La evolución de las demandas y necesidades sociales, el mayor grado de especialización, la necesaria formación continuada de los profesionales al compás de los avances científicos y tecnológicos que caracterizan la sociedad que vivimos han hecho necesario un nuevo sistema que permita atender todos los requerimientos que este nuevo escenario plantea. La introducción de un nuevo modelo se enmarca en el objetivo general de obtener una mejora cuantitativa y cualitativa de la atención sanitaria a través de la instrumentación y desarrollo de aspectos fundamentales como la consideración de la formación continuada como indicador del esfuerzo individual en la mejora de la calidad técnico-asistencial y la apertura de cauces para una mayor y más efectiva participación de los profesionales en la dirección y gestión de los servicios sanitarios.

Aproximarse y dar respuesta a esta realidad es el reto que plantea el Estatuto Marco para el Personal Estatutario de los Servicios de Salud¹⁶, dejando en manos de las Comunidades Autónomas, previa negociación en las mesas correspondientes, el establecimiento de los mecanismos de carrera profesional. Contaba con dos precedentes legislativos a tener en cuenta.

La Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, define en el artículo 41, apartado primero, la carrera profesional estableciendo que «es el derecho de los profesionales a progresar, de forma individualizada, como reconocimiento a su desarrollo profesional en cuanto a conocimientos, experiencia en las tareas asistenciales, investigación y cumplimiento de los objetivos de la organización en la cual prestan sus servicios», y en su apartado segundo remite la regulación de la misma al régimen establecido en el artículo 84 de la Ley 14/1986, General de Sanidad, para la normativa básica, y a las Comunidades Autónomas para las normas de desarrollo.

La Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de Ordenación de las Profesiones Sanitarias, dispone en el artículo 37:

«1. Se constituye el sistema de reconocimiento del desarrollo profesional de los profesionales sanitarios a que se refieren los artículos 6 y 1 de esta Ley, consistente en el reconocimiento público, expreso y de forma individualizada, del desarrollo alcanzado por un profesional sanitario en cuanto a conocimientos, experiencia en las tareas asistenciales, docentes y de investigación, así como en cuanto al cumplimiento de los objetivos asistenciales e investigadores de la organización en la que prestan sus servicios.

2. Sin perjuicio de las facultades y funciones para las que habilite el correspondiente título oficial, el reconocimiento del desarrollo profesional será público y con atribución expresa del grado alcanzado por cada profesional en el ejercicio del conjunto de funciones que le son propias.

¹⁶ Vide J. F. Pérez Gálvez, *Comentarios al estatuto del personal estatutario de los servicios de salud*, Tomo I y II, Bosch, Barcelona, 2004, p. 1.444.

3. Podrán acceder voluntariamente al sistema de desarrollo profesional los profesionales que estén establecidos o presten sus servicios dentro del territorio del Estado».

La Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, regula en el Capítulo VIII la “carrera profesional”, estableciendo los criterios generales de la misma en el artículo 40, a saber:

«Artículo 40. Criterios generales de la carrera profesional.

1. Las comunidades autónomas, previa negociación en las mesas correspondientes, establecerán, para el personal estatutario de sus servicios de salud, mecanismos de carrera profesional de acuerdo con lo establecido con carácter general en las normas aplicables al personal del resto de sus servicios públicos, de forma tal que se posibilite el derecho a la promoción de este personal conjuntamente con la mejor gestión de las instituciones sanitarias.

2. La carrera profesional supondrá el derecho de los profesionales a progresar, de forma individualizada, como reconocimiento a su desarrollo profesional en cuanto a conocimientos, experiencia y cumplimiento de los objetivos de la organización a la cual prestan sus servicios.

3. La Comisión de Recursos Humanos del Sistema Nacional de Salud establecerá los principios y criterios generales de homologación de los sistemas de carrera profesional de los diferentes servicios de salud, a fin de garantizar el reconocimiento mutuo de los grados de la carrera, sus efectos profesionales y la libre circulación de dichos profesionales en el conjunto del Sistema Nacional de Salud.

4. Los criterios generales del sistema de desarrollo profesional recogidos en la Ley de Ordenación de las Profesiones Sanitarias se acomodarán y adaptarán a las condiciones y características organizativas, sanitarias y asistenciales del servicio de salud o de cada uno de sus centros, sin detrimento de los derechos ya establecidos. Su repercusión en la carrera profesional se negociará en las mesas correspondientes».

Esta materia ha sido objeto de debate y tratamiento pormenorizado a lo largo de la evolución legislativa del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud. Tiene especial relevancia la enmienda de modificación para sustituir el Capítulo VIII (artículo 40), que presentó el Grupo Parlamentario de Coalición Canaria (BOCG núm. 151-5, de 3 de julio de 2003), con la siguiente justificación:

«La formación continuada de los profesionales sanitarios es competencia autonómica, como prueba el Convenio de Conferencia Sectorial de 15 de diciembre de 1997, que pretende coordinar esa competencia territorial. En coherencia con este entendimiento, el artículo 38 de la Ley de Cohesión y Calidad encomienda al Consejo Interterritorial fijar criterios comunes en esta materia; algo que este proyecto de ley pretende modificar sin motivo alguno.

Podría alegarse que ésa era la situación hasta la aprobación de la citada Ley de Cohesión, pero que ahora quiere establecerse una regulación estatal sobre la materia. Pues bien, incluso si éste fuera el criterio, la formación continuada seguiría sin ser parte de “lo básico” en sanidad (artículo 149.1.16ª CE). En esta hipótesis, según la jurisprudencia constitucional sobre la materia, esta actividad formativa, cuando se trate de empleados públicos, forma parte de las bases del estatuto de los funcionarios públicos. El título competencial sería el artículo 149.1.18ª CE por tratarse de empleados públicos (SSTC 95 y 190/2002).

Por su parte, la carrera profesional nada tiene que ver con el ejercicio de la profesión puesto que la participación en la misma, cualesquiera que sean los resultados, es irrelevante con respecto a la facultad de ejercer la profesión sanitaria; ni se prevé limitación alguna de las facultades o habilidades, ni tampoco se abren posibilidades de actuación que estuvieran restringidas. Nada tiene que ver, por tanto, con el objeto del Proyecto de Ley de Ordenación de las Profesiones Sanitarias y, menos aún, con el ámbito de regulación propio de la ordenación de las profesiones (artículo 149.1.30ª CE).

El mecanismo de desarrollo profesional diseñado por el proyecto de ley es un instrumento de promoción y reconocimiento profesional en el ámbito de la organización en que el profesional sanitario presta servicios. Pues bien, como con la regulación de la formación continua, el desarrollo y promoción profesional es una materia que forma parte de la relación de servicios estatutario o laboral que vincula a un profesional con la Administración Pública o con la empresa sanitaria privada. La jurisprudencia constitucional es concluyente: la promoción profesional integra las bases del estatuto de los funcionarios públicos (por todas, STC 1/2003); la promoción y desarrollo profesional es uno de los derechos de los trabajadores de acuerdo con el artículo 4.2 del Estatuto de los Trabajadores (como recuerda la STC 190/2002). En modo alguno, la carrera profesional tiene engarce ni en la competencia estatal de ordenación profesional, ni menos aún en las bases de la sanidad interior. Quizás sean estas consideraciones las que expliquen el mandato del artículo 41.2 de la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud: la carrera profesional debe regularse como parte del Estatuto Marco.

En definitiva, tanto la formación continuada, como la carrera profesional, deben incorporarse al Estatuto-Marco, y suprimirlas del actual Proyecto de Ley de Ordenación de las Profesiones Sanitarias. Por seguridad jurídica, se debe evitar la dispersión normativa y las discordancias entre las diversas disposiciones generales que, con incidencia en una misma materia, son objeto de tramitación cuasi paralela, tal y como pone de manifiesto el Consejo de Estado en el apartado de “consideraciones” del informe al Proyecto de Ley analizado.

Para la elaboración del texto propuesto se han transcrito y adaptado al contexto del Estatuto Marco las previsiones del Proyecto de Ley de Ordenación de las Profesiones Sanitarias»¹⁷.

¹⁷ El Grupo Parlamentario de Coalición Canaria propuso la modificación del Capítulo VIII, por la siguiente redacción:

«*Sección 1. Formación Continuada.*

Artículo 40. *Principios Generales.* 1. La Formación Continuada es el proceso de enseñanza y aprendizaje activo y permanente que se inicia al finalizar los estudios correspondientes a la titulación exigida para el ingreso en la correspondiente categoría, y que está destinado a actualizar y mejorar los conocimientos, habilidades y actitudes del personal ante la evolución científica y tecnológica y las demandas y necesidades, tanto sociales como del propio Sistema Sanitario. 2. Son objetivos de la formación continuada: a) Garantizar la actualización de los conocimientos del personal y la permanente mejora de su cualificación, así como incentivarles en su trabajo diario e incrementar su motivación profesional. b) Potenciar la capacidad del personal para efectuar una valoración equilibrada del uso de los recursos sanitarios en relación con el beneficio individual, social y colectivo que de tal uso pueda derivarse. c) Generalizar el conocimiento, por parte del personal, de los aspectos científicos, técnicos, éticos, legales, sociales y económicos del Sistema Sanitario. d) Mejorar en el personal la percepción de su papel social, como agentes individuales en un sistema general de atención de salud y de las exigencias éticas que ello comporta. e) Posibilitar el establecimiento de instrumentos de comunicación entre el personal.

Artículo 41. *Acreditación y reconocimiento.* 1. Las Administraciones Sanitarias del Estado y de las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus respectivas competencias, podrán acreditar actividades y programas de actuación en materia de formación continuada del personal estatutario, así como, con carácter global, los centros en los que las mismas se imparten. La acreditación, que deberá realizarse necesariamente de acuerdo con los requisitos, procedimiento y criterios que reglamentariamente se determinen, tendrá efectos en todo el territorio nacional, sea cual sea la Administración Pública que expidió la acreditación. Los organismos acreditadores habrán de ser, en todo caso, independientes de los organismos previsores de actividades de formación. 2. En cualquier momento las Administraciones Públicas podrán inspeccionar, auditar y evaluar los centros y actividades de formación continuada acreditada. Como consecuencia del resultado de dichas medidas de control, podrán acordar, de forma motivada, la suspensión provisional o revocación de la acreditación otorgada. 3. Las Administraciones Sanitarias Públicas podrán certificar las actividades de formación continuada acreditadas mediante la expedición de Diplomas de Acreditación y de Diplomas de Acreditación Avanzada, que podrán referirse tanto globalmente a las funciones propias de una categoría o especialidad, como específicamente a una concreta área funcional de la misma. Los Diplomas de Acreditación y los Diplomas de Acreditación Avanzada, que deberán expedirse necesariamente de acuerdo con los requisitos, procedimiento y criterios que reglamentariamente se determinen, tendrán efectos en todo el territorio nacional, sea cual sea la Administración Pública que expidió el Diploma. 4. A efectos de provisión de plazas y carrera profesional sólo podrán ser tomadas en consideración las actividades de formación continuada que hubieran sido acreditadas. 5. Con el fin de armonizar el ejercicio de las funciones que las Administraciones Sanitarias Públicas y demás instituciones y organismos ostentan en materia de formación continuada, así como de coordinar las actuaciones que se desarrollen en dicho campo, se constituirá la Comisión de Formación Continuada de las Profesiones Sanitarias, como comisión técnica dependiente de la Comisión de Recursos Humanos del Sistema Nacional de Salud, con la composición y funciones que reglamentariamente se determine.

Sección 2. Carrera profesional.

Artículo 42. *Carrera profesional.* 1. La carrera profesional supondrá el derecho de los profesionales a que se refiere la Ley de Ordenación de las Profesiones Sanitarias, a progresar, de forma individualizada, como reconocimiento a su desarrollo profesional en cuanto a conocimientos, experiencia y cumplimiento de los objetivos de la organización a la cual prestan sus servicios. 2. Las Comunidades Autónomas previa negociación en las Mesas Sectoriales correspondientes, establecerán en sus respectivos ámbitos competenciales, la carrera profesional de acuerdo a los principios generales que se establecen en el artículo siguiente. 3. La Comisión de Recursos Humanos del Sistema Nacional de Salud establecerá los principios y criterios generales de homologación de los sistemas de carrera profesional de los diferentes Servicios de Salud, a fin de garantizar

La LOPS procede a regular el desarrollo profesional en el ámbito de los centros y establecimientos del Sistema Nacional de Salud, con arreglo a una serie de principios (artículo 38):

«1. Las Administraciones sanitarias regularán, para sus propios centros y establecimientos, el reconocimiento del desarrollo profesional, dentro de los siguientes principios generales:

a) El reconocimiento se articulará en cuatro grados.

Las Administraciones sanitarias, no obstante, podrán establecer un grado inicial, previo a los anteriormente indicados. La creación de este grado inicial deberá comportar su homologación de acuerdo con lo previsto en el artículo 39 de esta Ley.

b) La obtención del primer grado, y el acceso a los superiores, requerirá la evaluación favorable de los méritos del interesado, en relación a sus conocimientos, competencias, formación continuada acreditada, actividad docente e investigación. La evaluación habrá de tener en cuenta también los resultados de la actividad asistencial del interesado, la calidad de la misma y el cumplimiento de los indicadores que para su valoración se hayan establecido, así como su implicación en la gestión clínica definidas en el artículo 10 de esta Ley.

el reconocimiento mutuo de los grados de la carrera, sus efectos profesionales y la libre circulación de dichos profesionales en el conjunto del Sistema Nacional de Salud.

Artículo 43. *Principios generales.* 1. La carrera profesional se ajustará a los siguientes principios generales:

a) Tendrá acceso a la carrera profesional el personal estatutario fijo tomándose en consideración el tiempo de trabajo prestado como personal estatutario temporal, a efectos de lo previsto en la letra c) del presente apartado. b) Se articulará en cuatro grados. No obstante, se podrá establecer un grado inicial, previo a los anteriormente indicados. c) La obtención de primer grado, y el acceso a los superiores, requerirá la evaluación favorable de los méritos del interesado, en relación a sus conocimientos, competencias, formación continuada acreditada, actividad docente e investigación. La evaluación habrá de tener en cuenta también los resultados de la actividad asistencial del interesado, la calidad de la misma y el cumplimiento de los indicadores que para su valoración se hayan establecido, así como su implicación en la gestión clínica. d) Para obtener el primer grado, será necesario acreditar cinco años de ejercicio profesional. La evaluación para acceder a los grados superiores podrá solicitarse transcurridos cinco años desde la precedente evaluación positiva. En caso de evaluación negativa, el profesional podrá solicitar una nueva evaluación transcurridos dos años desde la misma. e) La evaluación se llevará a cabo por un Comité científico creado a tal efecto en el ámbito que por la Administración competente se establezca. El Comité estará integrado, en su mayoría, por profesionales de la misma profesión sanitaria del evaluado y habrá de garantizarse la participación en el mismo de representantes del Servicio o Unidad de pertenencia del profesional evaluado, así como de evaluadores externos designados por Agencias de Calidad o Sociedades Científicas de su ámbito de competencia. f) Los profesionales tendrán derecho a hacer constar públicamente el grado de desarrollo profesional que tengan reconocido. g) Dentro de cada Comunidad Autónoma, estos principios generales podrán adaptarse a las condiciones y características organizativas, sanitarias y asistenciales del Servicio de Salud o de cada uno de sus centros. 2. Se establecerán los mecanismos que permitan la adaptación de los principios señalados en el apartado anterior a los derechos ya reconocidos. 3. En el momento de implantación de la carrera profesional, las Administraciones Sanitarias podrán asignar a los profesionales el grado que les corresponda de acuerdo con sus méritos evaluables y años de servicios prestados, sin que, a estos efectos, sea exigible comenzar por el grado inicial; ni esperar cinco años para la siguiente evaluación a que se refiere la letra d) del apartado 1 del presente artículo».

También fue presentada en la misma fecha que la enmienda anterior, una por parte del Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida (núm. 28) para sustituir el artículo 40, que se justificaba en: «La necesaria cohesión del Sistema y la posibilidad de homologación entre las establecidas en los distintos Servicios de Salud, requiere una regulación más detallada en la norma básica que supone este Proyecto de Ley».

- c) Para obtener el primer grado, será necesario acreditar cinco años de ejercicio profesional. La evaluación para acceder a los grados superiores podrá solicitarse transcurridos, como mínimo, cinco años desde la precedente evaluación positiva. En caso de evaluación negativa, el profesional podrá solicitar una nueva evaluación transcurridos dos años desde ésta.
- d) La evaluación se llevará a cabo por un comité específico creado en cada centro o institución. El comité estará integrado, en su mayoría, por profesionales de la misma profesión sanitaria del evaluado, y habrá de garantizarse la participación en el mismo de representantes del servicio o unidad de pertenencia del profesional evaluado, así como de evaluadores externos designados por agencias de calidad o sociedades científicas de su ámbito de competencia.
- e) Los profesionales tendrán derecho a hacer constar públicamente el grado de desarrollo profesional que tengan reconocido.
- f) Dentro de cada servicio de salud, estos criterios generales del sistema de desarrollo profesional, y su repercusión en la carrera, se acomodarán y adaptarán a las condiciones y características organizativas, sanitarias y asistenciales del servicio de salud o de cada uno de sus centros, sin detrimento de los derechos ya establecidos».

También regula el desarrollo profesional en los centros privados con la preceptiva supervisión de la Administración sanitaria (artículo 38.2):

«Los centros sanitarios privados en los que existan profesionales sanitarios que presten servicios por cuenta ajena establecerán, en la medida en que lo permita la capacidad de cada centro, procedimientos para el reconocimiento del desarrollo profesional y la carrera de los mismos se adecuarán a los criterios fijados en este título.

Los procedimientos a que se refiere el párrafo anterior serán supervisados, en su implantación y desarrollo, por la Administración sanitaria correspondiente.

En cada centro se deberá conservar la documentación de evaluación de los profesionales de cada servicio o unidad de éste».

La STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) de 24 de octubre de 2011 (Ar. 1455), en el FD QUINTO, estableció, en relación con la falta de regulación por parte de la Administración competente sobre esta materia en un Decreto autonómico, las siguientes consideraciones:

«[...] Pero además, la ausencia de inclusión de profesionales que presten sus servicios en el Sector privado, no se vislumbra contradiga norma alguna.

En la sentencia de esta Sala y Sección de 9 de febrero de 2011, Recurso 107/2009, recordábamos que “la legalidad por omisión de una norma reglamentaria presenta cierta singularidad resaltada por la jurisprudencia de esta Sala, aunque ello no significa la exclusión de la posibilidad de estimar en sede jurisdiccional la eventual infracción de la Ley o del ordenamiento jurídico como consecuencia de la ausencia de una determinada regulación en el reglamento”.

Es cierto que las pretensiones deducidas frente a la omisión o, en general, la inactividad reglamentaria ha encontrado tradicionalmente, en nuestra jurisprudencia, el doble obstáculo del carácter revisor de la jurisdicción y la consideración de la potestad reglamentaria como facultad político-normativa del ejercicio discrecional. Ahora bien, tales reparos no han sido óbice para que, ya desde antiguo, se haya abierto paso una corriente jurisprudencial que ha admitido el control judicial de la inactividad u omisión reglamentaria. En el ejercicio de esta potestad son diferenciables aspectos reglados y discrecionales (Cfr. SSTS de 8 de mayo de 1985, 21 y 25 de febrero y 10 de mayo de 1994 (RJ 1994, 1455), y no es rechazable ad limine, sin desnaturalizar la función jurisdiccional, una pretensión de condena a la Administración a elaborar y promulgar una disposición reglamentaria o a que éste se refiera a un determinado aspecto, porque el pronunciamiento judicial dependerá de la efectiva existencia de una obligación o deber legal de dictar una norma de dicho carácter con un contenido que contemple un determinado desarrollo normativo. Es este un problema sustantivo diferenciable, sin embargo, del alcance del control judicial, pues constatado el deber legal de dictar una regulación por la Administración y el incumplimiento de aquél resulta ciertamente más difícil admitir la posibilidad de una sustitución judicial de la inactividad administrativa reglamentaria hasta el punto de que el Tribunal dé un determinado contenido al reglamento omitido, siendo significativo a este respecto el artículo 71.2 LJCA al disponer que “los órganos jurisdiccionales no podrán determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos de una disposición general en sustitución de los que anulen ni podrá determinar el contenido discrecional de los actos anulados”. Y ello es así porque el poder de sustitución no puede llegar allí donde la ley reserva a la Administración un poder discrecional de decisión que responde a su específica posición político-constitucional. O, dicho en otros términos, tal poder sólo alcanza hasta donde la ley regla la actividad administrativa que en el ámbito de la potestad reglamentaria no suele alcanzar hasta la imposición de la forma o contenido con que ha de quedar redactada la norma reglamentaria, aunque exista la obligación legal de dictarla. En definitiva, la posibilidad de nulidad de una norma reglamentaria por infracción omisiva es posible en dos supuestos señalados ya por la jurisprudencia de esta Sala: 1º) cuando, siendo competente el órgano titular de la potestad reglamentaria para regular la materia de que se trata, la ausencia de la previsión reglamentaria suponga el incumplimiento, no de una mera habilitación, sino de una obligación expresamente establecida por la Ley que se trata de desarrollar o ejecutar; y 2º) cuando el silencio del Reglamento determine la creación implícita de una situación jurídica contraria a la Constitución o al ordenamiento jurídico. Y es únicamente en este caso de omisión reglamentaria, en el que el restablecimiento de la supremacía de la Constitución o de la Ley puede consistir en negar simplemente eficacia jurídica al efecto derivado de dicho silencio del reglamento contrario al ordenamiento jurídico (Cfr. SSTS 16 (RJ 1998, 566) y 23 de enero de 1998, 14 de diciembre de 1998 (RJ 1999, 154), 7 de diciembre de 2002 y 28 de junio de 2004 (RJ 2004, 4989). Y en el presente caso como se ha razonado por la Sala de instancia no se aprecia la concurrencia de una situación contraria al ordenamiento jurídico».

El supuesto de los profesionales sanitarios que desarrollen su actividad exclusivamente a través del ejercicio profesional por cuenta propia se regula en el artículo 38.3:

«[...] podrán acceder voluntariamente a los procedimientos de reconocimiento del desarrollo profesional, en la forma en que se determine por la correspondiente Administración sanitaria. En todo caso, dichos profesionales deberán superar las mismas evaluaciones que se establezcan para quienes presenten servicios por cuenta ajena en centros sanitarios».

También procede la LOPS a determinar la homologación del reconocimiento del desarrollo profesional (artículo 39):

«El Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, a propuesta de la Comisión de Recursos Humanos y oída la Comisión Consultiva Profesional, establecerá los principios y criterios generales para la homologación del reconocimiento del desarrollo profesional en todo el Sistema Nacional de Salud, especialmente en lo relativo a las denominaciones de los distintos grados, a los sistemas de valoración de los méritos, a la composición de los comités de evaluación y al reconocimiento mutuo de los grados alcanzados por los profesionales de los distintos servicios de salud».

De este modo, queda claro que la regulación de la carrera profesional en cada servicio de salud, en virtud de lo establecido en el artículo 41.2 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, remite al futuro Estatuto Marco, y éste, en el artículo 40.1 y 4, reenvía a su vez, a la negociación de la correspondiente mesa sectorial, que adoptará al respecto los pertinentes acuerdos, respetando los criterios generales del sistema de desarrollo profesional recogidos en la LOPS, que se acomodarán y adaptarán a las condiciones y características organizativas, sanitarias y asistenciales del servicios de salud o de cada uno de sus centros.

La Resolución de 29 de octubre de 2008, de la Dirección General de Personal y Desarrollo Profesional del Servicio Andaluz de Salud, convoca con carácter abierto y permanente, proceso de acceso al modelo de carrera profesional y de promoción y mantenimiento de niveles de carrera profesional reconocidos para licenciados y diplomados sanitarios (BOJA núm. 240, de 3 de diciembre). Se adopta esta disposición de conformidad con lo establecido en el artículo 41 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, el artículo 38 de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de Ordenación de las Profesiones Sanitarias, el artículo 40 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, y del punto octavo del Anexo V del Acuerdo de 16 de mayo de 2006, de la Mesa Sectorial de Negociación de la Sanidad, sobre política de personal para el período 2006 a 2008.

Tras la solicitud del interesado, y teniendo presente que hay dos cortes semestrales (30 de abril; 31 de octubre), la comisión de valoración de centro verifica el cumplimiento de los requisitos establecidos y computa de acuerdo con el baremo de méritos correspondiente

según el tipo de personal y nivel solicitado. La Comisión Central de Valoración verifica las propuestas de las comisiones de valoración de los centros y eleva a la Dirección General propuesta provisional y definitiva de profesionales a certificar o excluir.

La Resolución de 30 de abril de 2009, de la Dirección General de Personal y Desarrollo Profesional del Servicio Andaluz de Salud, por la que se regula la ordenación del proceso de certificación de los distintos niveles de carrera profesional y de promoción y mantenimiento de los niveles de carrera profesional reconocidos para licenciados y diplomados sanitarios (BOJA núm. 96, de 21 de mayo) establece los elementos adicionales que permitirán que la Resolución definitiva surta efectos económicos a partir del día uno del mes siguiente a la fecha en que ha sido dictada.

De lo expuesto, se derivan dos consecuencias: primera, por un lado el carácter básico de la normativa estatal y la remisión a la normativa de desarrollo (autonómica) para acomodar los criterios generales a las condiciones y características organizativas, sanitarias y asistenciales del servicio de salud correspondiente; segunda, la complementación del desarrollo normativo respecto de la carrera profesional a través de la negociación colectiva.

2. El carácter básico de la normativa estatal¹⁸

A) Cuestiones formales y materiales de la potestad reglamentaria

La titularidad y competencia de la potestad reglamentaria¹⁹ constituyen exigencias y límites formales del reglamento. Además deberá respetarse el principio de jerarquía normativa respecto a la Constitución y a la Ley (artículos 9.3²⁰, 97 y 103 CE), así como respecto a los demás reglamentos dependiendo de su rango jerárquico. Así lo ha establecido, entre otras, la STSJ de Madrid, de 10 de julio de 2007 (artículo 801), FD TERCERO:

«La alegación esencial que vertebraba la demanda, bajo la invocación del principio de jerarquía normativa es la de que no puede establecerse en el Decreto impugnado

¹⁸ Para un estudio más detallado de esta cuestión Vide J. F. Pérez Gálvez, "Bases generales sobre autorización de centros, servicios y establecimientos sanitarios", *Revista Andaluza de Administración Pública*, 84, 2012, pp. 41-88.

¹⁹ Vide SAN de 26 de septiembre de 2007 (Ar. 664), FD TERCERO.

²⁰ Vide STC 83/1984, donde en relación al principio de legalidad afirma: «Este principio de reserva de ley entraña [...] una garantía esencial de nuestro Estado de Derecho [...]. Su significado último es el de asegurar que la regulación de los ámbitos de libertad que corresponden a los ciudadanos dependa exclusivamente de la voluntad de sus representantes, por lo que tales ámbitos han de quedar exentos de la acción del ejecutivo y, en consecuencia, de sus productos normativos propios, que son los reglamentos. El principio no excluye, ciertamente, la posibilidad de que las leyes contengan remisiones a normas reglamentarias, pero sí que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la ley, lo que supondría una degradación de la reserva formulada por la Constitución a favor del legislador».

la obligación de llevar hojas de reclamaciones en el ámbito de la sanidad privada hasta que la Comunidad de Madrid –por imponerlo así el artículo 26.5 de la Ley 12/2001, de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid– no dicte una norma que regule, específicamente, el sistema de reclamaciones en el ámbito sanitario privado, al igual que lo ha hecho en el ámbito sanitario público mediante la correspondiente Orden de la Consejería de Sanidad (Orden 605/2003), ya que, mientras esa regulación específica del sistema de reclamaciones en el ámbito sanitario privado no se dicte, la imposición de llevar hojas de reclamaciones que establece el precepto impugnado supone la aplicación, en este ámbito, de la legislación general de consumidores, legislación que no se considera de aplicación por el Colegio demandante, en la medida en que las consultas de odontoestomatología se rigen por su normativa propia en la que no se establece dicha obligación.

Y este planteamiento esencial sobre el que se articula la demanda no puede ser aceptado porque la validez de una norma reglamentaria, desde la perspectiva de su respeto a la Ley (principio de jerarquía normativa), no puede depender de que se haya dictado o no una norma que, a su vez, desarrolla la norma reglamentaria que se analiza, que es lo que realmente pretende la parte actora al entender que debió dictarse por la Comunidad de Madrid, en el ámbito de la sanidad privada, una norma similar a la Orden 605/2003, que regula el sistema de reclamaciones en el ámbito de la sanidad pública, antes de dictarse el precepto impugnado que impone la obligación de llevar hojas de reclamaciones también en el ámbito de la sanidad privada. En efecto, en el presente caso, ninguna vulneración del principio de jerarquía normativa se ha producido por la regulación contenida en el precepto impugnado (artículo 21.e) del Decreto 51/2006), cuyo contenido no es sino concreción o desarrollo del precepto legal en que con toda naturalidad se inserta el artículo 26.5 de la Ley 12/2001, de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid».

La inderogabilidad singular de los reglamentos y el cumplimiento del procedimiento de elaboración de los mismos también forman parte de esa reserva o límite formal al que me he referido. Exigencias materiales que afectan al contenido de la norma reglamentaria son la reserva de ley, material y formal, y el respeto a los principios generales del Derecho. Un Derecho que no se reduce al expresado en la Ley, sino que comprende dichos principios en su doble función legitimadora y de integración del ordenamiento jurídico como principios técnicos y objetivos que expresan las ideas básicas de la comunidad y que inspiran dicho ordenamiento. Para cumplir esta finalidad, es necesario un proceso en su elaboración que garantice la participación de todos aquellos que ostentan la condición de interesados. De este modo, el trámite de audiencia, constituye un elemento esencial del mismo, en los términos que han sido determinados por la STS de 5 de julio de 2005 (Ar. 5206), FD PRIMERO:

«En segundo lugar y por lo que se refiere a la exigencia legal del trámite de audiencia en la elaboración de disposiciones generales, el 105, apartado a) de la Constitución, establece que: “la Ley regulará la audiencia de los ciudadanos, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la Ley,

en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten”, precepto desarrollado en el artículo 24.1.c) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, de Organización, Competencia y Funcionamiento del Gobierno, según el cual: “elaborado el texto de una disposición que afecte a los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos, se les dará audiencia durante un plazo razonable y no inferior a quince días hábiles, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la Ley que los agrupen o los representen y cuyos fines guarden relación directa con el objeto de la disposición”.

En cuanto al alcance de tal previsión legal, esta Sala ha declarado en las sentencias de [...], que el trámite de audiencia ha de calificarse como participación funcional en la elaboración de disposiciones de carácter general “preceptivamente impuesta” y que “requiere en el órgano que instruye una actividad configurada técnicamente como carga, concretada en la llamada de las organizaciones y asociaciones que necesariamente deben ser convocadas pues, en otro caso, el procedimiento podría quedar viciado o incluso la disposición resultante podría estar incurso en nulidad”, debiendo distinguir que la audiencia es preceptiva para Asociaciones que no sean de carácter voluntario, pero no cuando se trata, de asociaciones voluntarias de naturaleza privada, que, aunque estén reconocidas por la Ley, no ostentan “por Ley” la representación a que aquel precepto se refiere, pues es este criterio el que traduce con mayor fidelidad el ámbito subjetivo de aquel precepto. [...].

Pues bien, desde estas consideraciones generales, lo primero que se advierte en este caso, es que en la elaboración del Real Decreto 1277/2003 impugnado, no sólo se ha dado trámite de audiencia a las organizaciones y asociaciones que necesariamente debían ser emplazadas al efecto sino que se ha incluido la audiencia de un considerable número de asociaciones de carácter voluntario, [...], habiéndose oído igualmente a las Comunidades Autónomas, a pesar de no contemplarse específicamente tal exigencia, como expresamente se indicaba en el informe de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia [...], por lo que objetivamente no se advierte la infracción de los indicados preceptos, al haberse cumplido ampliamente con dicho trámite»²¹.

Teniendo presente en todo caso, que la preceptividad de la audiencia excluye las asociaciones de carácter voluntario, aunque nada impide que dicha audiencia pueda ser llevada a cabo si este procedimiento aparece como adecuado en función de las circunstancias, pudiendo incluso recabar el informe de entidades de afiliación voluntaria que agrupen a colectivos afectados²².

²¹ En idénticos términos *Vide* STS de 1 de diciembre de 2008 (Ar. 200).

²² *Vide* STS de 14 de mayo de 2007 (Ar. 5849), FD OCTAVO.

B) Naturaleza de la relación existente entre el ordenamiento estatal y los distintos ordenamientos de las Comunidades Autónomas

La nueva ordenación territorial del Estado que introdujo la Constitución Española de 1978 en su Título VIII ha supuesto un cambio radical en las relaciones entre los diferentes ordenamientos jurídicos.

Esta ordenación territorial, con independencia de la integración del Derecho Comunitario Europeo, se establece en tres niveles –Administración del Estado, Administración de las Comunidades Autónomas y Administración Local– sobre la base del principio de autonomía (artículo 137 CE), que implica una potestad normativa propia, base de otros tantos ordenamientos singulares en relación con el ordenamiento general del Estado.

Esta pluralidad normativa, derivada de centros organizativos separados, se configura constitucionalmente sobre la base de tres principios generales (sigo aquí la argumentación de la STS de 13 de octubre de 2003, Ar. 7917, ponente: Fernández Montalvo):

a) Las Comunidades Autónomas han supuesto un cambio sustantivo respecto de la naturaleza de los entes locales. Estos son entes con poderes esencialmente administrativos, cuya competencia normativa, aunque opere en un ámbito autonómico garantizado por la Ley (leyes de Régimen Local o leyes sectoriales) y esté cubierta por una “garantía institucional” en la propia Constitución, es meramente reglamentaria.

Por el contrario, las Comunidades Autónomas no son simples entes administrativos, sino que poseen una verdadera esencia política por su misma posición constitucional y cuentan con un conjunto de poderes y funciones en un Estado que el Tribunal Constitucional ha calificado de “Estado compuesto”, aludiendo al sistema de autonomías político-territoriales de nacionalidades y regiones que consagra, como uno los principios básicos, el artículo 2 CE.

Las Comunidades Autónomas tienen genuinos poderes legislativos. Y, por su parte, el Tribunal Constitucional ha considerado que las leyes autonómicas pueden cubrir por sí mismas la reserva constitucional de ley, con lo que se establece la identidad de naturaleza con la ley ordinaria del Estado. La Ley del Estado y la Ley autonómica tienen, pues, el mismo rango y valor en sus respectivos ámbitos de competencia.

b) Las complejas relaciones internormativas que se producen no pueden explicarse sobre el principio de jerarquía. Aparece, por el contrario, un principio esencial de relación internormativa, cual es el principio de competencia.

Las normas autonómicas surgen en ámbitos competenciales reservados a favor de la respectiva Comunidad Autónoma por la Constitución y los Estatutos (artículos 143 y 147) por las leyes orgánicas de transferencia o delegación de facultades (artículo 150.2) y por las leyes marco (artículos 150.1 y 3). Dentro de esos ámbitos de autonomía las leyes y reglamentos del Estado no están supraordenados a las normas autonómicas antes bien están excluidos, por virtud de la reserva constitucional o legal.

La pluralidad de ordenamientos implica que cada uno tenga un ámbito propio; de manera que una norma de Comunidad Autónoma que penetrase en el ámbito estatal o viceversa, sería nula por vulneración de las normas constitucional y estatutaria que han construido tal ámbito competencial.

El principio de separación de los ordenamientos se instrumenta de forma recíproca ante el Tribunal Constitucional, bien mediante el recurso o cuestión de inconstitucionalidad, bien mediante el conflicto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, sin perjuicio de la garantía judicial ordinaria que presta la jurisdicción contencioso-administrativa.

c) La indicada relación de los ordenamientos estatal y autonómico se producen sin perjuicio de la articulación de todos ellos en el supraordenamiento constitucional. La separación entre ordenamientos a que me he referido no es en manera alguna absoluta, sino que encuentra una articulación superior en la Constitución como norma fundamental o norma normarun. Así pues, la unidad del ordenamiento general del Estado se encuentra en el nivel constitucional que comprende y abarca la totalidad de los dos subsistemas: el estatal *stricto sensu* y los autonómicos.

De esta posición de cada ordenamiento con la Constitución, en cuanto tronco común de todos ellos, deriva:

1º) Si bien existe separación entre las dos clases de ordenamiento, estatal y autonómico, las relaciones respectivas de cada uno de ellos con la Constitución es de subordinación jerárquica.

2º) La validez de todas las normas, tanto del Estado como de los ordenamientos autonómicos, está condicionada a su constitucionalidad.

3º) No sólo el Derecho estatal, sino la totalidad de los Derechos autonómicos, comenzando por los Estatutos, deben ser interpretados “conforme a la Constitución”.

d) A pesar de que la relación entre el ordenamiento estatal y los ordenamientos regionales se rija fundamentalmente por el principio de competencia, no constituyen, sin embargo, compartimentos estancos, en cuanto coinciden en un ámbito personal y territorial de aplicación, y existe una indudable interconexión en la vida social que determina que cualquier actuación administrativa pueda incidir en títulos competenciales diversos atribuidos al Estado y a las Comunidades Autónomas.

Muy gráficamente lo ha expuesto la STSJ de Andalucía, Granada, de 21 de junio de 2010 (Ar. 356131), FD QUINTO:

«Con todo ello puede determinarse que la relación existente entre las normas básicas estatales y las normas de desarrollo de las correspondientes Comunidades Autónomas se manifiesta en la imagen gráfica de tres círculos concéntricos:

– El primero y central: determinaciones de interés general, común denominador para todos, con efecto preclusivo o de cierre por ser imposible su modificación por el derecho de las Comunidades Autónomas y de desplazamiento respecto de derecho autonómico que pudiera estar hasta entonces regulando la materia.

- El segundo: círculo de encuadramiento, en el que se incluyen todos los aspectos que quedan abiertos a la regulación de las Comunidades Autónomas a efectos de desarrollo de sus propias políticas.
- El tercero: círculo de suplencia, en que la normativa básica se aplicará en las Comunidades Autónomas que no regulen la materia en tanto no dicten normas propias.

Con esta base doctrinal, ha de determinarse que el legislador estatal establece una serie de pautas encomendando a las Comunidades Autónomas el desarrollo de esta materia, y también la ejecución de la misma. O sea, que existe una habilitación o mandato legal, ya que no agota el contenido y alcance de la materia regulada el propio texto legal, sino que se remite a lo que cada Comunidad Autónoma (dentro de su autonomía política) puedan determinar con amplitud de criterio, dejando abierta la posibilidad a que éstas puedan, según sus peculiaridades propias, ampliar la clasificación básica estatal.

Además, esta regulación garantiza el derecho de los ciudadanos, porque somete a autorización administrativa el funcionamiento de otros establecimientos que procedan a la adaptación individualizada de productos sanitarios, descripción que deberá concretar la propia normativa reguladora de los mismos».

C) *Las competencias sobre carrera profesional: “bases-desarrollo”*

La Constitución Española de 1978, en su artículo 149.1.16 otorga al Estado la competencia exclusiva en materia de “Bases y coordinación general de la sanidad”, y el artículo 148.1.21 reconoce la posibilidad de que las Comunidades Autónomas, a través de sus Estatutos de Autonomía, asuman competencias en materia de “Sanidad e higiene”. Esta distribución competencial posibilita que Estado y Comunidad Autónoma regulen de modo global este ámbito jurídico. Al primero le corresponde establecer el régimen jurídico básico, y a la segunda, establecer la normativa de desarrollo. Las consecuencias son las siguientes²³:

- La atribución al Estado del establecimiento del mínimo común normativo o la regulación principal uniforme que debe existir y aplicarse con carácter general en todo el territorio nacional. De este modo se asegura un común denominador normativo, a partir del cual cada Comunidad puede establecer las propias peculiaridades.
- Las bases, que tienen según el Tribunal Constitucional un carácter material o sustantivo, en materia de sanidad comprende, como manifestación esencial y característica, la elección del propio modelo sanitario atribuido, sin duda, al Estado. Y a partir de tal opción la legislación estatal, en defensa del interés general, diseña el fundamento propio de las bases con un contenido circunstancial y variable y los consiguientes efectos de

²³ Vide STS de 13 de octubre de 2003 (Ar. 7917), FD QUINTO.

preclusión o de desplazamiento para la normativa autonómica, sin perjuicio, claro está, del ulterior y eventual control del Tribunal Constitucional.

La STSJ de Madrid, de 10 de julio de 2007 (Ar. 801), FD CUARTO, advierte claramente sobre esta cuestión al afirmar:

«[...] en este caso ya no podemos acudir al principio de jerarquía, sino al principio de competencia que es el que articula las relaciones entre las normas estatales y autonómicas. [...].

Como claramente puede colegirse de esta explicación, las normas que se contienen en el citado Real Decreto que afectan al “contenido funcional de las profesiones (de odontólogo, protésico dental e higienista dental) vinculadas a los correspondientes títulos académicos habilitantes” y que regulan, por tanto, “dichas profesiones, así como sus cometidos principales, capacidades y responsabilidades”, se han dictado por el Estado al amparo del título competencial previsto en el artículo 149.1.30 CE, que atribuye al Estado la competencia sobre la “regulación de las condiciones de obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales y normas básicas para el desarrollo del artículo 27 de la Constitución, a fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones de los poderes públicos en esta materia”. Y en cambio, las normas contenidas en dicho Real Decreto que afectan a “los requisitos básicos y mínimos correspondiente a los centros, servicios y establecimientos de salud dental”, se han dictado por el Estado al amparo del título competencial previsto en el artículo 149.1.16 CE, que atribuye al Estado la competencia, entre otras materias, sobre las “bases y coordinación general de la sanidad”.

En este caso, la cuestión discutida –obligación de tener hojas de reclamaciones en los servicios, centros y establecimientos sanitarios públicos y privados, incluidos los de salud dental– afecta a los requisitos de funcionamiento de dichos servicios y establecimientos sanitarios por lo que el título competencial que debemos aplicar es el de “bases y coordinación general de la sanidad”, estableciendo en el artículo 149.1.16 CE, en cuya virtud, corresponde al Estado en esta materia la legislación básica y a las Comunidades Autónomas el desarrollo de esas bases, [...].

Por tanto, nada tiene de extraño que el citado Real Decreto no establezca la obligación de llevar hojas de reclamaciones en los centros y establecimientos relativos a la salud dental y que esta obligación se imponga, “ex novo”, en la legislación autonómica que venimos analizando ya que el concepto material de “bases” impide que la legislación del Estado agote la materia a la que las bases se refieren, pues el desarrollo autonómico de las bases debe permitir a las Comunidades Autónomas llevar a cabo sus propias políticas en la materia, siempre dentro de aquellas bases. Así pues, las bases estatales deben respetar un ámbito de actuación propia de las Comunidades Autónomas, pues la autonomía significa la posibilidad de seguir políticas propias, de forma que siempre ha de quedar un margen de decisión a las Comunidades Autónomas para el desarrollo, como consideren oportuno, de las bases estatales. Y así, como tempranamente señaló el Tribunal Constitucional, “el establecimiento por parte del Estado de las bases de la ordenación no puede llegar

a tal grado de desarrollo que deje vacías de contenido las correlativas competencias de la Comunidad”.

En consecuencia, ninguna discordancia con el ordenamiento jurídico puede extraerse del hecho, puesto de relieve en la demanda, de que el Real Decreto 1594/1994, no establezca esta obligación y si se imponga dicha obligación en la norma reglamentaria autonómica analizada, pues se trata, simplemente, del juego normado de la técnica competencial “bases-desarrollo”».

- El propio mecanismo de bases más desarrollo y aludidos efectos de preclusión y desplazamiento en la determinación de lo básico de una materia, además del efecto de suplencia, determina que las Comunidades Autónomas no tengan supeditado el ejercicio de su competencia normativa de desarrollo a que el Estado dicte la norma básica. Si el legislador no ha definido las bases de una materia, ello no significa que no existan ni tampoco que el legislador comunitario autonómico no pueda legislar hasta que el estatal las defina²⁴.

La STS de 6 de julio de 2005 (Ar. 9541), en un caso donde se cuestiona el carácter básico del Real Decreto 1277/2003, de 10 de octubre, por el que se establecen las bases generales sobre autorización de centros, servicios y establecimientos sanitarios, afirma (FD PRIMERO):

«[...] Tampoco puede llegar a comprender esta Sala a qué tipo de doctrina constitucional se refiera la actora cuando alega que ésta no reconoce que se pretenda dotar de carácter de normativa básica en la materia que regula el Real Decreto cuestionado. Ciertamente que el argumento se formula en términos absolutamente genéricos, sin descender con el debido detalle al caso que nos ocupa; pero, de todas formas, lo cierto es que la doctrina constitucional y la jurisprudencia de esta Sala han reconocido en muchas ocasiones el carácter básico –a los efectos del artículo 149.1 de la Constitución– de disposiciones que adoptan la forma de Real Decreto, siempre que se ajusten a los requisitos que en este caso, precisamente concurren.

En efecto: refiriéndonos únicamente a la doctrina constitucional que sirve de término de contraste a la demandante, la noción de legislación básica a que se refiere

²⁴ Vide STS de 6 de julio de 2005 (Ar. 9541), FD PRIMERO: «[...] Esta Tribunal ignora por qué razón la actora pretende limitar el carácter complementario y de desarrollo normativo del Real Decreto 1277/2003, a la Ley de 25 de abril de 1986, y en concreto a su artículo 29. La simple lectura del preámbulo del mismo incluso de sus primeros párrafos, ya pone de manifiesto que el reglamento impugnado se propone desarrollar y complementar dos disposiciones con carácter de ley formal: la ya mencionada General de Sanidad y la Ley 16/2003, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, que precisamente regula con carácter básico las garantías mínimas de seguridad exigibles para la regularización y autorización, por parte de las Comunidades Autónomas, de la apertura y puesta en servicio de centros, servicios y establecimientos sanitarios en su respectiva demarcación territorial. Añadiéndose en el párrafo tercero del mismo preámbulo, que constituye la finalidad del Real Decreto 1277/2003, la regulación de las bases de autorización de dichos centros, servicios y establecimientos sanitarios de conformidad con lo preceptuado en las Leyes de 25 de abril de 1986 y 28 de mayo de 2003».

el artículo 149 ha de ser entendida en sentido material, no siendo absolutamente necesario que revista el carácter de ley formal cuando: a) bien careciendo de legislación postconstitucional sobre el tema, el Gobierno regule una materia básica, siempre que de la legislación preconstitucional pueda inferirse claramente cuales sean las bases establecidas sobre la misma; b) bien cuando existiendo normas postconstitucionales que definan lo que resulta básico sobre una materia determinada, la posterior regulación complementaria por vía de reglamento viniese autorizada en virtud de una habilitación legal y esa posterior regulación se refiera a un aspecto de dicha materia cuya naturaleza haga inadecuada e innecesaria su regulación en virtud de ley formal.

Tanto la Ley General de Sanidad (artículo 29.2) como la de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud (disposición final 5ª), básicas en la materia, autorizan al Gobierno a dictar las disposiciones complementarias que sean precisas sobre calificación, registro y autorización de centros, servicios y establecimientos sanitarios, tema que constituye el objeto explícito del Real Decreto 1277/2003, y que desde luego no constituye materia idónea para ser reglada mediante Ley formal».

Sobre este pivote: bases-desarrollo, se sustentan las competencias sobre la carrera profesional en Andalucía.

3. El desarrollo normativo corresponde a las Comunidades Autónomas, y se materializa a través de la negociación colectiva

Anticipo en el enunciado del epígrafe lo que con más detalle ha determinado la STSJ de Andalucía (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera), de 22 de diciembre de 2008:

«Con esta base doctrinal, ha de determinarse que el legislador estatal establece una serie de pautas (las definiciones de la carrera profesional y los criterios generales del sistema) encomendando a las Comunidades Autónomas el desarrollo de esta materia, previa negociación con la representación de los empleados afectados. O sea, que existe una habilitación y mandato legal, ya que no agota el contenido y alcance del derecho el propio texto legal, sino que se remite a lo que cada Comunidad Autónoma (dentro de su autonomía política) y cada Mesa o Unidad de Negociación (dentro de su capacidad negociadora) puedan determinar con amplitud de criterio, y que no existe un único modelo de carrera profesional, sino que está abierto a la definición reglamentaria tanto en su ámbito subjetivo como objetivo. [...].

Y con todo ello, la Sala ha de concluir que la opción adoptada por el legislador estatal ha sido determinar como núcleo básico la definición de carrera profesional, determinando que cada Comunidad Autónoma fijará los mecanismos de la carrera profesional de acuerdo con lo establecido con carácter general en las normas aplicables al personal del resto de los servicios públicos de cada una de las Comunidades Autónomas, de forma tal que se posibilite el derecho a la promoción de

este personal conjuntamente con la mejor gestión de las instituciones sanitarias; y las Comunidades Autónomas acomodarán y adaptarán los criterios generales de la carrera profesional (establecidos en el artículo 38 de la Ley 44/2003) a las condiciones y características organizativas, sanitarias y asistenciales del correspondiente servicio de salud o de cada uno de sus centros».

Dicho de otro modo, el desarrollo normativo de la carrera profesional del personal sanitario corresponde a las Comunidades Autónomas, y se materializa a través de la negociación con los agentes sociales.

V. LA CARRERA PROFESIONAL DEL PERSONAL ESTATUTARIO DE LOS SERVICIOS DE SALUD QUEDA FUERA DEL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO

1. Constitución Española: artículo 43 y artículo 149.1.18ª

El estudio del derecho a la salud tal y como viene determinado en el artículo 43 de la CE ya ha sido objeto de consideración por doctrina solvente. Ahora es necesario abordar el estudio de las bases del régimen estatutario de los funcionarios, determinar su influencia respecto del personal estatutario de los servicios de salud, y para ello es necesario incidir en el análisis del artículo 149.1.18 CE.

La relación entre el legislador estatal y el autonómico es la propia de dos subsistemas normativos sobre una misma materia, que se condicionan recíprocamente, «pues el espacio de que dispone el legislador autonómico depende del alcance que el legislador dé a lo básico y, por otro lado, el legislador estatal no pueda dar la amplitud que le plazca a la regulación básica porque el ámbito propio de la legislación autonómica también le limita y condiciona»²⁵. No se trata de una relación de jerarquía, sino ordenada conforme al principio de competencia. «De ahí que si una norma autonómica de desarrollo vulnera una norma estatal de carácter básico será efectivamente inválida, pero no porque la norma estatal sea jerárquicamente superior, sino simplemente porque estará afectada de incompetencia. Y ello, claro está, únicamente si el legislador estatal no ha incurrido en ningún exceso al establecer la legislación básica, pues, de lo contrario, aun siendo la normativa autonómica contraria a preceptos formalmente declarados básicos podría ser perfectamente respetuosa del bloque de constitucionalidad, no procediendo entonces su declaración de nulidad. En tal caso, sería la legislación estatal la que resultaría contraria

²⁵ Vide A. Desdentado Bonete y E. Desdentado Daroca, "El sistema normativo de la relación de servicios del personal estatutario de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social", *Aranzadi Social*, vol. V, 2000, p. 924.

a la Constitución, pues habría invadido el campo que corresponde a la legislación autonómica de desarrollo»²⁶.

La competencia básica estatal es compatible con la de las Comunidades Autónomas (STC 165/1986, FJ 7):

«Sin embargo, tratándose de una Administración distinta de la del Estado y de otras Administraciones públicas, la ejecución de la legislación estatal sobre el régimen estatutario de los funcionarios no puede limitarse estrictamente a una aplicación mecánica de las normas correspondientes, pues es evidente que tales normas pueden desconocer las características propias de la organización administrativa autonómica y, por lo tanto, no adaptarse con la suficiente eficacia y previsión a ellas. En este sentido, no puede olvidarse la relativa incidencia que la diversidad de regímenes organizativos de las Administraciones públicas tiene sobre las relaciones de éstas con el personal a su servicio, así como que, en virtud del artículo 35 de su Estatuto de Autonomía, la Comunidad de Cantabria tiene atribuida una competencia específica para la estructuración de su propia Administración, y que el artículo 32.3 del mismo dispone que “las competencias de ejecución de la Diputación Regional de Cantabria llevan implícita la correspondiente potestad reglamentaria para la organización interna de los servicios, la administración y, en su caso, la inspección”. De ello se deduce que la Comunidad Autónoma, si bien no puede en ningún caso modificar o desarrollar las normas del Estado sobre el régimen estatutario de los funcionarios públicos en lo que atañe al régimen sustantivo de las relaciones jurídicas funcionariales, si puede en cambio utilizar instrumentos normativos propios para hacer posible el ejercicio de los derechos y obligaciones, deberes y facultades y, en general, de las situaciones jurídicas que aquel régimen sustantivo contempla, dentro de la estructura organizativa de su Administración. De otro modo, en efecto, podría suceder que la ejecución de la normativa estatal sólo pudiera llevarse a cabo con el sacrificio de la propia competencia de autoorganización».

Y evidentemente, nada tiene que ver con la referencia del artículo 150.1 CE, incompatible, con el título habilitante invocado en la disposición final primera (habilitación competencial) del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud.

En la STC 99/1987, sobre la Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública, el Tribunal revalidó la doctrina expuesta, y la competencia estatal en materia de función pública, al respaldar la mayoría de los preceptos de la ley, entre ellos los que regulaban el acceso a la carrera funcionarial, las bases retributivas, el régimen de situaciones administrativas y el estatuto disciplinario. Además determinó que era la ley y no el reglamento el competente para determinar la estructura de los cuerpos y escalas de los funcionarios. La adquisición

²⁶ *Ibidem*, p. 925.

y pérdida de la condición de funcionario, debe formar parte del contenido básico de su regulación (STC 37/2002, FJ 8º):

«Por otra parte, en relación con el contenido de la expresión “régimen estatutario de los funcionarios públicos”, empleada por los artículos 103.3 y 149.1.18ª, el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de declarar, poniendo en conexión ambos preceptos constitucionales, “que sus contornos no pueden definirse en abstracto y a priori, debiendo entenderse comprendida en su ámbito, en principio, la formación relativa a la adquisición y pérdida de la condición de funcionario, a las condiciones de promoción de la carrera administrativa y a las situaciones que en ésta puedan darse, a los derechos y deberes y responsabilidad de los funcionarios y a su régimen disciplinario, así como a la creación e integración en su caso, de cuerpos y escalas funcionariales y al modo de provisión de puestos de trabajo al servicio de las Administraciones públicas” [SSTC 99/1987, de 11 de junio F. 3 c); 56/1990, de 29 de marzo, F. 19]».

2. Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud

A) Consideraciones generales

La denominación de “Estatuto Marco” ha sido objetada por parte de la doctrina, al entender que no responde a la verdadera naturaleza de esta disposición: «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 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 escasa. 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 artículo 1 y la disposición final primera de la Ley 55/2003: bases de los estatutos, bases del régimen jurídico, etc.»²⁷.

²⁷ Vide J. I. Morillo-Velarde Pérez, “Ordenamiento jurídico actual: habilitación, competencias, desarrollo, supletoriedad”, *Derecho y Salud*, 2006, pp. 24-25.

Esta es la naturaleza que se pone de manifiesto a lo largo de la tramitación parlamentaria del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud (Grupo Federal de Izquierda Unida, señora Castro Fonseca)²⁸:

«[...] Ya poníamos de manifiesto entonces la urgencia de una regulación, señora ministra, para el personal estatutario, pendiente desde la promulgación de la Ley General de Sanidad, hace 17 años, que mantenía y sigue manteniendo a estos trabajadores y trabajadoras con una regulación, desde nuestro punto de vista, pre-constitucional y a todas luces claramente insuficiente. Insuficiente no sólo por los cambios producidos en las relaciones laborales dentro del Sistema Nacional de Salud, sino también por la finalización del proceso transferencial que hace imprescindible el desarrollo de normas de carácter básico que contribuyan a la articulación del sistema y a darle cohesión. En este sentido, los profesionales sanitarios son el principal recurso y a su vez la principal fuente de gasto. Es impensable, por tanto, un sistema público cohesionado y coherente sin una regulación de personal que garantice unos mínimos y fije unas pautas comunes de actuación. Esto, entendemos en mi grupo parlamentario, lejos de entorpecer la gestión que corresponde a las capacidades constitucionales de las comunidades autónomas, debe favorecerla y permitir la permeabilidad entre los distintos servicios de salud [...]»²⁹.

Por tanto, será esta disposición la que determinará todas las condiciones que afectan a este personal, pues ha derogado el régimen estatutario configurado por los tres Estatutos de Personal –todos ellos preconstitucionales– y las disposiciones que los modificaron, complementaron o desarrollaron. Este marco básico estará constituido por el propio Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud y por las disposiciones que, en el ámbito de cada Administración Pública, desarrollen tal marco básico y general.

²⁸ Vide *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados* núm. 275, de 11 de septiembre de 2003, sesión plenaria núm. 262, p. 107.

²⁹ El Acuerdo Parlamentario para la Consolidación y Modernización del Sistema Nacional de Salud, aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados el día 18 de diciembre de 1997, determinó en su apartado 10 que se consideraba imprescindible el establecimiento de un nuevo modelo de relaciones laborales para el personal estatutario de los Servicios de Salud, a través de un Estatuto-Marco que habría de desempeñar un papel nuclear como elemento impulsor de la dinámica de evolución, desarrollo y consolidación de nuestro Sistema Nacional de Salud. El propio Congreso de los Diputados señaló las líneas maestras de esa nueva regulación y marcó sus objetivos generales. Entre ellos cabe destacar los de incrementar la motivación de los profesionales y su compromiso con la gestión, el establecimiento de un adecuado sistema de incentivos, la desburocratización y flexibilización de las relaciones profesionales, la descentralización de los procesos de selección y de promoción profesional, la personalización de las condiciones de trabajo, especialmente en lo relativo a retribuciones y niveles de dedicación o la adecuación de las dotaciones de personal a las necesidades efectivas de los centros, a través de una normativa específica de carácter básico para este personal, con respeto tanto de las competencias para su desarrollo por las Comunidades Autónomas como del objetivo global de impulsar la autonomía de gestión de los Servicios, Centros e Instituciones.

B) *El diseño aprobado –Estatuto Marco– queda pendiente de un posterior desarrollo autonómico, y de su adaptación –en lo que proceda– al Estatuto Básico del Empleado Público*

Ha sido objeto de debate parlamentario el desarrollo de la normativa básica contenida en esta Ley. Se ha llegado a la conclusión de que con la actual redacción se obliga a las Comunidades Autónomas a aprobar Estatutos regionales que desarrollen el Estatuto Marco lo cual puede resultar improcedente, en tanto dicho desarrollo puede abordarse mediante normas legales o reglamentarias autonómicas sin tal caracterización, manteniendo su vigencia –total o parcial– aquellas disposiciones autonómicas anteriores a la entrada en vigor del Estatuto Marco por no oponerse a la regulación básica contenida en el mismo. Así lo expresó la enmienda núm. 93 del Grupo Parlamentario Coalición Canaria, publicada en el BOCG de 3 de julio de 2003, y justificada del siguiente modo:

«El término Estatuto se refiere a un cuerpo legal completo que habría de contemplar en su integridad todo el régimen del colectivo. Ello supondría tener que reproducir a nivel autonómico prácticamente la totalidad del texto del Estatuto Marco –puesto que en muchas materias la regulación es de tal detalle que no admite desarrollo por parte de las Comunidades Autónomas– con la adición de la regulación autonómica de desarrollo que habría de abordarse de forma conjunta y simultánea a efectos de su incorporación a dicho texto, lo que contrasta con la previsión contenida en la disposición adicional sexta del Proyecto de Ley que prevé la entrada en vigor y consecuente desarrollo autonómico de forma paulatina.

La otra alternativa menos rigurosa sería optar por un estatuto Autonómico que tan sólo contuviera las materias que se desarrollen en dicho ámbito y omitiera los aspectos ya contenidos en el Estatuto Marco, lo cual obligaría a proceder a su regulación simultánea, ya que en caso contrario se plantearía la duda de cuáles de tales normas debieran tener la consideración de “estatuto”. A su vez ello supondría tener que manejar unas normas deslavazadas, lo cual dificulta su comprensión y aplicación, no tan sólo por los órganos gestores, sino por los tribunales de la Administración de Justicia.

Lo que exige el Estatuto marco, en tanto norma básica y detallista, es la regulación de determinadas cuestiones bien por ley (ej. régimen retributivo, infracciones y sanciones disciplinarias), bien por reglamento (ej. *selección y provisión de plazas*, procedimiento disciplinario) que se pueden producir de forma progresiva».

Por tanto, esta es una materia que está siendo objeto de tratamiento por cada Comunidad Autónoma en virtud de lo establecido en la disposición transitoria sexta de esta Ley:

«Disposición transitoria sexta. Aplicación paulatina de esta Ley.

No obstante lo previsto en las disposiciones derogatoria única y final segunda, las previsiones de esta Ley que a continuación se indican producirán efectos en la forma que se señala:

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.b), o las equivalentes de cada Comunidad Autónoma.

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, e), f) y g).

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.d).

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

2. El límite máximo de ciento cincuenta horas anuales que se fija en el segundo párrafo del artículo 49.1 de esta Ley, se aplicará de forma progresiva durante los diez años siguientes a su entrada en vigor, en la forma que determine el Gobierno mediante Real Decreto, adoptado previo informe de la Comisión de Recursos Humanos del Sistema Nacional de Salud. En dicho informe, que deberá ser elaborado en el plazo de 18 meses desde la entrada en vigor de esta norma, se analizarán detalladamente las implicaciones que en la organización funcional de los Centros Sanitarios, en la financiación del Sistema Nacional de Salud y en las necesidades de especialistas, tendrá la puesta en marcha de la indicada 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 la vigente con carácter general en el resto de los Servicios Públicos.

Para la elaboración del informe a que se refiere el párrafo anterior, la Comisión de Recursos Humanos del Sistema Nacional de Salud recabará las opiniones de expertos de las Administraciones Sanitarias, de los Servicios de Salud y de las Organizaciones Sindicales».

También han tenido en cuenta las Comunidades Autónomas lo dispuesto en la Disposición derogatoria única:

«Disposición derogatoria única. Derogación de normas.

1. 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 la presente Ley y, especialmente, las siguientes:

- a) Los números 1, 2 y 3 del artículo 84 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.
 - b) El Real Decreto-Ley 3/1987, de 11 de septiembre, sobre retribuciones del personal estatutario del Instituto Nacional de la Salud y las disposiciones y acuerdos que lo complementan y desarrollan.
 - c) La Ley 30/1999, de 5 de octubre, de Selección y Provisión de Plazas de Personal Estatuario de los Servicios de Salud.
 - 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.
 - 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, complementan y desarrollan.
 - f) El Estatuto de Personal Sanitario no Facultativo de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social aprobado por 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 Orden de 5 de julio de 1971, y las disposiciones que lo modifican, complementan y desarrollan.
2. 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».

Pues el Estado estaba habilitado competencialmente, tal y como se precisa en la disposición final primera, para abordar este cometido:

«Disposición final primera. Habilitación competencial.

1. Las disposiciones de la presente Ley se dictan al amparo del artículo 149.1.18ª de la Constitución, por lo que las mismas constituyen bases del régimen estatutario del personal incluido en su ámbito de aplicación.
2. La disposición adicional segunda se dicta, además, al amparo del artículo 149.1.16ª de la Constitución, por lo que sus previsiones constituyen bases de la sanidad.
3. Se exceptúan de lo establecido en el anterior número 1, la disposición adicional segunda, en cuanto al personal con vínculo laboral de los Centros Sanitarios a los que la misma se refiere, y la disposición transitoria primera, que se dictan al amparo del artículo 149.1.7ª de la Constitución».

Pero sin duda, este panorama complejo, ha debido abordar otro reto adicional: la entrada en vigor del EBEP.

3. Estatuto Básico del Empleado Público

La Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público –en adelante EBEP– publicada en el BOE del 13 de abril, es una norma anhelada durante largo tiempo:

«Necesitamos un Estatuto, porque la fragmentación y los vacíos legislativos actuales alimentan la manipulación discrecional interesada del sistema de la función pública por parte de todos los actores con poder para ello. Por esta vía se deterioran valores de convivencia claves como la seguridad jurídica, el mérito y la capacidad, la objetividad, la imparcialidad, la eficacia y la eficiencia. Pero la elaboración del Estatuto no es sino un paso en el largo proceso de reconstrucción institucional de nuestra función pública. El Estatuto es punto de partida más que de llegada: no es la programación de la función pública por la ley, sino la base legal desde la que iniciar un largo proceso de experimentación y aprendizaje. Nadie puede saber cómo será, ni siquiera cómo conviene que sea, la función pública de dentro de cincuenta, o siquiera veinticinco años. Pero sí podemos tratar de ponernos de acuerdo sobre cuáles son los problemas actuales de nuestra función pública y cómo hacer para superarlos hoy. El Estatuto debería expresar un consenso suficiente sobre la manera de entender y operar los principios fundamentales de la función pública como institución. Siendo sólo un paso aportaría mucho, pues permitiría abordar los problemas concretos desde un marco referencial cierto y compartido»³⁰.

No era fácil hacer frente a la reforma de esta materia. Afecta a muchas Administraciones distintas, a muchos trabajadores con singularidades propias, y sobre todo, había que buscar el equilibrio entre lo que se quiere hacer y lo que se podía hacer en virtud de todos los condicionantes existentes. Así lo ha expuesto con claridad Miguel SÁNCHEZ MORÓN:

«De todas formas, lo más relevante es que cualquier reforma del empleo público se destina a un cuerpo vivo, esto es, a una organización de características determinadas, moldeada por la historia y por las personas que la integran, cuyos intereses, expectativas y valores no son siempre coincidentes y, en algunos aspectos, suelen ser contrapuestos. Por eso, toda reforma debe tener en cuenta el contexto en que se produce, esto es, los recursos económicos disponibles, las demandas de los ciudadanos, la evolución de la cultura política y administrativa del país. En otros términos, la reforma del régimen del empleo público debe permitir a las Administraciones públicas dotarse de los recursos humanos necesarios para el desempeño eficaz y objetivo de sus funciones, al servicio del público, pues sin esta perspectiva finalista no hay verdadera reforma, en sentido sustantivo, sino, a lo sumo, una mera reordenación o actualización formal de la legislación. Pero también es obvio que, para ser efectiva, para poder ser aplicada, la nueva normativa debe tener en

³⁰ Vide J. Prats i Catalá, “Los fundamentos institucionales del sistema de mérito: la obligada distinción entre función pública y empleo público”, *Documentación Administrativa*, 241-242, 1995, pp. 15-16.

cuenta la realidad y, dentro de ella, los múltiples intereses legítimos en presencia. De ahí la conveniencia –la necesidad incluso, en términos políticos– de diálogo con todos los actores implicados, con las Comunidades Autónomas y la Administración Local, con las organizaciones sindicales y asociaciones de funcionarios, con los partidos políticos, para alcanzar el más alto grado de consenso posible. Ya que la mejor reforma del empleo público no es la que con más ambición identifica a los objetivos, sino la que acierta a encontrar el equilibrio entre los fines y la situación fáctica que pretende ordenar, entre lo que conviene hacer y lo que es posible hacer, razonablemente, en cada momento histórico»³¹.

Desde el primer momento, se tenía conciencia de la necesidad de dirigir la nueva propuesta legislativa en una triple dirección: «Si bien no se podía optar por un régimen de laboralización, tampoco parecía conveniente funcionarizar a todo el empleo público, luego debería acercarse el grueso de la regulación³². Que el Estatuto fuera de mínimos: para que sea aplicable a todo el sector público, que tenga claramente delimitado lo que puede y lo que no puede hacerse. No muchas reglas, pero sí claras, sencillas y firmes. Que no fuese un texto refundido encubierto, pues eso dejaría todo el sistema exactamente igual»³³. Y todo ello, porque las razones fundamentales que justificaban la reforma eran dos: desde un punto de vista formal, era necesario acabar con la dispersión existente de la legislación básica en materia de función pública, contenida en textos legales de diferentes épocas; en términos sustantivos, la legislación vigente había quedado desbordada por la realidad (descentralización, distinto contexto económico y social)³⁴.

Sin embargo, el modelo adoptado no está exento de peligros, como acertadamente advierte Luís ORTEGA ÁLVAREZ:

³¹ Vide M. Sánchez Morón, “Consideraciones generales sobre el Estatuto Básico del Empleado Público”, en AAVV, *El Estatuto Básico del Empleado Público y su desarrollo legislativo*, Universidad de Zaragoza, 2007, p. 25.

³² Vide J. Cantero Martínez, “Ámbito de aplicación y clases de personal al servicio de las Administraciones Públicas”, en L. Ortega Álvarez (dir.), *Estatuto Básico del Empleado Público*, El Consultor de los Ayuntamientos (La Ley), Madrid, 2007, p. 47: «En los últimos años, efectivamente, la propia realidad de los hechos se ha encargado de demostrar que el Derecho de la función pública y el Derecho laboral no pueden permanecer como compartimentos estancos, sino que cada una de estas ramas jurídicas ha ido progresivamente incorporando algunas de las ventajas típicas de la otra. Si se permite el recurso a la metáfora, puede decirse que la prestación de servicios a cambio de una determinada remuneración habría sido, en este sentido, la membrana fina y permeable que, a través de la exósmosis, habría permitido estas corrientes y estas influencias recíprocas entre ambas ramas del Derecho y que ahora han tenido su adecuado reflejo en la reunión en un solo texto de todas estas especialidades».

³³ Vide R. Sáenz Ortiz, “El Estatuto Básico del Empleado Público”, *XXIV Encuentro anual de Servicios Jurídicos de Comunidades Autónomas*, Logroño, 9-12 de mayo de 2007, Logroño, 2008, p. 61.

³⁴ Vide M. Sánchez Morón, “Consideraciones generales sobre el Estatuto Básico del Empleado Público”, en AAVV, *El Estatuto Básico del Empleado Público y su desarrollo legislativo*, Universidad de Zaragoza, 2007, pp. 27-28.

«Lógicamente esta atenuación de lo básico, da lugar a la posibilidad del aumento de las peculiaridades de los modelos autonómicos de empleo público, con el riesgo final de que tal diversidad juegue en contra del modelo mismo globalmente considerado como conjunto de Administraciones funcionando en términos cooperativos y de colaboración.

Este riesgo, en principio, está formulado como una hipótesis que deberá demostrarse y, en su caso, demostrar además que los nuevos inconvenientes del sistema no son compensados con ninguna de las nuevas virtudes que la implantación de dichas peculiaridades pudiese introducir en la gestión pública de los recursos humanos. Sin duda, el riesgo más importante es que los elementos básicos presentes en el nuevo Estatuto produzcan una compartimentación territorializada de las carreras administrativas de los empleados públicos, pues ello iría en contra, no sólo del principio constitucional de igualdad y del comunitario de libertad de movilización laboral, sino de la propia calidad de las Administraciones Públicas.

El hecho de que este Estatuto haya sido aprobado sin el acuerdo político de los dos grandes partidos de ámbito estatal y con la consiguiente influencia de los partidos de implantación autonómica en la formación de la mayoría democrática necesaria puede explicar, que las nuevas necesidades del modelo de empleo público basadas en la experiencia de gestión autonómica no hayan sido adecuadamente compensadas con reglas de mayor dimensión horizontal. Sin embargo, la implantación de estas reglas de horizontalidad, incrementando las posibilidades de homogenización de sistemas de acceso, o de promoción interna, está en la mano de los mismos partidos de dimensión nacional, que gobiernan en 15 de las 17 Comunidades Autónomas»³⁵.

Si en los últimos treinta años hemos asistido a la privatización de lo público y a la publicación de lo privado, es evidente que en materia de empleo público, el régimen funcional ha tendido a laboralizarse, y el régimen laboral se ha dirigido hacia la funcionarización o administrativización. Esta confluencia, este punto de encuentro, es lo que ha propiciado desde un punto de vista formal y material el Estatuto Básico del Empleado Público. El nuevo concepto de empleado público, artículo 8 del EBEP: «1. Son empleados públicos quienes desempeñan funciones retribuidas en las Administraciones Públicas al servicio de los intereses generales», trata de responder a esta compleja aproximación. Sin embargo, la realidad, con las exclusiones parciales y los regímenes especiales que prevé su propio articulado, diluirá esta vocación de aplicación universal con que nace la nueva norma.

El texto finalmente aprobado presenta dos peculiaridades notables en relación con el objeto de este trabajo. En primer lugar, es necesario analizar la incidencia de esta norma básica en el conjunto del empleo público del Estado. En segundo lugar, será necesario estudiar su

³⁵ Vide L. Ortega Álvarez, "Introducción general a los comentarios sobre el Estatuto Básico del Empleado Público", en L. Ortega Álvarez (dir.), *Estatuto Básico del Empleado Público*, El Consultor de los Ayuntamientos (La Ley), Madrid, 2007, p. 24.

incidencia en el Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, y por tanto determinar si se produce un solapamiento normativo, un desplazamiento o su contenido resulta inocuo. Eso sí, precisando, como afecta a la acreditación y carrera profesional.

A) *Incidencia general del Estatuto Básico del Empleado Público*

El Estatuto Básico del Empleado Público parte de una premisa fundamental, mejorar el servicio a los ciudadanos y al interés general que permitan satisfacer el derecho de todos a una buena administración y de este modo contribuir al desarrollo económico y social. Sin embargo, es necesario advertir, que de poco vale aprobar un nuevo texto legal, si no se modifican los elementos fundamentales: «Pero es también evidente –y así hemos querido reflejarlo en varios lugares del Informe– que de poco vale aprobar un nuevo texto legal sobre el empleo público si no se aportan al mismo tiempo las políticas, los recursos y los medios que son necesarios para aplicarlo de manera coherente. En especial, entendemos que el tipo de propuesta que realizamos para el Estatuto Básico requiere mejoras muy significativas en la gestión de recursos humanos de las Administraciones Públicas y un reforzamiento notable de las unidades administrativas que tienen la responsabilidad de esa gestión, que permita elevar su productividad. Corresponde a la sociedad y a quienes la representan en las instituciones decidir si y hasta qué punto se está dispuesto a hacer acopio de los recursos que precisa construir una Administración mejor»³⁶.

En todo caso, es necesario destacar que un factor clave, es sin duda, el personal al servicio de la Administración, a pesar, de que pueda considerarse que no es un actor social portador de un proyecto institucional:

«[...] pocas de nuestras instituciones se han visto de hecho tan transformadas en este período. La función pública española ha venido superando razonablemente una larga serie de imponentes transiciones: del autoritarismo a la democracia; del centralismo a las autonomías; del aislamiento a la inserción en Europa; de la contracción a la expansión de los servicios públicos; de la ausencia a la vigencia de libertades sindicales; de la máquina de escribir a la tecnología de la información; de la administración a la gestión [...]. No hemos detectado la percepción ni en la clase política ni en la empresarial de que la función pública haya sido un actor dificultador de ninguno de estos grandes cambios. Tampoco que haya sido el emprendedor decisivo de alguno de ellos»³⁷.

³⁶ Vide M. FÉREZ FERNÁNDEZ, "El modelo de gestión de los recursos humanos en el ámbito local", en A. Palomar Olmeda (coord.), *El Estatuto Básico del empleado público y su incidencia en el ámbito local*, CEMCI, Granada, 2007, p. 79, donde reproduce el sentir de la Comisión para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público, en el Informe elaborado al efecto, p. 23.

³⁷ Vide J. Prats i Catalá, "Los fundamentos institucionales del sistema de mérito: la obligada distinción entre función pública y empleo público", *Documentación Administrativa*, 241-242, 1995, p. 12.

Pese a las previsiones constitucionales (artículos 103.3 y 149.1.18ª) en materia de funcionarios públicos, no se había aprobado ninguna norma que colmara esta carencia. La misión era difícil, por la diversidad de Administraciones, sectores, grupos y categorías de empleados públicos a los que estaba llamada a aplicarse, de modo directo o supletorio³⁸. Las opciones doctrinales estaban encontradas, y hay trabajos serios y rigurosos que percibían la confusión entre función pública y empleo público como un riesgo inasumible:

«Una de las tesis clave de este trabajo es que la función pública como institución no comprende la totalidad del empleo público. [...]. Lo que está en juego con la función pública *strictu sensu* es la objetividad de la Administración y la imparcialidad del funcionario como exigencias de la creación de condiciones de eficiencia en una economía de mercado. Lo que está en juego con el mero empleo público es principalmente la prestación eficaz y eficiente de los servicios públicos divisibles, ámbito éste que, no obstante su innegable importancia, sólo debe ser asegurado en su prestación por los poderes públicos [...].

En este sentido, es de reconocer la actitud de los autores que, aun aceptando acriticamente la doctrina jurisprudencial de la opción del constituyente a favor de la generalización del régimen estatutario, se ven obligados a buscar la justificación de esta generalización en la necesidad de asegurar un funcionamiento estable y regular de los servicios públicos. Esta finalidad sólo puede conseguirse, a su juicio, mediante la técnica de determinación unilateral de las condiciones de trabajo por parte de la Administración [...]. Pero estas razones no son nada convincentes y han sido académicamente rebatidas de modo harto suficiente.

No nos parece admisible la pretensión académica o política de [...], apostar por la universalización del régimen funcional [..].

Lo más preocupante, con todo, es que la confusión entre la función pública y el empleo público, subsumiendo la totalidad de éste en aquella va a acabar agravando considerablemente el estado de nuestras Administraciones públicas. [...]. Pero si este régimen funcional se extiende a la casi totalidad del empleo público, una de dos: o se va a hacer imposible la gestión eficaz y eficiente de todas aquellas funciones públicas en las que la imparcialidad no es el valor fundamental (de hecho son todas aquellas cuyo ejercicio puede hacerse en forma de empresa pública o por contratación o susceptibles de privatización, es decir, la inmensa mayoría) o, para evitar lo anterior, se va a “flexibilizar” de tal modo el Estatuto funcional que

³⁸ Vide Ley 7/2007, de 12 de abril, Estatuto Básico del Empleado Público, Exposición de Motivos: «De hecho son escasas en nuestro país las ocasiones históricas en las que se ha emprendido y culminado esta tarea, con mayor o menor fortuna. Conviene recordar ahora la regulación o “nuevo arreglo” de los empleados públicos impulsado por el Ministro de Hacienda Luís López Ballesteros, que estableció el Real Decreto de 3 de abril de 1828, precedido de otras normas para los funcionarios de la Real Hacienda. También debe hacerse mención del Estatuto de Bravo Murillo, aprobado por Real Decreto de 18 de junio de 1852, de la Ley de Bases de 22 de julio de 1918 y su Reglamento de 7 de septiembre, que contienen el denominado Estatuto de Maura, y, finalmente, de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, articulada por Decreto de 7 de febrero de 1964, en desarrollo de la Ley de Bases 109/1963, de 20 de julio».

puede producirse un fuerte deterioro del valor de la imparcialidad allí donde este valor es decisivo. Tampoco debería excluirse la peor de las combinaciones: que una coalición político-sindical suficiente impusiera la rigidificación del empleo en la provisión de servicios y la flexibilización en las funciones de autoridad y soberanía»³⁹.

En este contexto, y creo que conjurando los riesgos que se aventuraban, el Estatuto Básico del Empleado Público establece los principios generales aplicables al conjunto de las relaciones de empleo público. Contiene aquello que es común al conjunto de los funcionarios de todas las Administraciones públicas, más las normas legales específicas aplicables al personal laboral a su servicio. En este aspecto (régimen jurídico del personal laboral) el EBEP ha transfigurado el ámbito material de la legislación laboral, de modo que en la regulación de este personal, las Comunidades Autónomas deben partir de lo que señala este texto normativo.

Parte del principio constitucional de que el régimen de empleo público en nuestro país es funcionarial, pero reconoce e integra el papel creciente que en el conjunto de las Administraciones públicas viene desempeñando la contratación de personal conforme a la legislación laboral. Como afirma la doctrina:

«La opción estratégica de un Estatuto del Empleado Público, y no sólo del funcionario público es sin lugar a dudas una de sus señas de identidad. La naturaleza pública del empleador –su condición de Administración Pública– había generado unas especialidades en el régimen aplicable al personal laboral contratado por las Administraciones Públicas determinando la existencia de muchos elementos comunes en los regímenes jurídicos aplicables a los funcionarios en sentido estricto y a los contratados laborales: selección del personal [...], promoción profesional, [...] incompatibilidades, [...] condiciones de trabajo que se han ido equiparando entre uno y otro colectivo; incluso el derecho a la negociación colectiva que históricamente nace en el seno de las relaciones estrictamente laborales, se había extendido a la función pública y, a su vez, la negociación colectiva de los contratados laborales estaba sometida a los límites presupuestarios. [...].

[...] el EBEP opta por establecer para todos los empleados públicos, esto es para los funcionarios en sentido amplio, [...], un régimen jurídico corolario de los principios constitucionales de mérito y capacidad. Pero a partir de ese tronco común encontramos dos ramas, los funcionarios en sentido estricto están única y exclusivamente sometidos al derecho administrativo –en una situación estatutaria– y el personal laboral se encuentra en un régimen jurídico compuesto por el EBEP y el

³⁹ Vide J. Prats i Catalá, “Los fundamentos institucionales del sistema de mérito: la obligada distinción entre función pública y empleo público”, *Documentación Administrativa*, 241-242, 1995, pp. 39-43.

derecho laboral, en la medida en que el EBEP se remite al mismo. Es el EBEP el que marca el espacio del derecho laboral»⁴⁰.

Ya lo he dicho antes, es lo que la doctrina ha denominado «laboralización del régimen jurídico del funcionario público, al tiempo que se procede a una funcionarización del empleado laboral»⁴¹. O llevando el razonamiento un poco más lejos «no se trata ya de discutir sobre la constitucionalidad del personal laboral, sino de advertir que la realidad ha terminado por llevar al legislador a consolidar dicho modelo hasta el punto de consagrarlo como paralelo al funcional. Con ello se pone de manifiesto –de la manera más explícita posible–, la equiparación entre uno y otro régimen, antesala de la ruptura definitiva del sistema de función pública como el prevalente, como la regla general, frente al empleo laboral, como excepción»⁴².

En todo caso el proceso legislativo de reforma está en marcha y el EBEP admite que será largo y complejo (Exposición de Motivos), pero que es necesario articular la gestión del empleo público en España a las necesidades del siglo XXI.

Para eso, «la legislación básica de la función pública debe crear el marco normativo que garantice la selección y la carrera sobre la base de los criterios constitucionales de mérito y capacidad y que establezca un justo equilibrio entre derechos y responsabilidades de los empleados públicos. Además, la legislación básica ha de prever los instrumentos que faculten a las diferentes Administraciones para la planificación y ordenación de sus efectivos y la utilización más eficiente de los mismos»⁴³. Pero sin embargo, esa loable meta se alcanza de modo desigual: «En efecto, por un lado hay “bloques” del EBEP en los que los márgenes de configuración del legislador autonómico son considerables o cuando menos razonables (sistema de carrera profesional y retribuciones, así como personal directivo o movilidad). Sin embargo, existen otros ámbitos materiales en los que el legislador de desarrollo seguirá teniendo serias dificultades para introducir regulaciones que supongan algunas innovaciones en relación a la legislación básica (particularmente detallado y agotador es el Capítulo relativo a la negociación colectiva, o todo lo que tiene que ver con derechos y deberes, así como lo concerniente a situaciones administrativas básicas). Por consiguiente, un legislador básico que ofrece una forma de actuar un tanto paradójica [...]»⁴⁴.

⁴⁰ Vide E. Malaret i García, “El Estatuto Básico del Empleado Público, la modernización administrativa en el Estado de las Autonomías: un proceso en construcción”, *Revista Vasca de Administración Pública*, 84, 2009, pp. 187-191.

⁴¹ Vide J. Fernández-Miranda Fernández-Miranda, “El Estatuto Básico del empleado público y la regulación de las funciones reservadas al funcionario público”, *REDA*, 139, 2008, p. 479.

⁴² *Ibidem*, p. 486.

⁴³ Vide Ley 7/2007, de 12 de abril, Estatuto Básico del Empleado Público, Exposición de Motivos.

⁴⁴ Vide R. Jiménez Asensio, “Luces y sombras del nuevo Estatuto Básico del Empleado Público”, en S. del Rey Guanter (dir.), *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, La Ley, Madrid, 2008, p. 83.

Sin embargo, ha sido destacado por la doctrina⁴⁵, como el legislador ha aplicado una técnica novedosa para plasmar las bases, pues «en unos temas lleva a cabo una regulación muy abierta (carrera profesional y sistema retributivo) y en otros muy cerrada (negociación colectiva y derechos). Así mismo, *en unos casos es una norma principal (por ejemplo en materia de acceso al empleo público)*, en otros configura una norma directiva (evaluación del desempeño) y en otras se limita a habilitar un abanico de posibilidades, levantando prohibiciones y límites, “un menú dispositivo”; no todas las disposiciones se configuran como mandatos a desarrollar por el legislador autonómico»⁴⁶.

Además, frente a un modelo único, se responde a la existencia de un Estado autonómico. Para dar respuesta a esta realidad se reduce la densidad de la legislación básica y se afronta la relevante multiplicación de las formas de gestión de las actividades públicas, dentro de cada nivel territorial de gobierno:

«Quiere eso decir que el régimen de la función pública no puede configurarse hoy sobre la base de un sistema homogéneo [...]. Por el contrario, cada Administración debe poder configurar su propia política de personal, sin merma de los necesarios elementos de cohesión y de los instrumentos de coordinación consiguientes. Por tanto, la densidad de la legislación básica en materia de función pública debe reducirse hoy en día [...].

De otra parte, la apertura de mayores espacios a la autonomía organizativa en materia de personal es también necesaria para posibilitar la regulación diferenciada de los sectores del empleo público que lo requieran. Asistimos hoy, en efecto, a una gradual multiplicación de las formas de gestión de las actividades públicas dentro de cada nivel territorial de gobierno, que persigue responder adecuadamente a las exigencias que plantea, en cada caso, el servicio eficaz a los ciudadanos. [...]. Esta diversidad de organizaciones ha contribuido igualmente a la heterogeneidad actual de los regímenes de empleo público. La correcta ordenación de este último requiere soluciones en parte diferentes en unos y

⁴⁵ Vide F. Castillo Blanco, “El EBEP: ¿hasta dónde llegan las bases? El sistema de empleo público en un gobierno multinivel”, Ponencia presentada en el *III Congreso de Profesores de Derecho Administrativo*, Granada, febrero, 2008.

⁴⁶ Vide E. Malaret i García, “El Estatuto Básico del Empleado Público, la modernización administrativa en el Estado de las Autonomías: un proceso en construcción”, *Revista Vasca de Administración Pública*, 84, 2009, p. 182. Vide A. Embid Irujo, “Incidencia del Estatuto Básico del Empleado Público en la normativa de las Comunidades Autónomas”, *REDA*, 137, 2008, p. 9: «[...]». Y ello porque hay en él pocas normas absolutamente compulsivas y cerradas en el texto que deban ser cumplidas estrictamente, conforme a su tenor literal, por las CC.AA. y respecto a las que éstas tengan sólo posibilidades de desarrollo legislativo. El texto [...], está lleno de disposiciones permisivas, tendentes a establecer distintas y amplísimas facultades de desarrollo por parte de las CC.AA., dentro de circunstancias o condiciones reguladas en el Estatuto o a veces, incluso, sin ese marco normativo» y p. 29, donde concluye: «a) Nos encontramos ante una Ley importante y significativa en el título aun cuando lo es mucho menos en sus contenidos que, *en modo alguno, suponen un cambio en el modelo del empleo público en España*. [...]». c) Es claro que de todo lo anterior se deduce el notable incremento del papel que en relación a la regulación de la función pública tendrá la legislación de las CC.AA.».

otros sectores y, por eso, la legislación general básica no puede constituir un obstáculo ni un factor de rigidez. [...]»⁴⁷.

Esta realidad ha originado un recurso frecuente por parte de las Administraciones Públicas a la contratación de personal conforme a la legislación laboral. En el origen de esta situación, que no contraviene el imperativo constitucional de la primacía del régimen funcionarial, está la flexibilidad que introduce en el empleo público y su mayor proximidad a los criterios de gestión de la empresa privada. Pero, que sin embargo, supone un debilitamiento, cuando no degradación, del modelo de función pública⁴⁸. Hoy, sin embargo, asistimos con asombro a la funcionarización del personal laboral como consecuencia inmediata de los efectos devastadores de una crisis que provoca reducción en el empleo público. De este modo, el cambio de régimen jurídico intenta propiciar su estabilidad frente a este fenómeno nuevo en España.

Para desarrollar el Estatuto Básico del Empleado Público, será necesario que el legislador estatal y autonómico apruebe o modifique las leyes de función pública de sus Administraciones, que podrán ser generales o referirse a sectores específicos⁴⁹ como ocurre con el personal estatutario de los servicios de salud. Un buen ejemplo lo tenemos en la Ley 4/2011, de 10 de marzo, del Empleo Público de Castilla-La Mancha (BOE núm. 104, de 2 de mayo), Exposición de Motivos II:

«De esta forma, aunque la Ley afecta a la mayor parte del personal empleado público, su eficacia está condicionada, en primer lugar, por la relación jurídica de empleo, según se trate de personal funcionario de carrera e interino, personal docente o estatutario o de otros cuerpos específicos, personal laboral fijo, por tiempo indefinido o temporal, o personal eventual. Y en segundo lugar, por la Administración pública o institución de dependencia ya sea la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, la Administración local, la Universidad de Castilla-La Mancha, el Consejo Consultivo, el Consejo Económico y Social, o los organismos y entidades dependientes de las mismas, y las sociedades mercantiles

⁴⁷ Vide Ley 7/2007, de 12 de abril, Estatuto Básico del Empleado Público, Exposición de Motivos.

⁴⁸ Vide L. Martín Rebollo, "Empleo público. Estudio preliminar", en *Leyes Administrativas*, Thomson-Aranzadi, 13ª ed., Pamplona, 2007, p. 1.453.

⁴⁹ Vide Ley 4/2011, de 10 de marzo, del Empleo Público de Castilla-La Mancha (BOE núm. 104, de 2 de mayo), *Exposición de Motivos*: «Mediante la Ley 7/2007, de 12 de abril, se aprobó el Estatuto Básico del Empleado Público. Esta norma, que cumple el mandato impuesto en el artículo 103.3 de la Constitución y que fue dictada en ejercicio de la competencia estatal para la regulación de las bases del régimen estatutario de los funcionarios de las Administraciones públicas, constituye el cimiento sobre el que se asienta una nueva regulación común del empleo público, que cristalizará de forma efectiva mediante su desarrollo en cada Administración pública. Precisamente el principal rasgo que caracteriza la nueva regulación básica es su flexibilidad, ya que, partiendo de las competencias atribuidas en los Estatutos de Autonomía y de la doctrina del Tribunal Constitucional, el Estatuto Básico del Empleado Público reconoce expresamente la capacidad de cada Administración pública para diseñar su propia política de personal, necesaria para permitir la regulación específica de los sectores del empleo público que lo demandan».

y fundaciones con participación o aportación mayoritaria de las Administraciones públicas de Castilla-La Mancha.

Además, la Ley se aplica de forma supletoria, en defecto de normativa específica, o de forma indirecta, solo si así lo dispone su legislación específica, al personal de determinadas relaciones de empleo, cuerpos o instituciones»,

y en su artículo 2.4:

«El personal estatutario del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha se regirá, en aquellas materias no reguladas por su normativa específica o por acuerdos o pactos específicos, por lo dispuesto en esta Ley».

Sin embargo –quizás por la complejidad del proceso– no señalan plazo para su ejercicio.

B) Incidencia del Estatuto Básico del Empleado Público en el Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud: ¿de dónde venimos?

Es evidente que hay diferencias formales entre ambos textos legales, pero es necesario precisar cómo queda delimitado el régimen especial que supone el Estatuto Marco, y por tanto, la estructura y desarrollo de un modelo propio de la Administración sanitaria.

En el periodo preconstitucional, es claro que la normativa especial constituida por los tres Estatutos (del personal médico, del personal sanitario no facultativo y del personal no sanitario), determinan de un modo claro y taxativo la preeminencia de esta regulación sobre cualquier disposición normativa de carácter funcional. La propia naturaleza jurídica de este personal quedaba determinada por esta realidad. Tras la publicación de la Constitución Española de 1978, y la redacción del artículo 103.3, donde se determinaba que cualquier regulación de este personal debería hacerse por norma con rango de ley formal, la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, disponía en su artículo 1.2: «[...] en aplicación de esta Ley podrán dictarse normas específicas a las peculiaridades del personal docente e investigador, sanitario, de servicios postales y de telecomunicación y del personal destinado en el extranjero». El mismo texto legal, en la disposición transitoria cuarta, apartado primero, determina que el personal estatutario se regirá «de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.2 de esta Ley, por la legislación que al respecto se dicte». Inicialmente, en nada se modifica el régimen jurídico de especialidad aludido, aunque se deja la puerta abierta a una regulación omnicomprensiva de lo que hoy conocemos como empleo público, que pudiera incluir o no a este personal sanitario.

La Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, preveía la aprobación de un Estatuto Marco como norma especial que supondría la superación del marco legal preconstitucional, previsión reiterada en la Ley 30/1999, de 5 de octubre, de Selección y Provisión de Plazas de Personal Estatutario en los Servicios de Salud, en su disposición final primera.

El Estatuto Marco, viene por tanto a culminar un camino previamente determinado, con las siguientes peculiaridades:

- La relación estatutaria es una relación funcionarial especial (artículo 1):

«Esta Ley tiene por objeto establecer las bases reguladoras de la relación funcionarial especial del personal estatutario de los servicios de salud que conforman el Sistema Nacional de Salud, a través del Estatuto Marco de dicho personal».

- Se establece el carácter supletorio de las disposiciones y principios generales sobre función pública de la Administración correspondiente (artículo 2.2):

«En lo no previsto por esta Ley, en las normas a que se refiere el artículo siguiente, o en los pactos o acuerdos regulados en el Capítulo XIV, serán aplicables al personal estatutario las disposiciones y principios generales sobre función pública de la Administración correspondiente»⁵⁰.

Resulta llamativa la mención que se hace al sistema de fuentes. La supletoriedad de primer grado se remite a la normativa de función pública de la “Administración correspondiente”. Esto es obvio, es así, dentro del marco bases más desarrollo, consolidado en la determinación del régimen jurídico del empleo público en el Estado. Sin embargo, esta cuestión ha sido objeto de controversia, al entender que la dicotomía relación general-especial, permitiría apuntar otra solución:

«Ciertamente no cabe negar que la cuestión más conflictiva, desde una perspectiva jurídica, es la prevista en el apartado 2 del artículo conforme al cual el régimen supletorio del propio Estatuto y de los Pactos previstos en el mismo son las normas respectivas de función pública de las correspondientes Comunidades Autónomas, lo que rompe con el esquema general de fuentes del artículo 103.3 de la CE al tenerse en cuenta que si se configura, como se ha dicho, como un régimen funcionarial de carácter especial lo coherente sería que la supletoriedad de primer grado fuese a favor de las normas de función pública estatales. Sólo este punto nos permite justificar la afirmación inicial de que la relación entre general-especial no está suficientemente bien resuelta en el ámbito del EM. De hecho, frente a lo que parece que sería lo correcto, esto es, que la relación especial se soporte (en lo que proceda) en la relación general, lo que se hace en el EM es ahondar más en la diferencia potencial remitiendo los aspectos complementarios de la relación a una normativa que no es la general sino la específica de las Comunidades Autónomas. Desde esta perspectiva los reproches a la fórmula elegida para la determinación de las fuentes se refieren, fundamentalmente, al hecho de que el régimen supletorio de primer grado elegido para completar el régimen de fuentes se centre en las normas generales de la función pública de la Administración correspondiente, y no

⁵⁰ Vide Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, artículo 1.5: «La presente Ley tiene carácter supletorio para todo el personal al servicio del Estado y de las Administraciones Públicas no incluido en su ámbito de aplicación».

el del tronco común que supone la normativa que se dicte en aplicación del artículo 103.3 de la Constitución»⁵¹.

- Supone la reafirmación del régimen jurídico especial del personal estatutario, y su extensión al personal sanitario funcionario y al personal sanitario laboral, sin contravenir su normativa específica (artículo 2.3):

«Lo previsto en esta Ley será de aplicación 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 autónomas para acoger los medios y recursos humanos y materiales procedentes de los procesos de transferencias del Insalud, en todo aquello que no se oponga a su normativa específica de aplicación y si así lo prevén las disposiciones aplicables al personal funcionario o los convenios colectivos aplicables al personal laboral de cada comunidad autónoma»⁵².

Con independencia de la naturaleza jurídica del vínculo del personal (estatutario, funcionario o laboral), el nuevo derecho estatutario, el derivado del Estatuto Marco, se erige como derecho común en los términos expuestos.

En este contexto jurídico se publica el EBEP que plantea unas bases a tener en cuenta para conciliar el régimen jurídico tradicional del personal sanitario y la nueva regulación de todos los empleados públicos. Es decir, su regulación en términos análogos a los que emplea el derecho comunitario, conformará y determinará la legislación que ha de regir al personal sanitario. Una vez llevada a buen puerto esta operación, se podrá plantear nuevamente la autointegración o heterointegración a la hora de resolver las lagunas o controversias generadas en la aplicación ordinaria del derecho a este sector del ordenamiento jurídico. Y el desarrollo del Estatuto Marco en el ámbito de cada Comunidad Autónoma.

⁵¹ Vide A. Palomar Olmeda, "Comentario al artículo 2", en A. Palomar Olmeda y A. V. Sempere Navarro (dirs.), *Comentarios a la Ley 55/2003, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2006, p. 53.

⁵² Vide Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, disposición adicional segunda: «Jornada y descansos de los centros del Sistema Nacional de Salud. El régimen de jornada y de descansos establecido en la Sección 1ª del Capítulo X de esta Ley, será de aplicación al personal sanitario a que se refiere el artículo 6, sea cual sea el vínculo jurídico de su relación de empleo, de los centros y servicios sanitarios gestionados directamente por los servicios de salud. Asimismo, dicho régimen será de aplicación, bien con carácter supletorio en ausencia de regulación sobre jornada y descansos en los convenios colectivos en cada caso aplicables, bien directamente si la regulación de esta Ley resulta más beneficiosa que las previsiones de dichos convenios, al personal 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».

C) *Incidencia del Estatuto Básico del Empleado Público en el Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud: ¿dónde estamos?*

– Aplicación conjunta.

El EBEP inicialmente parece respetar el régimen jurídico especial del personal sanitario, pero con una precisión que no es banal, la aplicación en condiciones de igualdad con esta regulación especial de la normativa del empleo público en las condiciones determinada por la misma (artículo 2.3): «El personal docente y el personal estatutario de los servicios de salud se registrarán por la legislación específica dictada por el Estado y por las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus respectivas competencias y por lo previsto en el presente Estatuto, excepto el Capítulo II del Título III⁵³, salvo el artículo 20, y los artículos 22.3, 24 y 84».

Esta previsión inicial se ve reforzada, cuando el artículo 2.4 realiza la siguiente equiparación: «Cada vez que este Estatuto haga mención al personal funcionario de carrera se entenderá comprendido el personal estatutario de los Servicios de Salud»⁵⁴.

– Excepciones.

Tal y como establece el propio texto legal (artículo 2.3 del EBEP), sólo se establecen las siguientes excepciones:

Derecho a la carrera profesional y a la promoción interna (artículos 16-19 EBEP). Queda excluida la evaluación del desempeño (artículo 20 EBEP).

La carrera profesional del personal estatutario, se regula en el Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, artículo 40 (aunque lo he reproducido antes, me parece conveniente volver a reiterarlo):

⁵³ Debemos tener en cuenta que según la disposición final cuarta.2 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, lo establecido en este Capítulo sólo «producirá efectos a partir de la entrada en vigor de las Leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto». Por tanto, se aplicará la legislación anterior que corresponda a cada Administración pública, teniendo presente el carácter básico de la Ley 30/1984, en esta materia.

⁵⁴ Debo señalar las diferencias que se desprenden de la regulación jurídica que estoy estudiando frente a otros colectivos mencionados expresamente en el Estatuto Básico del Empleado Público. Me estoy refiriendo: Artículo 3: «Personal funcionario de las Entidades Locales. 1. El personal funcionario de las Entidades Locales se rige por la legislación estatal que resulte de aplicación, de la que forma parte este Estatuto y por la legislación de las Comunidades Autónomas [...]».

Artículo 4: «Personal con legislación específica propia. Las disposiciones de este Estatuto sólo se aplicarán directamente cuando así lo disponga su legislación específica al siguiente personal: [...]».

Artículo 5: «Personal de la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos. El personal funcionario de la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos se registrará por sus normas específicas y supletoriamente por lo dispuesto en este Estatuto. Su personal laboral se registrará por la legislación laboral y demás normas convencionalmente aplicables».

«Criterios generales de la carrera profesional.

1. Las comunidades autónomas, previa negociación en las mesas correspondientes, establecerán, para el personal estatutario de sus servicios de salud, mecanismos de carrera profesional de acuerdo con lo establecido con carácter general en las normas aplicables al personal del resto de sus servicios públicos, de forma tal que se posibilite el derecho a la promoción de este personal conjuntamente con la mejor gestión de las instituciones sanitarias.
2. La carrera profesional supondrá el derecho de los profesionales a progresar, de forma individualizada, como reconocimiento a su desarrollo profesional en cuanto a conocimientos, experiencia y cumplimiento de los objetivos de la organización a la cual prestan sus servicios.
3. La Comisión de Recursos Humanos del Sistema Nacional de Salud establecerá los principios y criterios generales de homologación de los sistemas de carrera profesional de los diferentes servicios de salud, a fin de garantizar el reconocimiento mutuo de los grados de la carrera, sus efectos profesionales y la libre circulación de dichos profesionales en el conjunto del Sistema Nacional de Salud.
4. Los criterios generales del sistema de desarrollo profesional recogidos en la Ley de Ordenación de las Profesiones Sanitarias se acomodarán y adaptarán a las condiciones y características organizativas, sanitarias y asistenciales del servicio de salud o de cada uno de sus centros, sin detrimento de los derechos ya establecidos. Su repercusión en la carrera profesional se negociará en las mesas correspondientes».

El Estatuto Básico del Empleado Público, regula: concepto, principios y modalidades de la carrera profesional de los funcionarios de carrera (artículo 16⁵⁵), carrera horizontal de los funcionarios de carrera (artículo 17⁵⁶), promoción interna de los funcionarios de carrera

⁵⁵ Vide Ley 7/2007, de 12 de abril, Estatuto Básico del Empleado Público, artículo 16: «1. Los funcionarios de carrera tendrán derecho a la promoción profesional. 2. La carrera profesional es el conjunto ordenado de oportunidades de ascenso y expectativas de progreso profesional conforme a los principios de igualdad, mérito y capacidad. A tal objeto las Administraciones Públicas promoverán la actualización y perfeccionamiento de la cualificación profesional de sus funcionarios de carrera. 3. Las Leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto regularán la carrera profesional aplicable en cada ámbito que podrán consistir, entre otras, en la aplicación aislada o simultánea de alguna o algunas de las siguientes modalidades: a) Carrera horizontal, que consiste en la progresión de grado, categoría, escalón u otros conceptos análogos, sin necesidad de cambiar de puesto de trabajo y de conformidad con lo establecido en la letra b) del artículo 17 y en el apartado 3 del artículo 20 de este Estatuto. b) Carrera vertical, que consiste en el ascenso en la estructura de puestos de trabajo por los procedimientos de provisión establecidos en el Capítulo III del Título V de este Estatuto. c) Promoción interna vertical, que consiste en el ascenso desde un cuerpo o escala de un Subgrupo, o Grupo de clasificación profesional en el supuesto de que éste no tenga Subgrupo, a otro superior, de acuerdo con lo establecido en el artículo 18. d) Promoción interna vertical, que consiste en el acceso a cuerpos o escalas del mismo Subgrupo profesional de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 18. 4. Los funcionarios de carrera podrán progresar simultáneamente en las modalidades de carrera horizontal y vertical cuando la Administración correspondiente las haya implantado e un mismo ámbito».

⁵⁶ Vide Ley 7/2007, de 12 de abril, Estatuto Básico del Empleado Público, artículo 17: «Las Leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo del presente Estatuto podrán regular la carrera horizontal de los funcionarios

(artículo 18⁵⁷) y carrera profesional y promoción del personal laboral (artículo 19⁵⁸). Estos preceptos quedan excluidos por configurar el Capítulo II del Título III del EBEP, con la sólo excepción del artículo 20, que regula la evaluación del desempeño, en los siguientes términos:

«1. Las Administraciones Públicas establecerán sistemas que permitan la evaluación de desempeño de sus empleados.

La evaluación del desempeño es el procedimiento mediante el cual se mide y valora la conducta profesional y el rendimiento o el logro de resultados.

2. Los sistemas de evaluación de desempeño se adecuarán en todo caso, a criterios de transparencia, objetividad, imparcialidad y no discriminación y se aplicarán sin menoscabo de los derechos de los empleados públicos.

3. Las Administraciones Públicas determinarán los efectos de la evaluación en la carrera profesional horizontal, la formación, la provisión de puestos de trabajo y en la percepción de las retribuciones complementarias previstas en el artículo 24 del presente Estatuto.

4. La continuidad en un puesto de trabajo obtenido por concurso quedarán vinculada a la evaluación del desempeño de acuerdo con los sistemas de evaluación que cada Administración Pública determine, dándose audiencia al interesado, y por la correspondiente resolución motivada.

5. La aplicación de la carrera profesional horizontal, de las retribuciones complementarias derivadas del apartado c) del artículo 24 del presente Estatuto y el cese del puesto de trabajo obtenido por el procedimiento de concurso requerirán la

de carrera, pudiendo aplicar, entre otras, las siguientes reglas: a) Se articulará un sistema de grados, categorías o escalones de ascenso fijándose la remuneración a cada uno de ellos. Los ascensos serán consecutivos con carácter general, salvo en aquellos supuestos excepcionales en los que se prevea otra posibilidad. b) Se deberá valorar la trayectoria y actuación profesional, la calidad de los trabajos realizados, los conocimientos adquiridos y el resultado de la evaluación del desempeño. Podrán incluirse asimismo otros méritos y aptitudes por razón de la especificidad de la función desarrollada y la experiencia adquirida».

⁵⁷ Vide Ley 7/2007, de 12 de abril, Estatuto Básico del Empleado Público, artículo 18: «1. La promoción interna se realizará mediante procesos selectivos que garanticen el cumplimiento de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad así como los contemplados en el artículo 55.2 de este Estatuto. 2. Los funcionarios deberán poseer los requisitos exigidos para el ingreso, tener una antigüedad de, al menos dos años de servicio activo en el inferior Subgrupo o Grupo de clasificación profesional, en el supuesto de que éste no tenga Subgrupo y esperar las correspondientes pruebas selectivas. 3. Las Leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto articularán los sistemas para realizar la promoción interna, así como también podrán determinar los cuerpos y escalas a los que podrán acceder los funcionarios de carrera pertenecientes a otros de su mismo Subgrupo. Asimismo las Leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo del presente Estatuto podrán determinar los cuerpos y escalas a los que podrán acceder los funcionarios de carrera pertenecientes a otros de su mismo Subgrupo. 4. Las Administraciones Públicas adoptarán medidas que incentiven la participación de su personal en los procesos selectivos de promoción interna y para la progresión en la carrera profesional».

⁵⁸ Vide Ley 7/2007, de 12 de abril, Estatuto Básico del Empleado Público, artículo 19: «1. El personal laboral tendrá derecho a la promoción profesional. 2. La carrera profesional y la promoción del personal laboral se hará efectiva a través de los procedimientos previstos en el Estatuto de los Trabajadores o en los Convenios Colectivos».

aprobación previa, en cada caso, de sistemas objetivos que permitan evaluar el desempeño de acuerdo con lo establecido en los apartados 1 y 2 de este artículo».

No hay contradicción entre la regulación legislativa que regula la carrera profesional de cada colectivo. Todos los profesionales sanitarios se verán afectados por las disposiciones que sobre el particular establece la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, y la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de Ordenación de las Profesiones Sanitarias. Y no queda excluida la evaluación del desempeño (EBEP: artículo 20). Así lo corrobora la STSJ de Andalucía (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera) de 22 de diciembre de 2008, al afirmar (FD QUINTO):

«Y a esta conclusión ha de llegarse de igual forma tras la aprobación de la nueva Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, la cual establece criterios generales aplicables al conjunto de las relaciones de empleo público más las normas legales específicas aplicables al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas.

Concretamente el artículo 2.3 del EBEP establece que el personal estatutario de los servicios de salud se regirá “por la legislación específica dictada por el Estado y las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus respectivas competencias y por lo previsto en el nuevo Estatuto, excepto el Capítulo II del Título III, salvo el artículo 20, y los artículos 22.3, 24 y 84”. Lo cual determina que el Estatuto Básico del Empleado Público se aplica también al personal estatutario, salvo en lo relativo al derecho a la carrera profesional y a la promoción interna, al concepto de retribuciones complementarias, a los factores que determinarán la cuantía y la estructura de tales retribuciones complementarias y a la movilidad voluntaria entre Administraciones Públicas, que son materias específicas que se regularán por lo determinado en el Estatuto Marco y en la legislación complementaria de las Comunidades Autónomas».

Retribuciones complementarias (artículos 22.3⁵⁹ y 24⁶⁰ EBEP).

La excepción del régimen retributivo en materia de retribuciones complementarias no presenta tampoco una estructura que pueda ocasionar controversia respecto al diseñado para el personal sanitario, más allá de las especificidades reconocidas para cada colectivo.

⁵⁹ Vide Ley 7/2007, de 12 de abril, artículo 22.3: «Las retribuciones complementarias son las que retribuyen las características de los puestos de trabajo, la carrera profesional o el desempeño, rendimiento o resultados alcanzados por el funcionario».

⁶⁰ Vide Ley 7/2007, de 12 de abril, artículo 24: «Retribuciones complementarias. La cuantía y estructura de las retribuciones complementarias de los funcionarios se establecerán por las correspondientes leyes de cada Administración Pública atendiendo, entre otros, a los siguientes factores: a) La progresión alcanzada por el funcionario dentro del sistema de carrera administrativa. b) La especial dificultad técnica, responsabilidad, dedicación, incompatibilidad exigible para el desempeño de determinados puestos de trabajo o las condiciones en que se desarrolla el trabajo. c) El grado de interés, iniciativa o esfuerzo con que el funcionario desempeña su trabajo y el rendimiento o resultados obtenidos. d) Los servicios extraordinarios prestados fuera de la jornada normal de trabajo».

El artículo 43 (retribuciones complementarias) del Estatuto Marco, lo determina con carácter potestativo en los siguientes términos:

«1. Las retribuciones complementarias 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, determinándose sus conceptos, cuantías y los criterios para su atribución en el ámbito de cada servicio de salud.

Las retribuciones complementarias podrán ser:

- a) Complemento de destino [...].
- b) Complemento específico, [...].
- c) Complemento de productividad, [...].
- d) Complemento de atención continuada, [...].
- e) Complemento de carrera, [...]».

La STSJ de Andalucía (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera) de 22 de diciembre de 2008, en el FD SEXTO, estableció: «Y respecto de los conceptos retributivos especificados en los apartados 3.3 y 3.4 impugnados, ha de manifestarse que son el resultado del ejercicio de las propias competencias autonómicas en materia de retribución del personal estatutario, ya que el artículo 43 del Estatuto Marco establece que las retribuciones complementarias 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 determinándose sus conceptos, cuantías y los criterios para su atribución en el ámbito de cada servicio de salud; con lo que, establece una definición genérica y básica de las retribuciones complementarias, y remite su determinación concreta a las Comunidades Autónomas; las cuales podrán seguir la clasificación orientativa que establece el apartado segundo de este artículo 43 del Estatuto Marco o establecer otra distinta. Por ello, la Comunidad Autónoma tiene competencia para regular esta materia, y además, puede efectuarlo en forma de Reglamento, siempre que este sea el resultado de la previa negociación colectiva, y no porque así lo exija el Estatuto Marco, sino porque así lo fija el artículo 32.b) de la Ley 9/1987, de 12 de junio, Reguladora de los Órganos de Representación, Determinación de las Condiciones de Trabajo y Participación del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas».

Movilidad voluntaria entre Administraciones Públicas (artículo 84 EBEP⁶¹).

Parece razonable esta excepción, dadas las características de los procesos en que se encuadra esta opción, en el ámbito operativo de las distintas Administraciones (Convenio de Conferencia Sectorial u otros instrumentos de colaboración en el EBEP) y del conjunto de los servicios de salud, tal y como lo establece el Estatuto Marco, en el artículo 37.2: «Los procedimientos de movilidad voluntaria, que se efectuarán con carácter periódico, preferentemente cada dos años, en cada servicio de salud, estarán abiertos a la participación del personal estatutario fijo de la misma categoría y especialidad, así como, en su caso, de la misma modalidad, del resto de los servicios de salud, que participarán en tales procedimientos con las mismas condiciones y requisitos que el personal estatutario del servicio de salud que realice la convocatoria. Se resolverán mediante el sistema de concurso, previa convocatoria pública y de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad».

4. Cabecera de grupo normativo: Estatuto Básico del Empleado Público y Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud

La cabecera de grupo normativo es una referencia utilizada por la jurisprudencia⁶², y viene a significar la disposición (una o varias) que da coherencia, inspira e informa un determinado sector del ordenamiento jurídico. En palabras de GONZÁLEZ NAVARRO⁶³, está llamada a cumplir una triple función «Orienta el grupo normativo porque contiene los criterios conforme a los cuales debe ser desarrollado e interpretado. Lo *preserva* frente a modificaciones fortuitas, por la mayor resistencia a la derogación que dicha Ley ofrece

⁶¹ Vide Ley 7/2007, de 12 de abril, artículo 84: «La movilidad voluntaria entre Administraciones Públicas. 1. Con el fin de lograr un mejor aprovechamiento de los recursos humanos, que garantice la eficacia del servicio que se preste a los ciudadanos, la Administración General del Estado, y las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales establecerán medidas de movilidad interadministrativa, preferentemente mediante Convenio de Conferencia Sectorial u otros instrumentos de colaboración. 2. La Conferencia Sectorial de Administración Pública podrá aprobar los criterios generales a tener en cuenta para llevar a cabo las homologaciones necesarias para hacer posible la movilidad. 3. Los funcionarios de carrera que obtengan destino en otra Administración Pública a través de los procedimientos de movilidad quedarán respecto de su Administración de origen en la situación administrativa de servicio en otras Administraciones Públicas. En los supuestos de cese o supresión del puesto de trabajo, permanecerán en la Administración de destino, que deberá asignarles un puesto de trabajo conforme a los sistemas de carrera y provisión de puestos vigentes en dicha Administración».

⁶² Vide STS de 16 de diciembre de 1985, donde se refiere a la Ley del Suelo como «cabecera de grupo normativo en la materia (con funcionalidad propia de una ley básica estatal, aunque de manera expresa y directa el urbanismo no esté constitucionalmente declarado competencia estatal, sí, desde luego, de manera implícita como la mejor doctrina ha probado)» y STS de 12 de febrero de 1986, donde habla de la LPA como «norma preconstitucional de singular relieve por su calidad técnica y que aun hoy constituye la cabecera del correspondiente grupo normativo».

⁶³ Vide F. González Navarro, *Derecho Administrativo Español*, Eunsa, Pamplona, 1993, p. 751.

[...]. Introduce por último un *factor de economía* en el conjunto, porque mediante simples referencias a esa Ley suprema se pueden evitar reiteraciones normativas».

En ocasiones, varias leyes pueden encabezar un grupo normativo. Por ello quizás es mejor hablar de «cabecera de grupo normativo», que de «ley cabecera de grupo». Esto es lo que ha sucedido en materia de empleo público. Después de la entrada en vigor de la Constitución de 1978, el núcleo esencial de la legislación básica del Estado en materia de empleo público ha sido la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, una regulación que ha tenido carácter de legislación básica y que nació con pretensiones de provisionalidad, aunque ha estado en vigor durante más de dos décadas. Ley ésta que ha configurado un modelo de función pública muy distinto a los anteriores, estructurado en torno al puesto de trabajo. Esta reforma fue completada por la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas y, más tarde, por la Ley 9/1987, de 12 de junio, que regula el Sistema de Representación de los Funcionarios Públicos y su Participación y Negociación Colectiva para la Determinación de sus Condiciones de Empleo (parcialmente derogada por la disposición derogatoria única de la Ley 7/2007, de 12 de abril).

Hoy el relevo, lo toma el Estatuto Básico del Empleado Público. Se trata de una reforma necesaria, tal y como reconoce su Exposición de Motivos:

«La dispersión de la legislación básica en varios textos aconsejaba, desde hace tiempo, su refundición en el marco de un modelo coordinado para las políticas de personal. Pero, además, desde que se aprobó la legislación de los años ochenta nuestra sociedad y nuestras Administraciones Públicas han experimentado muy profundas transformaciones que, junto a la experiencia acumulada desde entonces, hacían imprescindible una nueva reforma general. Así se intentó en 1999 mediante la presentación de un Proyecto de Ley de Estatuto Básico de la Función Pública, que no llegó a tramitarse. Y así se lleva a cabo definitivamente mediante el presente texto, [...]».

En el ámbito sanitario la cabecera de grupo normativo también está conformada por el Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, y por las disposiciones autonómicas vigentes, antes de su entrada en vigor, o publicadas con posterioridad.

A) *El Estatuto Básico del Empleado Público y el Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud son normas básicas, pero el primero tiene la condición de norma de referencia con vocación universal*

El EBEP, en su Exposición de Motivos señala:

«[...]». En desarrollo de este Estatuto Básico, el legislador estatal y el de las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias, habrán de aprobar o modificar las leyes de función pública de sus Administraciones, así como

las normas aplicables a la Administración local, respetando en este último caso la autonomía organizativa de las entidades locales. Dichas leyes podrán ser, asimismo, generales o referirse a sectores específicos de la función pública que lo requieran. *Entre estas últimas habrá que contar necesariamente las que afecten al personal docente y al personal estatutario de los servicios de salud, constituyendo, en relación a este último colectivo, norma vigente la Ley 55/2003, de 14 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, y asimismo su normativa de desarrollo, con independencia de la vocación universal de aplicación y de norma de referencia, en definitiva, del Estatuto Básico del Empleado Público».*

Por su parte, el Estatuto Marco, en la Exposición de Motivos, apartado 1 manifiesta:

«La organización política y territorial y el esquema de distribución de competencias en materia de sanidad y asistencia sanitaria que establecen la Constitución y los Estatutos de Autonomía, provocan el nacimiento, en el año 1986 y mediante la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, del Sistema Nacional de Salud, concebido como el conjunto de los servicios de salud con un funcionamiento armónico y coordinado.

La Ley General de Sanidad establece que en los servicios de salud se integrarán los diferentes servicios sanitarios públicos del respectivo ámbito territorial. Tal integración se realiza con las peculiaridades organizativas y funcionales de los correspondientes centros, entre ellas el régimen jurídico de su personal, lo que motiva que en los servicios de salud y en sus centros sanitarios se encuentre prestando servicios personal con vinculación funcionarial laboral y estatutaria.

Si bien el personal funcionario y laboral ha visto sus respectivos regímenes jurídicos actualizados tras la promulgación de la Constitución Española, no ha sucedido así respecto al personal estatutario que, sin perjuicio de determinadas modificaciones normativas puntuales, viene en gran parte regulado por estatutos preconstitucionales. Resulta pues, necesario actualizar y adaptar el régimen jurídico de este personal, tanto en lo que se refiere al modelo del Estado Autonómico como en lo relativo al concepto y alcance actual de la asistencia sanitaria.

Tal es el objetivo que afronta esta Ley, a través del establecimiento de las normas básicas relativas a este personal y mediante la aprobación de su estatuto-marco, todo ello conforme a las previsiones del artículo 149.1.18ª de la Constitución Española».

Tanto el Estatuto Básico del Empleado Público como el Estatuto Marco del Personal Estatutario, tienen la condición de norma básica. Los títulos competenciales que amparan estas disposiciones son los siguientes:

EBEP: Disposición final primera	EMPESS: Disposición final primera
Artículo 149.1.18 CE (bases del régimen estatutario de los funcionarios).	Artículo 149.1.18 CE, de modo que sus disposiciones constituyen bases del régimen estatutario del personal incluido en su ámbito de aplicación.
Artículo 149.1.7 CE (legislación laboral).	Artículo 149.1.7 CE (aplicable al personal laboral y a los profesionales en formación: MIR, QUIR, PIR, FIR, etc.).
Artículo 149.1.13 CE (bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica).	Artículo 149.1.16 CE, en lo relativo a jornada y descansos de los centros del Sistema Nacional de Salud (bases y coordinación general de la sanidad).

La disposición derogatoria única.b) del EBEP, determina que «quedan derogadas con el alcance establecido en la disposición final cuarta las siguientes disposiciones: b) De la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, los artículos 3.2.e) y f); 6; 7; 8; 11; 12; 13,2, 3 y 4; 14.4 y 5; 16; 17; 18.1 a 5; 19.1 y 3; 20.1, a) b) párrafo primero, c), e) y g) en sus párrafos primero a cuarto, e i), 2 y 3; 21; 22.1 a excepción de los dos últimos párrafos; 23; 24; 25; 26; 29, a excepción del último párrafo de sus apartados 5, 6 y 7; 30.3 y 5; 32; 33; disposiciones adicionales tercera, 2 y 3, cuarta duodécima y decimoquinta, disposiciones transitorias segunda, octava y novena». No ha sido derogado el artículo 1.2: «En aplicación de esta Ley podrán dictarse normas específicas para adecuarla a las peculiaridades del personal docente e investigador, sanitario, de los servicios postales y de telecomunicación y del personal destinado en el extranjero».

La Ley General de Sanidad, artículo 84.2: «Este Estatuto-Marco contendrá la normativa básica aplicable en materia de clasificación, *selección*, provisión de puestos de trabajo y situaciones, derechos, deberes, régimen disciplinario, incompatibilidades y sistema retributivo, garantizando la estabilidad en el empleo y su categoría profesional. En desarrollo de dicha normativa básica, la concreción de las funciones de cada estamento de los señalados en el apartado anterior se establecerá en sus respectivos Estatutos, que se mantendrán como tales» y 84.3: «Las normas de las Comunidades Autónomas en materia de personal se ajustarán a lo previsto en dicho Estatuto-Marco. La selección de personal y su gestión y administración se hará por las Administraciones responsables de los servicios a que están adscritos los diferentes efectivos», tampoco es derogada.

La conclusión es clara: la norma de referencia es el EBEP; el EBEP, en su artículo 2.3 consagra la aplicación al personal estatutario de los servicios de salud su legislación específica; la columna vertebral de la normativa especial en el ámbito del personal sanitario es el EMPESS, que no ha sido derogado. El artículo 2.2 de este texto legal es concluyente: «En lo no previsto en esta Ley, en las normas a que se refiere el artículo siguiente (normas

sobre personal estatutario: normas paccionadas), o en los pactos o acuerdos regulados en el Capítulo XIV (representación, participación y negociación colectiva), serán aplicables al personal estatutario las disposiciones y principios generales sobre función pública de la Administración correspondiente».

En aplicación de la vocación universal del EBEP –la doctrina ha llegado a calificarla de «norma central» del empleo público⁶⁴–, y en cumplimiento de lo que establece como normativa de referencia, las Comunidades Autónomas en virtud de la distribución competencial vigente, publicarán la normativa que corresponda para el gobierno del personal de los servicios de salud. Pero no olvidemos, la reducción deliberada del contenido básico del EBEP, y la mayor incidencia que en este ámbito sectorial atesora el EMPES, como normativa de referencia (básica y especial) sobre el particular⁶⁵, y las consecuencias que esta conclusión tiene:

«[...] la disposición final primera concreta que la Ley se dicta al amparo del artículo 149.1.18 de la CE por lo que la misma contiene bases del régimen estatutario del personal incluido en su ámbito de aplicación; y la exposición de motivos, asimismo, se refiere al “carácter básico”. Es decir, no estamos aquí ante una ley de bases, sino ante una ley básica, conceptos distintos, que incluso afectan al ámbito de la delimitación de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas (con la ley de bases lo que se produce es una delegación legislativa al Gobierno, y sólo a él, mientras que la ley básica procura la concurrencia normativa de las Autonomías). [...] la función propia de la legislación básica a la que con este término o con el de bases se refiere el artículo 149 CE, en distintos apartados, es la de delimitar el campo legislativo autonómico, lo que no supone exclusión o vaciamiento de sus competencias, sino obligación de atenerse, en el ejercicio de éstas, al sentido, amplitud y fines de la materia básica, y sin que ello implique privar a las Comunidades Autónomas de sus competencias estatutariamente asumidas y sí sólo que

⁶⁴ Vide J. M. Alegra Ávila, “Estatuto Marco y Estatuto Básico”, *REDA*, 148, 2010, p. 737.

⁶⁵ Vide J. Cayón de las Cuevas, “La incidencia del Estatuto Básico del Empleado Público en el régimen jurídico del personal estatutario de los servicios de salud: problemas de solapamiento normativo”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, versión electrónica, 2007: «Debe quedar en todo caso claro que la interpretación que resulte en relación con la aplicación del EBEP al personal estatutario debe evitar la técnica conocida como “espiguelo normativo”, consistente en la interesada aplicación en cada caso de la norma más favorable ya sea funcionarial, ya estatutaria, en cada concreta materia o condición de trabajo. Esta circunstancia, padecida históricamente en el ámbito sanitario y jurisprudencialmente vedada, debe superarse definitivamente». Vide A. Palomar Olmeda, “El fuero jurisdiccional de enjuiciamiento de las cuestiones de aplicación del régimen estatutario del personal sanitario”, *Aranzadi Social*, vol. II, 2005, p. 2.622, donde al referirse a la prelación de fuentes sobre esta materia llega a la misma conclusión: «[...] la escala de fuentes es, en primer término, el Estatuto Básico, después, la legislación sectorial especial entre la que se encuentra la del personal sanitario y, finalmente, la normativa autonómica. De esta forma la legislación sectorial concreta la legislación general del Estatuto Marco y la autonómica resulta condicionada por la básica general y por la básica especial».

su desarrollo haya de tener su referencia y límites en la materia básica que cada Comunidad Autónoma ha de respetar»⁶⁶.

B) Consecuencias

Si admitimos la conclusión expuesta, es conveniente determinar el alcance del desplazamiento normativo⁶⁷. Aunque quizás, más que desplazamiento normativo (supuesto que se daría si el EBEP ampliara lo básico, y redujera el ámbito legislativo de las Administraciones afectadas) tenemos que hablar de transitoriedad y de supletoriedad, hasta que no se desarrollen las previsiones que establece el propio EBEP, tanto en los preceptos que son directamente aplicables, como los que necesitan de la intervención complementaria del legislador estatal y autonómico, lo cual plantea de entrada, un problema de vigencias y de transitoriedad, aspecto que es afrontado en los apartados 2 y 3 de la disposición final cuarta⁶⁸.

Para ello, es necesario señalar algunas de las exclusiones que se derivan de la interacción expuesta, a saber⁶⁹:

- Exclusiones expresas: las expuestas en el artículo 2.3 del EBEP.
- Exclusiones implícitas: las que resultarían de la propia estructura del EBEP. En este supuesto se incluyen situaciones como la contenida en el artículo 73 (desempeño y agrupación de puestos de trabajo) del EBEP, o determinados preceptos relativos a los derechos retributivos de naturaleza complementaria.

⁶⁶ Vide P. González Salinas, “La relación funcional especial del personal estatutario de los servicios de salud y la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa”, *REDA*, 125, 2005, pp. 8-9.

⁶⁷ Vide J. M. Alegria Ávila, “Estatuto Marco y Estatuto Básico”, *REDA*, 148, 2010, p. 728.

⁶⁸ Vide Ley 7/2007, de 12 de marzo, Estatuto Básico del Empleado Público, disposición final cuarta: «Entrada en vigor. 1. El presente Estatuto entrará en vigor en el plazo de un mes a partir de su publicación en el “Boletín Oficial del Estado”. 2. No obstante lo establecido en los Capítulos II y III del Título III, excepto el artículo 25.2 y en el Capítulo III del Título V producirá efectos a partir de la entrada en vigor de las Leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto. La disposición final tercera.2 del presente Estatuto producirá efectos en cada Administración Pública a partir de la entrada en vigor del Capítulo III del Título III con la aprobación de las Leyes de Función Pública de las Administraciones Públicas que se dicten en desarrollo de este Estatuto. Hasta que se hagan efectivos estos supuestos la autorización o denegación de compatibilidades continuará rigiéndose por la actual normativa. 3. Hasta que se dicten las Leyes de Función Pública y las normas reglamentarias de desarrollo se mantendrán en vigor en cada Administración Pública las normas vigentes sobre ordenación, planificación y gestión de recursos humanos en tanto no se opongan a lo establecido en este Estatuto».

⁶⁹ Vide J. Cayón De Las Cuevas, “La incidencia del Estatuto Básico del Empleado Público en el régimen jurídico del personal estatutario de los servicios de salud: problemas de solapamiento normativo”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, versión electrónica, 2007, de quien tomo la distribución por la claridad y nitidez de la misma, aunque no comparta todas las consideraciones que expone.

Otras pretendidas exclusiones implícitas, no han resultado serlo. Como ejemplo paradigmático de esta afirmación debo señalar el reconocimiento de trienios a los funcionarios interinos (artículo 25 EBEP) y su extensión al personal estatutario, que ha sido admitida por la doctrina jurisprudencial de los Tribunales Superiores de Justicia⁷⁰.

- Exclusiones por naturaleza: son aquellos artículos del EBEP, que hacen referencia a conceptos ajenos a la propia configuración intrínseca de la organización sanitaria en relación con su personal. El artículo 75 (cuerpos y escalas) es un buen ejemplo de esta exclusión.
- Exclusiones temporales: las determinadas en la disposición final cuarta del EBEP, precepto problemático en su aplicación donde los haya.

Una exposición más detallada de las exclusiones/contradicciones mencionadas, la encontramos en el trabajo de Juan Manuel ALEGRA ÁVILA, “Estatuto Marco y Estatuto Básico”, *REDA*, 148, (2010), pp. 737-740, que hace referencia a cuatro apartados: trienios (artículo 25 EBEP), vacaciones (artículo 50 EBEP-artículo 53.1 EMPRESS), permisos (artículos 48 y 49 EBEP-artículo 61 EMPRESS), negociación colectiva (Título III, Capítulo IV EBEP-Capítulo XIV EMPRESS). En los dos últimos, concluye que no hay verdadera incompatibilidad. A mi juicio tampoco la hay en materia de vacaciones (diferente sistema de nominación del cómputo para llegar a idéntico resultado).

Sin embargo la gestión del personal de los servicios de salud continúa ejerciéndose con normalidad. La explicación la encontramos en la exclusión temporal reseñada (disposición final cuarta del EBEP). Cuando se publique la legislación especial adaptada a las previsiones expuestas, quedará dirimida la controversia generada. Eso sí, en el marco de la cabecera de grupo normativo aludida, incorporando las consideraciones conclusivas expuestas en epígrafes y párrafos anteriores.

El examen del camino recorrido permite afirmar que hemos pasado de una dispersión subjetiva (tres estatutos), a una concentración subjetiva (cabecera de grupo normativo) y a una mayor complejidad (política y técnica) en la vertebración del conjunto de disposiciones que afectan a este sector. Esta situación es consecuencia del nacimiento de un régimen democrático, de la descentralización operada en nuestro Estado, de la singularidad del personal sanitario, del aumento del número de prestaciones y servicios ofertados, y de la intercomunicación entre los principios tradicionales de la función pública y los laborales, dando entrada a la negociación sectorial tan relevante en aspectos claves como el derecho de huelga, negociación de las condiciones de trabajo, retribuciones, etc.

⁷⁰ En relación con el reconocimiento de trienios al personal laboral temporal de los servicios de salud, *Vide* STS (Sala de lo Social) de 26 de febrero de 2007.

5. Conclusión: normativa aplicable al personal de los servicios de salud, y en especial, a la carrera profesional

La normativa aplicable al personal estatutario de los servicios de salud, será la siguiente:

- 1) Estatuto Marco, aprobado por la Ley 55/2003, incorporando las previsiones del Estatuto Básico del Empleado Público y de la Ley de Ordenación de las Profesiones Sanitarias.
- 2) Las disposiciones que en desarrollo del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, del Estatuto Básico del Empleado Público y de la Ley de Ordenación de las Profesiones Sanitarias, publique la Administración autonómica y la Administración General del Estado, respectivamente, en el ámbito de sus competencias⁷¹. Habrá que atender al ámbito de aplicación que cada una establezca⁷².
- 3) Los pactos y acuerdos colectivos a que se refiere el Capítulo XIV de la Ley 55/2003, adaptados a las previsiones del Estatuto Básico del Empleado Público.
- 4) Como derecho supletorio, las disposiciones y principios generales sobre empleo público de la Administración General del Estado respecto del personal estatutario del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (Ceuta, Melilla, Organización Nacional de Trasplantes y el Centro Nacional de Dosimetría de Valencia), y respecto del personal estatutario que realiza su labor en los servicios autonómicos de salud, la legislación básica de empleo público de carácter estatal y las disposiciones y principios generales de empleo público de la Administración autonómica.

Así lo evidencia la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Cantabria, Ley de Personal Estatutario de Instituciones Sanitarias de Cantabria (*BO Cantabria* núm. 34-Extraordinario, de 28 de diciembre; corrección de errores *BO Cantabria* núm. 29, de 11 de febrero de 2011), Preámbulo:

⁷¹ Vide Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, artículo 3: «Normas sobre personal estatutario. 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. Para la elaboración de dichas normas, cuyas propuestas serán objeto de negociación en las Mesas correspondientes en los términos establecidos en el Capítulo III de 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, 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».

⁷² Vide Ley 4/2010, de 10 de marzo, del Empleo Público de Castilla-La Mancha, artículo 2.4: «El personal estatutario del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha se regirá, en aquellas materias no reguladas por su normativa específica o por acuerdos o pactos específicos, por lo dispuesto en esta Ley».

«El personal de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social, antecedente inmediato del actual personal de los Servicios de Salud, ha tenido desde sus orígenes un régimen jurídico específico en adecuación a la función desempeñada en tales instituciones o centros sanitarios. Tal régimen, comúnmente denominado estatutario, estuvo regido durante largo tiempo por una multiplicidad de normas de diverso rango y valor, derivadas del mantenimiento de los tres estatutos preconstitucionales de personal médico, sanitario no facultativo y no sanitario de Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social. Por dicho motivo la Ley General de Sanidad dispuso la existencia de un Estatuto Marco que regulase, actualizando, el régimen aplicable al personal de los Servicios de Salud cuya constitución ordenaba.

La Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, cumplió casi dos décadas después con dicha previsión, estableciendo las normas básicas de tal personal estatutario al amparo del artículo 149.1.18 de la Constitución, optando expresamente por la especificidad de un régimen de naturaleza funcional especial, el estatutario, para el personal de los servicios de salud que conforman el Sistema Nacional de Salud. Por otra parte, el artículo 3 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, faculta a las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus competencias, para que en desarrollo de la normativa básica puedan aprobar los Estatutos y las demás normas aplicables al personal estatutario de cada Servicio de Salud, competencia que, en el caso de Cantabria, se ampara en los antes citados artículos 24.1 y 35.3 del Estatuto de Autonomía para Cantabria.

A esta base competencial se une la conveniencia de dotar a la Comunidad Autónoma de una ley que regule de forma integradora en un Estatuto propio el régimen del personal estatutario del Servicio Cántabro de Salud, teniendo en cuenta la incidencia de otras leyes estatales, como la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de Ordenación de las Profesiones Sanitarias, o la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, así como la múltiple normativa que desde la creación del Servicio Cántabro de Salud se ha venido produciendo a nivel autonómico, principalmente a través de la negociación colectiva, para la adecuación del régimen de empleo del personal estatutario a las necesidades del servicio público sanitario de Cantabria.

Adicionalmente es oportuno promover mediante ley la modernización de la relación de empleo de los profesionales del servicio sanitario que manteniendo una regulación especial, favorezca la eficacia, eficiencia, profesionalidad y calidad en la prestación del servicio a la población de Cantabria, mediante un régimen jurídico que se adapte a las peculiaridades organizativas del Servicio de Salud de Cantabria, incorporando condiciones que favorezcan el compromiso del personal como pilar básico del sistema sanitario».

Así lo estableció la STSJ de Andalucía (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera) de 22 de diciembre de 2008, respecto de la carrera profesional, al afirmar (FD QUINTO):

«Así, la normativa relativa a la carrera profesional del personal estatutario de los servicios de salud queda desgajada del EBEP, para mantener la regulación ya existente y la que posteriormente se establezca en el marco de la distribución competencial ya reseñada».

VI. CRISIS DEL MODELO ACTUAL DE CARRERA PROFESIONAL: SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA (SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA), DE 22 DE DICIEMBRE DE 2008

La carrera profesional en su configuración actual está en tela de juicio tras algunas sentencias que ponen en cuestión elementos clave de la misma. Estas resoluciones judiciales han sido esencialmente, y entre otras, las que paso a detallar.

El objeto del recurso contencioso-administrativo que dio lugar a la STSJ de Andalucía (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera), de 22 de diciembre de 2008, fue el Acuerdo de 18 de julio de 2006, del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, por el que se aprobó el suscrito entre el Servicio Andaluz de Salud y las organizaciones sindicales integrantes de la mesa sectorial de negociación de la Administración sanitaria de la Junta de Andalucía y contra la Resolución de 31 de julio de 2006, de la Dirección General de Personal y Desarrollo Profesional del SAS, por la que se convocó el proceso de acceso con carácter excepcional al modelo de carrera profesional del SAS.

La parte demandante solicita la estimación del recurso con nulidad del acto administrativo recurrido justificándolo en diversas argumentaciones. Entre las que afectan plenamente a la configuración de la carrera profesional, debo destacar las que desarrollo a continuación.

1. Compromiso con la organización

La STSJ de Andalucía (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera), de 22 de diciembre de 2008, en el FD DÉCIMO, enjuicia el epígrafe 5.2.1 del Anexo V del Acuerdo referenciado, y entiende que infringe el artículo 37 de la Ley 44/2003, al determinar otros conceptos baremables, incluyendo unos de difícil valoración como es el EDP y el compromiso con la organización.

El referido epígrafe 5.2.1 establece que el baremo de méritos para el personal licenciado y diplomado sanitario y licenciado y diplomado de gestión y servicios está compuesto por los factores: CRP (cumplimiento de los objetivos de la organización), EDP (desarrollo profesional), Formación, Compromiso con la Organización, Docencia e Investigación.

El artículo 37 de la Ley 44/2003, establece que el sistema de reconocimiento del desarrollo profesional de los profesionales sanitarios consiste en el reconocimiento público,

expreso y de forma individualizada, del desarrollo alcanzado por un profesional sanitario en cuanto a conocimientos, experiencia en las tareas asistenciales, docentes y de investigación, así como en cuanto al cumplimiento de los objetivos asistenciales e investigadores de la organización en la que prestan sus servicios.

El artículo 40.2 del EMPRESS establece, en semejantes términos, que la carrera profesional supondrá el derecho de los profesionales a progresar de forma individualizada, como reconocimiento a su desarrollo profesional en cuanto a conocimientos, experiencia y cumplimiento de los objetivos de la organización a la cual prestan sus servicios. Si bien es cierto, que estos preceptos contienen la definición de la carrera profesional, también delimitan los criterios básicos que configuran la misma, y que, deben ser objeto de valoración.

De este modo, la Sala pretende extrapolar los criterios configuradores de la carrera profesional a los factores o méritos susceptibles de valoración o baremación para su determinación. La normativa básica estatal (Ley 44/2003) se refiere a los conocimientos, la experiencia en las tareas asistenciales, docentes y de investigación, y al cumplimiento de los objetivos asistenciales e investigadores de la organización en la que prestan sus servicios. Y si bien estos criterios generales del sistema de desarrollo profesional pueden ser acomodados y adaptados a las condiciones y características organizativas, sanitarias y asistenciales de cada servicio de salud (como deriva del artículo 40.4 del EMPRESS), no pueden ser obviados.

En este contexto la Sala determina en el FD DÉCIMO: «La redacción del epígrafe 5.2.1 del Acuerdo recurrido reseña todos los elementos valorables delimitados en la legislación estatal, pero añade el relativo al *compromiso con la organización*. En principio, podría considerarse que la Comunidad Autónoma, en el ejercicio de sus facultades de desarrollo de la legislación estatal y en ejercicio de las concretas competencias para las que le habilita el anteriormente referido artículo 40.4 del Estatuto Marco, procede a establecer otro factor computable a los efectos de baremar la carrera profesional; pero la Sala entiende que “el compromiso con la organización”, factor de constatación netamente subjetiva, debe entenderse ya medible a través del CRP (cumplimiento de los objetivos de la organización), sin que sea factible duplicar los factores atendibles en la baremación de los méritos».

Por ello, entiende que debe declararse la nulidad del concepto “compromiso con la organización”, como factor incluido en el baremo de méritos.

2. Modificación y descenso en la carrera profesional

El epígrafe tercero del Anexo V es también impugnado por el actor, entendiendo que vulnera el artículo 37 de la Ley 44/2003, y el artículo 40 del EMPRESS, al refutar la modificación y descenso en la carrera profesional.

El epígrafe meritado, en su apartado tercero, establece que «una vez certificado dos veces consecutivas el mismo nivel de carrera será posible el mantenimiento por un periodo in-

definido, sin necesidad de volver a recertificar el mismo»; y su apartado cuarto, establece que «el no superar el proceso de certificación será la condición que determine que un profesional descienda a un nivel inferior de carrera».

Esta regulación ha de relacionarse con el último apartado del epígrafe quinto del Anexo V, donde en relación al proceso de certificación, se desglosan las tres situaciones que derivarían como resultado global de tal proceso, y concretamente: la promoción, el mantenimiento o el descenso. Respecto del descenso, el Acuerdo impugnado precisa «si el profesional no obtiene el número de puntos establecido como mínimo para el mantenimiento en un determinado nivel se produciría el descenso del nivel actual a un inferior (aun cuando se mantenga el nivel de acreditación de competencias profesionales requerido para ese nivel o para el nivel superior)». También ha de relacionarse con el epígrafe octavo del Anexo V relativo a la periodicidad en la certificación de la carrera profesional, exigiéndose o una petición de promoción a nivel superior o una petición de recertificación para mantenerse en el mismo nivel, una vez transcurridos cinco años desde la última evaluación. Y se establece, para el caso de haber transcurrido estos cinco años desde la última evaluación sin haber efectuado las solicitudes referidas, que la misma se realizará de oficio, teniendo que presentar el profesional, en el plazo máximo de seis meses, los documentos que acrediten el mantenimiento en ese nivel de carrera, y de no presentar la documentación, se entenderá que el profesional no cumple los requisitos para el mantenimiento y se producirá el descenso de nivel.

Lo cierto es que en el súplico de la demanda se interesa la declaración de nulidad de todo el Anexo V del Acuerdo recurrido, por ello la Sala procede a analizar el conjunto de esta regulación, relativa al mantenimiento y al descenso en el nivel ya obtenido de la carrera profesional, para determinar su legalidad o no.

Dictamina la STSJ de Andalucía (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera), de 22 de diciembre de 2008:

«Y para ello, ha de atenderse a que la carrera profesional se ha de entender como un proceso en el cual el profesional sanitario puede progresar en una escala de niveles que se correlacionan con su competencia para el ejercicio de la profesión, sus conocimientos, formación, actividad docente e investigación; progresión, que en términos semejantes a la carrera funcionarial, implica la posibilidad de promoción, sin que pueda encarnarse un sistema en el que se prevea el regreso. La exclusión de este regreso o descenso a niveles inferiores deriva incluso de la propia normativa básica, y en concreto del apartado c) del artículo 38 de la Ley 44/2003, que establece los períodos mínimos para que proceda la evaluación para acceder a los grados superiores y reseña expresamente que “en caso de evaluación negativa, el profesional podrá solicitar una nueva evaluación transcurridos dos años desde ésta”. Lo cual significa, que, la nueva evaluación de la competencia y de los méritos ha de efectuarse para posibilitar el acceso a niveles superiores, pero no para ratificar o “recertificar” lo ya certificado anteriormente (en relación con el sistema

de mantenimiento del nivel regulado por el Acuerdo andaluz impugnado) ni para provocar el regreso a niveles inferiores (en relación con el sistema de descenso regulado por el Acuerdo andaluz recurrido); determinando que, en caso de resultar una evaluación negativa, el nivel adquirido ha de mantenerse, imponiendo al profesional un plazo (de dos años) durante el cual no podrá solicitar una nueva evaluación (tendente al ascenso, claro está).

Además, ha de determinarse lo perverso de la normativa regulada por la Comunidad Autónoma Andaluza (aún con la previa negociación colectiva), relativa a que el descenso puede producirse, como resultado de la evaluación o reevaluación sobre los mismos méritos, aún en el caso de que se mantenga el mismo nivel de acreditación de competencias profesionales (como precisa, entre paréntesis, el último apartado del epígrafe quinto, relativo a la situación de descenso como resultado global); lo cual supondría que, acreditados los mismos conocimientos, cualidades, habilidades y aptitudes (por otro lado, incluir dentro de las competencias las “actitudes” y “motivaciones” para predisponer a realizar un conjunto de actividades con un buen nivel de desempeño, como establece el penúltimo apartado de la Exposición de Motivos del Anexo V del Acuerdo recurrido, ha de considerarse excesivo, en cuanto que incide en aspectos tan subjetivos e interiorizados por cada profesional, que no pueden ser objeto de baremación objetiva) y subsistiendo, respecto del baremo de méritos, los mismos factores anteriormente valorados, relativos a formación, docencia e investigación (los cuales existían y siguen existiendo como méritos por haberse acreditado en un momento anterior); pueda darse una baremación menor, con el siguiente descenso de nivel de carrera profesional, tan sólo, por el concepto de “compromiso con la organización” u “obtención de los resultados fijados por la organización”, que, además de ser unos conceptos netamente subjetivos, no dependen sólo de los profesionales sanitarios, sino esencialmente de los medios personales y materiales facilitados por la propia Administración Pública, y que, además resultarían considerados para atender a otros conceptos retributivos como pueden ser la exclusividad de la prestación sanitaria en las instituciones públicas o el complemento de productividad. Además, este sistema de regresión más parece el resultado de un proceso sancionador, establecido sin las propias garantías exigidas a éste, que las propias de un modelo de carrera profesional».

Por todo ello, la Sala llega a la conclusión de que la normativa recurrida referente al sistema de recertificación a efecto de mantenimiento en un nivel ya previamente acreditado y al sistema de descenso a niveles inferiores debe ser anulado en cuanto atenta contra la normativa básica estatal y afecta a la esencia de los que debe entenderse como carrera profesional.

3. Pérdida de nivel de carrera profesional en situaciones de excedencia voluntaria

Relacionado directamente con el epígrafe anterior, entiende el Tribunal (FD UNDÉCIMO) que «la exigencia de que, el profesional que haya estado en situación de excedencia durante un

periodo igual o superior a dos años deba solicitar una nueva certificación que le permita el mantenimiento del nivel de reconocimiento que tenía acreditado; contraviene el espíritu propio de la carrera profesional, por la cual, acreditado un determinado nivel, éste ha de entenderse alcanzado por el profesional sanitario sin necesidad de posteriores recertificaciones».

4. Inexistencia de participación de evaluadores externos

La parte recurrente impugna también el epígrafe séptimo del Anexo V al esgrimir que vulnera el artículo 42.2 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, y el artículo 38.d) de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de Ordenación de las Profesiones Sanitarias, por no existir participación de evaluadores externos.

En este precepto se establece que la evaluación (para acceder a los grados superiores, como precisa el apartado c) de este artículo 38 de la Ley 44/2003) se llevará a cabo por un comité específico creada en cada centro o institución, que estará integrado, en su mayoría por profesionales de la misma profesión sanitaria del evaluado, y habrá de garantizarse la participación en el mismo de representantes del servicio o unidad de pertenencia del profesional evaluado, así como de evaluadores externos designados por agencias de calidad o sociedades científicas de su ámbito de competencia.

El Acuerdo impugnado en su epígrafe séptimo del Anexo V regula las Comisiones de Evaluación, distinguiendo la Comisión de Valoración de Carrera Profesional para Licenciados y Diplomados Sanitarios, la Comisión de Valoración de carrera profesional para el resto del personal y la Comisión Central de Valoración de la carrera profesional.

Las dos primeras tienen como cometido la valoración de los baremos de méritos, la supervisión de los resultados del cumplimiento de los objetivos del CRP y de las EDP de los profesionales que soliciten participar de la carrera profesional y proponer a la Comisión Central de Valoración los profesionales a certificar en los niveles II, III, IV y V. Y la tercera, la Comisión Central de Valoración de la carrera profesional, además de diseñar la normativa de funcionamiento de la propia Comisión Central y de las Comisiones de Centros, fijar, revisar y hacer públicos los criterios y elementos necesarios para la certificación, y velar por el correcto funcionamiento de las Comisiones de Centros; tiene la función de certificar los profesionales que accedan a los niveles II, III, IV y V de la carrera profesional a petición de las Comisiones de Centro. Con esto, puede concluirse que las Comisiones de Valoración de los Centros asumen las esenciales funciones de valoración de los méritos del baremo, mientras que la Comisión Central tan sólo realiza funciones de certificación de lo previamente propuesto y valorado por las Comisiones de Centros. Y es esta delimitación de funciones, precisamente lo destacable a la hora de determinar la presencia de evaluadores externos.

La composición de las Comisiones de valoración de los centros, regulada en este epígrafe séptimo del Anexo V, no determina la participación de evaluadores externos; la cual queda

garantizada exclusivamente para la composición de la Comisión Central de Valoración, que estará formada por los miembros de la Administración designados por la Dirección General de Personal y Servicios del SAS, por miembros de la Agencia de Calidad y por miembros designados por las Organizaciones Sindicales.

La STSJ de Andalucía (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera), de 22 de diciembre de 2008, en el FD DUODÉCIMO establece: «Que la participación de evaluadores designados por las Organizaciones Sindicales se establezca para la Comisión Central, puede entenderse como una prerrogativa concedida a aquellas como resultado de la negociación colectiva desarrollada con la propia Administración Sanitaria autonómica para regular la carrera profesional, pero esta regulación no es exigida por la legislación básica del Estado en la materia. Lo que sí se exige desde la Ley 44/2003, es que se garantice la presencia de evaluadores externos designados por agencias de calidad o sociedades científicas de su ámbito de competencia; lo cual cumple el Acuerdo recurrido en el presente recurso contencioso administrativo respecto de la Comisión Central, pero no respecto de las Comisiones de Valoración de Centros (respecto de licenciados y diplomados sanitarios, y respecto del resto del personal). Y precisamente en esta regulación se encierra la vulneración de la normativa básica estatal, porque se crean Comisiones para valorar los méritos computables a efectos de la carrera profesional en los que no existe garantía alguna de presencia de evaluadores externos (designados por agencias de calidad o sociedades científicas correspondientes), y se crea la denominada Comisión Central, que no tiene funciones de valoraciones sino de simple certificación de lo ya, previamente valorado, en la que sí se garantiza esta participación de evaluadores externos. Con independencia de cuál sea la composición de la Comisión Central, las Comisiones de Valoración de los Centros deben contar necesariamente con la participación de evaluadores externos, y de los designados por agencias de calidad o sociedades científicas correspondientes puesto que el artículo 38.d) Ley 44/2003, exige esta garantía respecto del Comité o Comisión que lleve a cabo la evaluación, y son precisamente las Comisiones de Valoración de Centros las que desarrollan esta función de evaluación».

Por ello, la Sala entiende que la composición de las Comisiones de Evaluación de Centros, tal y como se establece en el Acuerdo impugnado, no garantiza la participación de evaluadores externos, circunstancia que determina la declaración de su nulidad.

VII. RATIFICACIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO: SENTENCIA DE 12 DE MARZO DE 2012

1. Formación permanente del personal sanitario y avance científico y técnico de la medicina

La STS de 12 de marzo de 2012 (Recurso nº 854/2009) resuelve el recurso de casación frente a la STSJ de Andalucía (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera), de 22 de diciembre de 2008.

La representación procesal de la Junta de Andalucía solicita que «se estime dicho recurso, casando la mencionada Sentencia, y en consecuencia declare ajustado a Derecho la totalidad del Acuerdo del Consejo de Gobierno de Andalucía de 18 de julio de 2006 por el que se aprueba el de 16 de mayo de 2006 de la Mesa Sectorial de Negociación de Sanidad, sobre política de personal para el período 2006 a 2008».

Al desarrollar su argumentario, la recurrente (Junta de Andalucía) explica (FD SEGUNDO) que la doctrina del Tribunal Constitucional afirmó la competencia autonómica para establecer el modelo de carrera profesional (se está refiriendo al ATC 201/2008). A continuación señala «que los artículos 4.6 y 12 e), f) y g) de la Ley 44/2003, sientan el principio de la formación permanente del profesional sanitario y subraya su importancia por la incidencia del avance científico y técnico de la medicina y por la obligación de aquél de prestar asistencia conforme a los niveles de desarrollo científico y técnico alcanzados en el momento de la prestación».

Sobre esta materia (avance científico y técnico de la medicina), debo señalar a qué se está refiriendo la representación procesal de la Junta de Andalucía.

A) *Justificación del tratamiento de esta materia*

En este contexto y atendiendo a un principio que he considerado, el de legalidad, es necesario destacar que en el caso de la asistencia sanitaria, la participación del reglamento en la previsión normativa de la actuación de los profesionales sanitarios es indispensable, puesto que la Ley muchas veces tendrá que utilizar conceptos jurídicos indeterminados a la hora de definir los parámetros de control, especialmente en aquellas materias técnicamente complejas, en las que se acudiría al concepto del estado de la técnica o de la ciencia⁷³. Quizás los interrogantes que haya que responder sean los siguientes: ¿Qué podemos entender por “ciencia” y “técnica”? ¿Cómo se determina el estado de la ciencia y de la técnica?; ¿Qué grado de consenso debe existir en la comunidad científica? ¿Qué diferencia la ciencia, la técnica y la práctica? ¿Cómo se fija el correcto estándar de diligencia que ha de desplegarse para que la cláusula de exención por los riesgos del desarrollo se asiente con toda legitimidad en el sistema y alcance la racionalidad que le es propia? A todo ello me voy a referir indicando la especial trascendencia de la actividad de los profesionales sanitarios. Sirva como ejemplo la Ley 2/2002, de 17 de abril, de Salud, de la Comunidad Autónoma de La Rioja, artículo 14.1 determina: «El ciudadano tiene derecho a una asistencia sanitaria de calidad humana, que incorpore en lo posible los adelantos científicos y que sea cuidadosa con sus valores, creencias y dignidad»⁷⁴.

⁷³ Vide J. Esteve Pardo, *Técnica, riesgo y Derecho*, Ariel, Barcelona, 1999.

⁷⁴ Cuando se hace esta apreciación: “que incorpore en lo posible los adelantos científicos”, se está haciendo referencia a situaciones como la que refleja la STS de 16 de noviembre de 1989 (La Ley 1990-2, 749), donde el TS estima el recurso del INSALUD y declaró que ha existía obligación de reintegro de gastos, de acuerdo con la siguiente argumentación: «[...] El artículo 43 de la Constitución, se inicia con el derecho de protección

Debo recordar una vez más que hay responsabilidad pública frente al usuario, analizadas las circunstancias del caso concreto, cuando los perjuicios causados sean consecuencia del deficiente ejercicio por parte de la Administración de sus potestades y competencias. Aludo con ello al delicado tema de la “*culpa in vigilando*”⁷⁵ o “*in ommittendo*”⁷⁶, que se presenta también de modo ordinario en la actividad profesional cotidiana⁷⁷.

a la Salud, señalando que la Ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto, con lo que está excluyendo los que por su índole emergente, o limitado sólo son accesibles a algunos, no a todos. *Es evidente que respecto a aquellos medios que solamente son accesibles y disponibles en países más avanzados y que poseen un nivel científico y de desarrollo superior y que por ello y sólo por ello no son accesibles en España*, la Seguridad Social no está obligada a prestar la asistencia médica por la elemental razón de que no están ni pueden estar al alcance de todos los beneficiarios de la Seguridad Social».

⁷⁵ Vide: F. Garrido Falla, “Los límites de la responsabilidad patrimonial: una propuesta de reforma legislativa”, *REDA*, 94, 1997, p. 175; S. Ortolá Navarro, “Responsabilidad de la Administración por funcionamiento anormal del servicio público consistente en la negligencia en el cumplimiento de los deberes de policía, inspección y ejecución en materia de navegación aérea”, *REDA*, 2, 1974, pp. 319-323, en especial en la p. 322 afirma: «Sin embargo, la sentencia condena a la Administración a indemnizar los perjuicios que la demolición de la edificación produjo a los propietarios del hotel, porque la Administración descuidó, con negligencia extremada, los deberes de policía, inspección y ejecución que en materia de navegación aérea le imponen las leyes». Vide Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo de 13 de mayo de 1994 (Ar. 892), FD 5º: «[...] Por tanto, el Instituto Nacional de la Salud responde por la prestación de un servicio defectuoso, ya se fundamente su responsabilidad en culpa “in eligendo”, por seleccionar en el mercado un producto defectuoso para la prestación de su servicio sanitario, ya en culpa “in vigilando”, por su demostrada falta de supervisión y control de los productos sanitarios existentes en el ámbito de su actuación y empleados por el personal médico a su cargo». Vide STS de 22 de febrero de 1991 (Ar. 1587), FD SEXTO: «[...] 1ª. Porque en el supuesto de responsabilidad médica por asistencia prestada al enfermo concurren conjuntamente los aspectos contractual y extracontractual [...]. 2ª. Por qué la responsabilidad derivada [...] es una responsabilidad directa, no subsidiaria, que puede ser directamente exigida al empresario por su propia culpa “in vigilando” o “in eligendo” y con independencia de la clase de responsabilidad en que haya incurrido el autor material del hecho [...]». Vide J. M. Martín Bernal, *Responsabilidad médica y derecho de los pacientes*, La Ley-Actualidad, Madrid, 1998, p. 203: «Dado que la prestación del médico es personalísima, no podrá realizarla a través de representantes. Bien distinto es el caso de utilización de auxiliares y ayudantes que comporta la responsabilidad *in vigilando* o *in eligendo* para los actos perjudiciales de éstos [...]». Vide: J. C. Laguna de Paz, “Responsabilidad de la Administración por daños causados por el sujeto autorizado”, *RAP*, 155, 2001, p. 23; V. Merino Molins, “La responsabilidad patrimonial de la Administración en el ámbito de la sanidad”, *Actualidad Administrativa*, 6, 2003, pp. 135-161.

⁷⁶ Vide A. Jiménez-Blanco Carrillo de Albornoz, “Responsabilidad administrativa por culpa ‘in vigilando’ o ‘in ommittendo’”, *Poder Judicial*, 2, 1986, p. 127.

⁷⁷ Vide J. M. Martín Bernal, *Responsabilidad médica y derechos de los pacientes*, La Ley-Actualidad, Madrid, 1998, p. 203: «[...] Cosa distinta es la cuestión de la determinación del sujeto responsable de la conducta imprudente causante del daño ante un trabajo conjunto o que los auxiliares realicen. Problema que se presenta cuando intervienen en la prestación del servicio profesionales que trabajan en equipo o mediante la distribución de las diferentes funciones entre los participantes en la actividad, que puedan encontrarse en un nivel jerárquico o de cualificación diverso, que se presenta cada vez más frecuente y que puede generar al mismo tiempo dificultades para conocer la diligencia y la consiguiente responsabilidad que corresponde a cada uno de los participantes en atención a la función asignada, especialmente cuando se produce una difuminación en el origen de las órdenes sobre distribución o cumplimiento de la prestación respectiva y cuando cada uno de los intervinientes no tiene por sí mismo una visión completa del conjunto de la profesión realizada».

B) Progreso de la “ciencia” o de la “técnica”. Un problema que hay que resolver

El desarrollo científico y tecnológico ha impulsado una mayor oferta de servicios profesionales nuevos y más especializados⁷⁸. Esta es una de las razones que desencadenan una mayor complejidad de las relaciones entre profesionales y pacientes. Pues los primeros están obligados a servirse de conocimientos y habilidades cada vez más rigurosos, técnicos y especializados, lo que origina una necesidad de mayor preparación y cualificación. De este modo se acentúa la distancia entre el médico y el profano por la condición de experto o técnico que concurre en el primero. Todo ello en un contexto donde el innovador no puede limitarse a jugar con los riesgos del desarrollo como el aprendiz de brujo:

«[...] el aprendiz de brujo, si quiere mejorar las técnicas de su maestro, debe asumir los riesgos asociados a las nuevas soluciones, debe aprender efectivamente las recetas del brujo o, al menos, aproximarse razonablemente a ellas. Y, en un mundo en el que la investigación científica y tecnológica está descentralizada, es legítimo formular la respuesta de que el fabricante, o al menos algunos de ellos, no pueden limitarse a informarse del estado de los conocimientos, sino que han de contribuir razonablemente a mejorarlos: *mejorar el estado de la ciencia y de la técnica* es algo que también incumbe al fabricante, al menos en los sectores más sensibles de la química, la biología, la medicina, la alimentación, etc.»⁷⁹.

La realidad cotidiana nos presenta otra vertiente del problema. Y la muestra la Ley 14/2002, de 5 de junio (BOE núm. 135, de 6 de junio), por la que se establecen ayudas sociales a las personas con hemofilia u otras coagulopatías congénitas que hayan desarrollado la hepatitis C como consecuencia de haber recibido tratamiento con concentrados de factores de coagulación en el ámbito del sistema sanitario público y otras normas tributarias. Su Exposición de Motivos es bastante ilustrativa:

«El virus de la hepatitis C (VHC) fue identificado y descrito a mediados de 1989, pero hasta el año 1990 no se dispuso de los medios técnicos adecuados para prevenir su transmisión a través de la sangre y productos hemoderivados, en forma de

⁷⁸ Vide J. Puig, “Innovación tecnológica y mercado sanitario: De la macro-regulación a la micro-regulación”, *Cambios en la regulación sanitaria*, Asociación Española de Economía de la Salud, Barcelona, 1995, pp. 335-364.

⁷⁹ Vide P. Salvador Coderch y J. Sole Feliu, *Brujos y aprendices. Los riesgos del desarrollo en la responsabilidad del producto*, Marcial Pons, Barcelona, 1999, p. 13. Quizás un caso impactante fue el del Acelerador lineal del Clínico de Zaragoza. El día 28 de diciembre de 1990 la aguja del potenciómetro del aparato se quedó fija en el nivel máximo. Un cable estaba conectado en un lugar que no procedía, y el acelerador emitía a máxima potencia y sus rayos atravesaban los cuerpos de los enfermos. El desenlace fue fatal, y de ello dieron cuenta los medios de comunicación. Vide Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, del Ministerio de Sanidad y Consumo (BOE de 10 de febrero), disposición adicional primera: «1. La incorporación de nuevas técnicas y procedimientos diagnósticos o terapéuticos, en el ámbito de las prestaciones a que se refiere este Real Decreto, deberá ser valorada, en cuanto a su seguridad, eficacia y eficiencia, por la Administración sanitaria del Estado, conforme a lo previsto en el artículo 110 de la Ley General de Sanidad».

un test de detección de anticuerpos del VHC, que empezó a aplicarse con carácter obligatorio en todas las unidades de sangre o plasma extraídas en los bancos de sangre, a tenor de lo dispuesto en la Orden del Ministerio de Sanidad y Consumo, de 3 de octubre de 1990.

Por tanto, en estas circunstancias, las personas afectadas por hemofilia u otras coagulopatías congénitas estuvieron expuestas al riesgo de contraer hepatitis C, como consecuencia de los tratamientos periódicos que debían recibir con concentrados de factores de coagulación.

Debido a esta situación hay un determinado número de personas, pertenecientes a este colectivo, que resultaron contagiadas, y desarrollaron la enfermedad de la hepatitis C, como consecuencia de tratamientos recibidos en el sistema sanitario público, en un momento en el que el *estado de la ciencia* no permitía disponer de medidas oportunas para prevenir esta transmisión».

En el caso de la asistencia sanitaria, muchas veces el pronunciamiento de los profesionales se sustentará en la formación recibida, su desarrollo (acreditado en la carrera profesional), y se acudirá al concepto del *estado de la técnica o de la ciencia*, que en determinadas ocasiones, dada su acelerada evolución, no habrá podido ser seguido por la legislación. En otros casos se tratará de constatar la inexistencia de *ciencia* y por tanto de la *técnica* aparejada a la misma⁸⁰.

«Que en el supuesto de autos, y tal y como se consigna en la narración histórica de la sentencia recurrida, el procesado, desde junio de 1979, regentaba una denominada “Clínica Capilar F.S.”, dedicada al tratamiento del cuero cabelludo y a la práctica de trasplantes de cabello, poniendo inyecciones, vistiendo bata blanca, dejándose llamar “Doctor”, prescribiendo medicamentos, con apariencia de ser licenciado o Doctor en Medicina, pese a que carecía de la correspondiente titulación y, consiguientemente, de los conocimientos inherentes a las actividades que desarrollaba, los cuales no se improvisan ni se adquieren por intuición o por generación espontánea, sino que son fruto de largos estudios y de la superación de un extenso y dilatado periodo formativo durante el cual es indispensable aprobar dificultosos exámenes así como otras pruebas periódicas; y a partir de noviembre del referido año, con el fin “de aparentar legalidad”, incorporó a su clínica, a la también acusada Marina P., Licenciada en Medicina, aunque carente de experiencia en unas actividades que exigen titulación y en las que es aconsejable la especialización en Dermatología Médico-Quirúrgico o Cirugía plástica y reparadora, cuya Marina aparentó, desde entonces, llevar la dirección técnica del establecimiento, realizando, esto no obstante, tareas meramente auxiliares, pero permitiendo que, en su presencia el otro procesado, realizara los actos más complejos en las intervenciones quirúrgicas de trasplantes de cabello que practicaba».

⁸⁰ Vide STS de 28 de febrero de 1983 (Ar. 1737).

También debo recordar que la obligación contractual o extracontractual del médico y, en general, del profesional sanitario, no es la de obtener en todo caso la recuperación del enfermo o, lo que es igual, no es la suya una obligación de resultados, sino una obligación de medios, es decir, está obligado, no a curar al enfermo, sino a proporcionarle todos los cuidados que requiera según el estado de la ciencia (este extremo podrá ser verificado por la Administración)⁸¹. Tal y como llega a afirmar la doctrina, haciendo referencia a la jurisprudencia del Tribunal Supremo⁸²:

«Obligación de medios que el Alto Tribunal establece en los siguientes deberes:

A) Utilizar cuantos remedios conozca la ciencia médica y estén a disposición del médico en el lugar en que se produce el tratamiento, de manera que, como recoge, entre otras, las Sentencias de 7 de febrero y 29 de junio 1990 (Ar. 1668 y 4945, respectivamente), 11 de marzo 1991 (Ar. 2209) y 23 de marzo 1993 (Ar. 2545), la actuación del médico se rija por la denominada *lex artis ad hoc*, es decir en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que la misma se desarrolle, así como las incidencias inseparables en el normal actuar profesional, teniendo en cuenta las especiales características del autor del acto médico, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del paciente y, en su caso, la influencia de otros factores endógenos –estado e intervención del enfermo, de sus familiares, o de la misma organización sanitaria– para calificar dicho acto como conforme o no a la técnica normal requerida, pero, en cualquier caso, debiendo de hacerse patente que, dada la vital trascendencia que, en muchas de las ocasiones, reviste para el enfermo la intervención médica, debe ser exigida, al menos en estos supuestos, la diligencia que el derecho sajón califica como propia de las obligaciones del mayor esfuerzo»⁸³.

⁸¹ Vide SSTs: 7 de julio (Ar. 6112) y 15 de noviembre de 1993 (Ar. 9096). En la STS de 25 de abril de 1994 (Ar. 3073), se llega a afirmar, FJ 3º: «[...] el contrato que une al paciente con el médico se considera como de arrendamiento de servicios y no de obra pues, en este último caso se estaría exigiendo la consecución de resultado, concretamente, la curación del paciente; y este resultado es imposible de exigir debido tanto a la naturaleza mortal del hombre como al nivel de desarrollo de la ciencia médica, muchas veces insuficiente».

⁸² Vide J. M. Martín Bernal, *Responsabilidad médica y derechos de los pacientes*, La Ley-Actualidad, Madrid, 1998, pp. 180-181.

⁸³ Vide STS de 23 de febrero de 1994 (Ar. 1257), FD TERCERO: «[...] “En conclusión, ha quedado demostrado que la lesión fue producida por la inyección administrada y que necesariamente la aplicación hubo de ser incorrecta para que pudiera causar ese daño, constatándose de esta manera dos requisitos esenciales para que nazca la obligación de reparar el daño y la relación causal entre la acción u omisión y el perjuicio o la culpa o negligencia del actor”. Porque si efectivamente la responsabilidad en el ámbito sanitario, no lo es en función del resultado, dada la especial naturaleza del organismo humano, sino de la adecuación de medios a emplear en el caso expuesto, no es menos cierto, que en esa aplicación de medios subyace una necesario e imperiosa atención en ello, de suerte que por respeto a la deontología profesional y obediencia a la “*lex artis*” ha de extremarse dicha atención para que no resulte fallido o contraproducente el medio empleado, que siendo como es en este caso el adecuado, según las pruebas practicadas, resultó contraproducente por la negligente forma de practicar la introducción de la aguja hipodérmica en una zona musculosa, pero que cualquier iniciado en la materia es conocedor del riesgo de incidir en el nervio ciático, como aquí aconteció por falta de la debida

La problemática que se plantea es clara, como también lo es la respuesta, a la vista de los argumentos que voy a exponer. Y todo ello en un contexto donde la comprobación de la relación entre el resultado dañoso y la conducta negligente, es especialmente compleja cuando se trata de sectores de actividad estrechamente vinculados con el desarrollo *científico* y *tecnológico* pues en ocasiones se desconoce cómo se desenvuelven con exactitud los procesos causales de las aplicaciones *científicas* y *tecnológicas*⁸⁴.

C) *¿Qué podemos entender por “ciencia” y “técnica”?*⁸⁵ *Pues el “estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes”, no es estado de la legislación*⁸⁶.

El fenómeno de la especialización es uno de los signos característicos de nuestro tiempo. El progreso de los conocimientos de y en cualquier disciplina obliga, para dominarlos, a saber cada vez más de menos. Sin duda ello tiene grandes y graves costes, fundamentalmente en la disolución de las visiones, no ya globales, sino incluso de conjunto y, más aún, la pérdida del sentido del propio saber. A esto llamaba ORTEGA, en texto famoso, «la barbarie del especialismo». Pero, a la vez, la especialización es la única vía para profundizar en cualquier rama de la ciencia y de la técnica. Sin ella no hay conocimiento operativo alguno y ni siquiera se alcanza aquel nivel que permite vislumbrar los fundamentos. Porque, en efecto, cuando el saber consigue la densidad propia de nuestra época los riesgos de la

atención, pues era perfectamente previsible, anatómicamente hablando, la posibilidad de afectar el nervio ciático, por lo que no es de apreciar la infracción normativa que se denuncia en el motivo ya que no puede excluirse la conducta profesional culposa que descarta la conceptualización de caso fortuito [...]».

⁸⁴ Vide J. M. Martín Bernal, *Responsabilidad médica y derechos de los pacientes*, op. cit., p. 352: «La doctrina tanto española como extranjera viene distinguiendo entre riesgos típicos y atípicos, entendiéndose que las primeras son aquellas que pueden producirse con más frecuencia en cada tratamiento conforme a la experiencia y al estado del conocimiento científico-técnico actuales. Sobre tal distinción parece que el médico ha de informar de las consecuencias seguras que se producirán por la ejecución de cada tratamiento específico o intervención, y que sean relevantes o de importancia para el caso concreto de que se trate». En la página 362 concluye: «Desde la dimensión negativa habría que excluir del deber de información del médico las consecuencias o riesgos excepcionales o atípicos, es decir, aquellos que –de acuerdo con la ciencia y experiencia médicas– no son previsible». En la página 731 determina la interrelación entre derecho y técnica: «De nada serviría, como ha resaltado García Trevijano, el esqueleto jurídico del Derecho sanitario si no tuviéramos la actuación práctica, técnica, de la Sanidad; y de nada servirían los conocimientos técnicos si al mismo tiempo no se arbitrasen los medios jurídicos necesarios para actuarlos».

⁸⁵ Vide F. González Navarro, “La relación jurídica de habilitación para la creación de firma electrónica”, *Libro Homenaje al profesor doctor Sebastián Martín-Retortillo Baquer*, pro-manuscripto, pp. 32-34, donde expone la significación y alcance del actual estado de la ciencia y de la técnica en la sociedad de la información. En la página 35 da cuenta de una materia muy interesante que denomina la “cláusula de progreso de la ciencia”.

⁸⁶ Vide M. Martín González, *Sanidad pública: Concepto y encuadramiento*, vol. I, Ministerio de la Gobernación, Madrid, 1970, pp. 732-737. En la página 21 afirma: «[...] Y es que tal intento se ve además dificultado por el mayor ritmo con que, respecto a las construcciones doctrinales, caminan el progreso de las ciencias técnicas, por un lado, y el legislador por otro».

especialización no se corrigen quedándose en la superficie, sino profundizando aún más. No son las generalidades quienes conducen a lo general, sino las raíces quienes llevan al saber radical⁸⁷.

Con carácter preliminar, tengo que contestar al interrogante que planteo, y para ello, voy a remitirles a mi colaboración “Responsabilidad por acto sanitario y progreso de la “ciencia” o de la “técnica””, REDA, 104, (1999), y a la sentencia que allí comento: STS de 31 de mayo de 1999, Ponente: González Navarro. De la misma se desprende afirmaciones como las que reproduzco y que sirven para contestar la pregunta de este enunciado:

«Y debe advertirse, además, que “estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes” no es estado de la legislación, pues es sabido que ésta –la legislación, el derecho positivo– va siempre detrás de los hechos, hasta el punto de que no es infrecuente que se modifique un texto legal para adaptarlo al progreso técnico [...]. De aquí que para probar el estado de los conocimientos de la ciencia en un determinado momento no bastará normalmente con argumentar sobre la existencia o no de una regulación legal aplicable al caso. Y conviene tomar nota de que el artículo 141 LRJPA, en su nueva redacción, habla de la ciencia y de la técnica, que son cosas distintas aunque relacionadas.

La técnica es, por lo pronto, un conjunto de actos específicos del hombre mediante los que éste consigue imponerse a la naturaleza, modificándola, vencéndola o anulándola; la técnica es a modo de un camino establecido por el hombre para alcanzar determinado fin, como puede ser vencer la enfermedad, en el caso que nos ocupa; y en este sentido podríamos decir que la técnica es un método para la aplicación de la ciencia [cuando ésta ha sido ya hecha] o para la práctica de una actividad artística; en el bien entendido –conviene advertirlo– de que la técnica unas veces sigue a la ciencia y otras veces la precede: lo primero cuando la ciencia existe ya, lo segundo cuando la ciencia está aún por hacer, situación ésta que puede darse por ejemplo, cuando el hombre conoce sólo los efectos de un fenómeno pero no sus causas⁸⁸ [...]; y la técnica es también, y por último, equipamiento instrumental con que se cuenta para esa aplicación. Uno de los resultados que se obtiene del empleo de ese camino o método y de la utilización de ese equipamiento es el saber experimental, el saber práctico. La ciencia es otra cosa, la ciencia es saber teórico,

⁸⁷ Vide M. Herrero de Miñón y J. Fernández del Vallado, *Especialización y profesión médica. La garantía constitucional de las profesiones tituladas y la especialización médica según la jurisprudencia*, Cívitas, Madrid, 1997, pp. 11 y 12.

⁸⁸ La sentencia está pensando en casos como el que expone J. M. Riaza, *Ciencia moderna y filosofía. Introducción fisicoquímica y matemática*, 3ª ed., Biblioteca de autores cristianos, Madrid, 1969, p. 225: «Nada se supo de la naturaleza de los Rx en la 1ª década después de su descubrimiento. Estaban ya generalizadas sus aplicaciones médicas y muy perfeccionada su técnica y aun se carecía de todo conocimiento acerca de su naturaleza». Debo recordar, que W. C. Röntgen, de la Universidad de Wurzburg, haciendo experiencias en 1895 con un tubo de Crookes de rayos catódicos, descubrió casualmente el 8 de noviembre unas radiaciones a las que llamó “Rayos X”, por ser una incógnita su naturaleza.

conocimiento de los principios y reglas conforme a los que se organizan los hechos y éstos llegan a ser inteligibles. Se hace ciencia cuando, pasando de la anécdota a la categoría se elabora una teoría que permite entender los hechos haciendo posible el tratamiento de los mismos.

Y nótese también que el precepto habla de “estado” de esa ciencia y de “estado” de esa técnica. Y es que, una y otra, en cuanto productos humanos que son, se hallan sujetos a un proceso inexorable –imperceptible la mayoría de las veces, pero real– de cambio. [...]. En consecuencia, lo mismo la ciencia que la técnica, en su “avance” constante, pasan por diversos “estados” cuyo conocimiento puede obtenerse de una manera diacrónica –analizando la serie completa de esos distintos “estados”– o sincrónica –estudiando un “estado” determinado, la situación de la ciencia, o de la técnica, en un momento dado–. En cualquier caso, hay que tener presente siempre que en el saber teórico –que es lo distintivo de la ciencia respecto de la técnica– hay distintos niveles, porque las teorías están ordenadas jerárquicamente, de manera que hay teorías que dirigen –y engendran– otras teorías. Una teoría de teorías es lo que, utilizando un lenguaje filosófico, se llama “paradigma”, que es tanto como decir teoría matriz, teoría capaz de generar otras teorías. Y tan cierto es esto que el descubrimiento de un nuevo paradigma [...], o la sustitución de un paradigma por otro –abandono de la teoría geocéntrica y subsiguiente conversión a la teoría heliocéntrica, en astronomía– produce una verdadera revolución “científica”, obligando a reescribir los manuales al uso.

Como se ve, no son pocos ni fáciles los problemas que tendrán que abordar los tribunales de justicia a la hora de afrontar la interpretación del nuevo sintagma que aparece en el nuevo artículo 141.1, inciso segundo, LRJPA, haciendo patente algo que antes sólo estaba sobreentendido».

Todo esto que dice la sentencia viene a cuento, porque se cuestionó ante la Sala el nivel de los conocimientos médicos en la fecha en la que tuvo lugar la inoculación del virus de la hepatitis C postransfusional, a la que se anuda la responsabilidad patrimonial. Y esto hay que examinarlo con detenimiento y aclararlo, tal y como indica el Tribunal de casación:

«[...] con la nueva luz que aporta la nueva redacción dada al artículo 141.1 LRJPA⁸⁹ por la reciente Ley 4/1999, de 13 de enero, que ha modificado la Ley 30/1992».

Evidentemente, no se trata de aplicar este concepto con carácter retroactivo, sino de constatar que lo que ha sucedido, es que se ha positivizado un principio que estaba ya

⁸⁹ Vide LRJPAC, artículo 141: «Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquellos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos».

latente en la regulación anterior⁹⁰. Positivización que abordó inicialmente la Orden del Ministerio de Sanidad y Consumo 1647/2002, de 19 de junio, por la que se estableció la utilización de pruebas de detección genómica del virus de la hepatitis C (VHC) en las donaciones de sangre, derogada posteriormente por el Real Decreto 1088/2005, de 16 de septiembre, que establece los requisitos técnicos y condiciones mínimas de la hemodonación y de los centros y servicios de transfusión (disposición derogatoria única).

D) *¿Cómo se determina el estado de la ciencia y de la técnica?*

Lo ideal es que las autoridades sanitarias se hagan eco rápidamente y tras las comprobaciones oportunas de los avances que se vayan produciendo, y los incorporen a la legislación. Sin embargo, en muchas ocasiones, esas autoridades van por detrás de los acontecimientos, en algunos casos con consecuencias fatales. En julio del año 2001, surgió, en nuestro país, la polémica a causa de las muertes producidas por un medicamento anticolesterol, "Lipobay" del laboratorio farmacéutico Bayer⁹¹. En agosto del mismo año se produjeron varios fallecimientos tras la hemodiálisis de varios pacientes en Valencia, Madrid y Barcelona. El INSALUD confirmó que todos habían sido dializados con filtros Althane A-18 pertenecientes al mismo lote⁹². Por ello debemos responder a esta pregunta:

«¿Cómo se determina el estado de la ciencia y de la técnica? ¿Deberán tenerse en cuenta los resultados científicos y técnicos obtenidos en cualquier hospital, universidad, laboratorio o centro de investigación del mundo, con independencia de la difusión que sus responsables hayan dado a sus descubrimientos? Parece que no. Es necesaria la difusión de los conocimientos para que pueda decirse que forman parte del estado de la ciencia o de la técnica. Pero ¿qué difusión deben recibir?, ¿es suficiente con que la información aparezca en una publicación de ámbito local? Parece que tampoco. La difusión debe ser tal que la información pueda llegar a todo especialista medio del sector. Esta difusión puede producirse a través de cualquier medio, siendo la revista especializada el vehículo idóneo. Sólo entonces podrá de-

⁹⁰ Lo que hoy puede leerse en el nuevo artículo 141.1 inciso segundo, LRJPA, es: «No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de la producción de aquéllos [...]».

⁹¹ Vide A. M. Romero Coloma, *La medicina ante los derechos del paciente*, Montecorvo, Madrid, 2002, p. 197: «El Ministerio de Sanidad y Consumo reconoció que estaba investigando la relación del fármaco con seis fallecimientos y con 82 pacientes afectados en España, mientras que la Asociación en Defensa del Paciente eleva las víctimas mortales a más de 20 y hasta 249 afectados.

Con carácter previo, el fabricante lo había retirado del mercado el pasado día 8 de agosto, admitiendo que podían llegar a registrarse más de 1.000 afectados en todo el mundo».

⁹² *Ibidem*, p. 198, donde da cuenta de la misma situación en diferentes ciudades de Croacia, donde fallecieron varios pacientes dializados con el mismo filtro de Baxter.

cirse que un determinado avance técnico-científico en materia sanitaria forma parte del estado de la ciencia y de la técnica. [...]»⁹³.

Es decir, es necesaria la difusión suficiente para que pueda ser conocida en condiciones normales, por los medios habituales, para los que se dedican a esta actividad. No se requiere una difusión extraordinaria, ni aquella que afecta a un ámbito geográfico reducido y por tanto no puede ser asimilada por la colectividad. Estamos en presencia de un concepto jurídico indeterminado.

E) *¿Qué grado de consenso debe existir en la comunidad científica?*

Respecto al grado de consenso es suficiente con aquel que admite la colectividad de modo genérico, porque la nueva matriz disciplinar se impone de modo coherente para los especialistas en la materia. Estamos en un campo donde nada se puede imponer, si no convence a aquellos que deben utilizarlo. Pero se trata de criterios que deberán orientar las determinaciones de los que velan por el interés general y el derecho a la salud de todos los ciudadanos. Este es el sentido de las siguientes palabras:

«Y yendo más allá: ¿qué grado de consenso debe existir en la comunidad científica acerca de la validez (veracidad, corrección) del avance o descubrimiento para que el mismo forme parte del estado de los conocimientos de la ciencia y de la técnica del momento?, ¿es necesario que toda la comunidad científica reconozca unánimemente que se trata de un verdadero avance o descubrimiento, o basta que exista sólo un consenso generalizado, no ya unánime, al respecto? A mi modo de ver, [...]. Para que ello se produzca es suficiente, en mi opinión, un acuerdo generalizado en la comunidad científica»⁹⁴.

F) *¿Qué diferencia la ciencia, la técnica y la práctica?*

Sin duda es una buena pregunta, y nada mejor que las siguientes palabras para entender su significado⁹⁵:

«¿Qué diferencia, pues, a la técnica de la ciencia, y al técnico del científico?: la fruición por lo problemático que es propia del quehacer científico y que a la técnica y al técnico no le preocupa o que, en el mejor de los casos, no ocupa el primer lugar

⁹³ Vide O. Mir Puigpelat, *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria*, Cívitas, Madrid, 2000, pp. 279-280.

⁹⁴ *Ibidem*, pp. 279-280.

⁹⁵ Vide F. González Navarro, "La Universidad en la que yo creo", *RAP*, 153, 2000, pp. 125-126.

en la jerarquía de los valores que rigen su conducta. No se trata de diferencia de nivel entre uno y otro tipo de conocimiento, sino de diferencia de puntos de vista. El científico quiere saber del ser, de la sustancia, del objeto de su quehacer; busca una explicación de la realidad. El técnico no es que desdeñe esas explicaciones, y, por supuesto cuando existen las aproveche; lo que ocurre es que el técnico se mueve en un plano distinto de aquel en que trabaja el científico: el mundo de los hechos perceptibles por los sentidos sensibles, un mundo tan problemático como aquél pero que, además, no admite espera. Porque es también una diferencia de talante, de estar en el tiempo en el que se vive.

El hombre de ciencia puede tomarse todo el tiempo del mundo, no porque le sobre, tampoco, porque se pueda permitir ese estúpido lujo de “perderlo”. Trabaja sin prisa, pero también sin pausa. Y esto es así porque su trabajo, de puro delicado que es, ha de llevarlo a cabo con sumo cuidado. El científico puede tener, y tiene, intuiciones, pero no improvisa.

El técnico, en cambio, y por eso la técnica va muchas veces por delante de la ciencia, sabe que está ante un problema que hay que solucionar *aquí y ahora*; un problema cuyas causas muchas veces no conoce, pero que hay que afrontar sin demora y ver de resolverlo como sea. Lo cual exige dotes que tampoco posee cualquiera: audacia, imaginación habilidad (a las veces incluso manual), frialdad... Piénsese, por ejemplo, en el avance experimentado por la cirugía⁹⁶ durante la primera y la segunda guerra mundial y lo que ello ha supuesto también para el avance de la ciencia médica, y se entenderá lo que estoy diciendo.

El cielo puede esperar, la vida no: “La vida –decía Ortega en 1930– no puede esperar a que las ciencias expliquen científicamente el Universo. No se puede vivir *ad Kalendas graecas*. El atributo más esencial de la existencia es su perentoriedad: la vida es siempre urgente. Se vive aquí y ahora sin posible demora ni traspaso”. Cierto es que cuando escribía esto hablaba de la relación entre la cultura y la ciencia. Pero es válida para que entendamos las diferencias entre hacer ciencia y crear una técnica.

¿Y la práctica?⁹⁷ Es aplicación, bien sea de una ciencia, bien sea de una técnica. Habrá quizá, casos en que no sea fácil distinguir entre la práctica y la técnica. Pero la diferencia se hace clara si se piensa que la técnica, para hacerse, ha necesitado de la existencia de un hombre poseedor de ese don en el que confluyen la matemática y la poesía: el don imaginativo. La práctica, a lo más, requiere habilidad».

⁹⁶ Vide Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 24 de noviembre de 1992 (Ar. 5654), FD 3º, donde hace referencia a las técnicas exploratorias y quirúrgicas habituales de la especialidad médica de que se trate.

⁹⁷ Vide O. Ferrer Roca, *La telemedicina: Situación actual y perspectivas*, Fundación Retevisión, Madrid, 2001, pp. 161-162, donde da cuenta de la interrelación entre la técnica y la práctica para el ejercicio de la medicina (práctica médica) a distancia.

G) *¿Cómo se fija el correcto estándar de diligencia que ha de desplegarse para que la cláusula de exención por los riesgos del desarrollo se asiente con toda legitimidad en el sistema y alcance la racionalidad que le es propia?*⁹⁸

Para resolver dudas será necesario fijar el correcto estándar de diligencia, pues será la base que sustente la solución final que se pretenda alcanzar.

«Cuestión decisiva es la fijación del correcto estándar de diligencia que ha de desplegarse para que la cláusula de exención por los riesgos del desarrollo se asiente con toda legitimidad en el sistema y alcance la racionalidad que le es propia. A nuestro juicio, ese deber de diligencia debe ser muy alto de tal modo que deben desecharse *a radice*, aquellos criterios que favorezcan la relajación o la fácil justificación de los servicios públicos sanitarios ante los riesgos. Por consiguiente, debe quedar de todo punto erradicada la idea de que el estado de los conocimientos haya de ponerse en relación con el que exista en un concreto hospital, o el que sea posible por imperativos económicos en un determinado territorio, o incluso en el conjunto del país. La nueva cláusula del artículo 141.1 de la Ley 30/1992, no ha de ser entendida como una medida facilitadora de conductas irresponsables de la Administración, sino como una previsión legal definidora del sistema que trata de poner orden y coto a los excesos en pro y en contra que ha sido proverbiales en esta materia.

Los niveles de diligencia han de situarse en el plano riguroso con los que se ha manejado hasta el momento la jurisprudencia examinada, bien que ahora trasladando ese rigor al nuevo contexto técnico en el que ha de desenvolverse. En esto le queda a los Tribunales camino que recorrer. Pero es oportuno recordar, como parámetros de referencia, los postulados que al respecto han sido enunciados por el Abogado General Sr. Tesauro en sus Conclusiones a la Sentencia CEE antes comentada⁹⁹:

a) Deben imputarse al productor los riesgos previsibles, frente a los cuales puede protegerse bien con carácter preventivo, incrementando la experimentación y las inversiones en investigación, o bien, posteriormente, celebrando un contrato de seguro de responsabilidad civil que cubra los eventuales daños causados por el defecto del producto.

b) El estado de los conocimientos científicos no puede identificarse con las opiniones expresadas por la mayoría de los estudiosos, sino con el nivel más avanzado de las investigaciones efectuadas hasta un determinado momento.

⁹⁸ Vide F. López Menudo, "Responsabilidad administrativa y exclusión de los riesgos del progreso: Un paso adelante en la definición del sistema", *RAAP*, 36, 1999, pp. 43-44.

⁹⁹ Se está refiriendo a la Sentencia de 29 de mayo de 1997, Asunto: "Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte", Asunto C-300/95 Rec. p. I-2649. Vide J. Lete Achirica, "Los riesgos del desarrollo en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 29 de mayo de 1997", *Actualidad Civil*, 27, 1998.

c) Desde el momento en que en el panorama científico contemporáneo exista una sola voz aislada que haya señalado el potencial carácter defectuoso y/o peligroso del producto, su fabricante ya no está ante un riesgo imprevisible.

d) El “estado de los conocimientos disponibles” debe entenderse de un modo que comprenda todos los datos presentes en el circuito informativo de la comunidad científica en su conjunto, habida cuenta, no obstante, según un criterio de racionalidad, de las posibilidades concretas de circulación de la información».

Solución final que pondrá de manifiesto que el estado de los conocimientos científicos se identifica con el nivel más avanzado de las investigaciones efectuadas hasta un determinado momento, cuando se haya señalado el potencial peligro, pues ya no se está ante un riesgo imprevisible. A su vez, habrá que condicionar su aplicabilidad con las respuestas a las interrogantes que han sido planteadas con anterioridad.

H) Conclusión

Debemos tener presente que la innovación tecnológica está llevando la atención sanitaria hacia nuevas formas de atender y prestar asistencia a la población. La aparición de nuevas técnicas diagnósticas, terapéuticas y organizativas, han producido un cambio en el concepto de la atención sanitaria, que afecta a todos los agentes que intervienen en el proceso de toma de decisiones sobre la utilización de la tecnología y sobre la sociedad en general¹⁰⁰. Pues bien, si se ha determinado lo que es ciencia, técnica y práctica, los profesionales sanitarios deberán tener en cuenta la información que tras una correcta difusión deba conocer el especialista medio del sector y sobre la que exista un consenso generalizado. Este será el primer criterio para determinar lo que corresponde. Y si se trata de cuestiones o materias que pueden implicar un peligro potencial para la población la Administración deberá exigir el cumplimiento del nivel más avanzado de las investigaciones efectuadas hasta ese momento. Éste será el segundo criterio, un criterio garantista ante el aluvión de innovaciones y el peligro potencial que las mismas pueden acarrear al ciudadano.

Estas orientaciones serán las que se utilicen para determinar los parámetros de inspección y control en la actividad ordinaria, así como para la adopción de las medidas cautelares o provisionales que se consideren indispensables. Dicho de otro modo se acudirá al estado de los conocimientos de la *ciencia* o de la *técnica* como conceptos jurídicos indeterminados¹⁰¹ teniendo como base de la actividad profesional las determinaciones que

¹⁰⁰ Vide J. Puig i Junoy y E. Dalmau i Matarrodona, “Regulación de la innovación tecnológica en el mercado sanitario: Una valoración de la efectividad de los instrumentos”, en *La regulación de los servicios sanitarios en España*, Cívitas, Madrid, 1997, p. 466.

¹⁰¹ Vide Real Decreto 1002/2002, de 27 de septiembre, por el que se regula la venta y utilización de aparatos de bronceado mediante radiaciones ultravioletas (BOE de 10 de octubre), donde en la presentación del texto articulado se precisa: «El ejercicio de tal actividad, por lo tanto, obliga a establecer un conjunto de

acabo de exponer. Y el derecho –como es obvio– no puede desentenderse del reto que plantea la revolución científica y tecnológica a que he hecho referencia¹⁰².

En virtud de lo expuesto, el principio de la formación permanente del profesional sanitario es extraordinariamente relevante por la incidencia del avance científico y técnico en la sanidad, y por la obligación de aquél de prestar asistencia conforme a los niveles de desarrollo científico y técnico alcanzados en el momento de la prestación.

2. Acreditación de la competencia, regresión de la carrera profesional y fallo del Tribunal Supremo de España

La recurrente continua afirmando en la STS de 12 de marzo de 2012 (FD SEGUNDO): «Asimismo, resaltar el deber que le impone la Ley de acreditar regularmente su competencia profesional y se hace eco de la apelación de la exposición de motivos de la Ley 44/2003, al cumplimiento de los objetivos de la Ley 16/2003, y a la incorporación de la cláusula de progreso al ejercicio de las profesiones sanitarias. Invoca, además, el artículo 33 de esa Ley 44/2003, que afirma el derecho y la obligación de estos profesionales de actualizar y mejorar sus conocimientos, habilidades y actitudes ante la evolución científica y tecnológica. En este sentido, señala que la Orden de 5 de febrero de 1985 del Ministerio de Sanidad constituye un antecedente y exige la evaluación permanente de los jefes de servicio o sección de los Servicios Jerarquizados de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social para mantenerse en el puesto al término del primer y segundo cuatrienio de ejercicio. En fin, afirma que la sentencia, al anular el descenso de nivel y congelar en el que tienen a determinados profesionales por lo que les reste de servicio activo, olvida la naturaleza estatutaria de su relación y la potestad de autoorganización de la Administración».

En definitiva, para la Junta de Andalucía las limitaciones que impone el fallo de la sentencia en la configuración de la carrera profesional impide el establecimiento de un modelo acorde con los principios básicos fijados por la legislación estatal.

prescripciones, coherente con el estado actual de la ciencia y la técnica, [...]». Y en el artículo 8, cuando determina el régimen jurídico de la formación del personal establece: «[...] Dicha acreditación debe renovarse teniendo en cuenta los avances científicos y técnicos. [...]».

¹⁰² Vide F. González Navarro, “La relación jurídica de habilitación para la creación de firma electrónica”, *op. cit.*, pp. 127-128: «Establecido lo que acabo de decir, y retomando el hilo de mi discurso al que pongo ya punto final, debo subrayar algo que, aunque latente en él, inevitablemente habrá aflorado en más de una ocasión en estas páginas: “*les gens de justice*” no podemos desentendernos del reto que nos plantea la evolución tecnológica. No me estoy refiriendo a la necesidad de saber utilizar un ordenador o de adquirir carta de ciudadanía en esa “aldea global” que algunos han dado en llamar Telépolis. Pues, con ser eso necesario, lo que de verdad me importa es que los juristas tomemos conciencia de que eso que llamamos “nuevas tecnologías” no es cosa que deba dejarse exclusivamente en manos de los físicos, de los matemáticos o de los informáticos. La revolución tecnológica reclama una atención del jurista, en cuanto tal, porque lo que está en juego no es sólo un problema de eficacia o de eficiencia en la gestión de los asuntos privados o de los asuntos públicos. Lo que está en juego es el derecho mismo en cuanto instrumento para la libertad. [...]».

Sobre el «compromiso con la organización» como factor del baremo de méritos, «dice que la sentencia vulnera los artículos 10 y 38.b) de la Ley 44/2003, y 40.1 de la Ley 55/2003, pues vinculan la carrera profesional a la implicación en la gestión clínica y a la mejor gestión de las instituciones sanitarias».

El Tribunal Supremo, en el FD CUARTO rechaza la argumentación esgrimida por la Junta de Andalucía. Entre otras cuestiones, pone de manifiesto que la misma, llega a reconocer implícitamente que no hay colisión con la distribución competencial entre Estado y Comunidades Autónomas y tampoco admite los otros motivos alegados. Pero deseo hacer una mención específica sobre la argumentación del Tribunal Supremo en relación con la formación permanente, los avances científicos y tecnológicos y el modelo de carrera profesional. Especialmente, en lo relativo a la regresión de la misma, pues sobre el particular, afirma:

«[...]». No nos parecen discutibles las consideraciones que hace la Junta de Andalucía sobre el significado que la Ley 44/2003, da a la formación permanente, ni cabe desconocer la importancia que para la asistencia sanitaria tiene el conocimiento y dominio de los avances científicos y tecnológicos. No nos parece que pueda concebirse ningún modelo de carrera profesional que los desconozca. De igual modo, no vemos incompatible con los principios sentados al respecto por las leyes estatales que los correlativos derecho y obligación de los profesionales sanitarios a la formación permanente proclamados por el artículo 33.1 de la Ley 44/2003, vayan acompañados de sistemas de comprobación de la misma. Ahora bien, cosa distinta es que mediante un acuerdo como el que nos ocupa se establezcan requisitos o efectos, no sólo no previstos por la Ley, sino que van más allá de las prescripciones legales.

El artículo 38 de la Ley 44/2003, relaciona el desarrollo de la carrera de los profesionales sanitarios con la superación de diversas evaluaciones de sus conocimientos, competencias, formación continuada acreditada, actividad docente e investigación y, también, de los resultados de su actividad asistencial, de la calidad de la misma y del cumplimiento de los indicadores que para su valoración se hayan establecido e, incluso, de su implicación en la gestión clínica. Ese desarrollo lo concibe esta Ley en forma de adquisición de grado inicial y de sucesivos ascensos, evaluación favorable mediante, hasta el cuarto y último, debiendo transcurrir un mínimo de cinco años desde la anterior positiva para solicitar la correspondiente al siguiente. Ahora bien, su artículo 38.1.c), que contempla expresamente el supuesto de que la evaluación sea negativa, no le atribuye más consecuencia que la imposibilidad de ascender y el reconocimiento al interesado del derecho a solicitar una nueva transcurridos dos años, durante los cuales no podrá ascender.

No hay fundamento legal, por tanto, para asignar a las evaluaciones negativas el efecto de producir el descenso de grado o, si se prefiere, de impedir la conservación del ya adquirido. Y en la medida en que la Ley no contempla esa posibilidad, tampoco admite la de someter el mantenimiento del que ya se tiene a comprobaciones o evaluaciones periódicas. Tales requisitos, por ser restrictivos de derechos,

han de estar previstos en la Ley. Y las aplicables, no sólo no los incluyen sino que, además, orientan el sistema de evaluaciones solamente hacia el ascenso».

Por todo ello, el TS desestima el recurso presentado.

VIII. LA JURISPRUDENCIA INDUCE LA REVISIÓN DEL MODELO DE CARRERA PROFESIONAL EN ANDALUCÍA

La consecuencia inmediata será la revisión del modelo de carrera profesional establecido en Andalucía. Y quizás sea una oportunidad para afrontar las diferencias entre los distintos modelos sanitarios construidos, que tienen ventajas comparativas, pero que también generan disfunciones y desigualdades (homologación automática ante el cambio de Comunidad Autónoma, tiempo mínimo en la categoría, distintas modalidades de autoevaluación, reversibilidad del nivel alcanzado, facultativos de cupo, zona e interinos excluidos, etc.). También para afrontar referencias ineludibles. Por ejemplo, no se valora el mantenimiento de la longitudinalidad. Es decir, el médico general o de familia que ofrece permanencia en el mismo puesto de trabajo a lo largo de décadas, y cuando además, proporciona en muchos casos una polivalencia que permite dar respuesta a la mayor parte de los problemas de salud del paciente y de su familia (seguimientos de embarazo, cirugía menor, terapia de familia, atención a enfermos terminales en domicilio, etc.). En la carrera profesional este aspecto se ignora y podría servir como indicador del desempeño clínico.

En materia de promoción interna también se plantea una problemática especial, cuyo vacío normativo en el ámbito del Servicio Andaluz de Salud es patente. Me estoy refiriendo a aquellos supuestos en los que los servicios prestados en funciones superiores a los de su categoría de origen, son computables o no, a los efectos de la carrera profesional. Y si es así, en que categoría deben computarse.

El EMPES establece:

«Artículo 35. Promoción interna temporal.

1. Por necesidades del servicio y en los supuestos y bajo los requisitos que al efecto se establezcan en cada servicio de salud, se podrá ofrecer al personal estatutario fijo el desempeño temporal, y con carácter voluntario, de funciones correspondientes a nombramientos de una categoría del mismo nivel de titulación o de nivel superior, siempre que ostente la titulación correspondiente. Estos procedimientos serán objeto de negociación en las mesas correspondientes.
2. Durante el tiempo en que realice funciones en promoción interna temporal, el interesado se mantendrá en servicio activo en su categoría de origen, y percibirá las retribuciones correspondientes a las funciones efectivamente desempeñadas, con excepción de los trienios, que serán los correspondientes a su nombramiento original.

3. El ejercicio de funciones en promoción interna temporal no supondrá la consolidación de derecho alguno de carácter retributivo o en relación con la obtención de nuevo nombramiento, sin perjuicio de su posible consideración como mérito en los sistemas de promoción interna previstos en el artículo anterior».

Una interpretación, avalada incluso por resoluciones judiciales, determina que si el interesado está, en estos casos, en su categoría de origen en servicio activo, es evidente, que el tiempo en situación de mejora de empleo debe computarle a efectos de carrera en su categoría inicial; porque en otro caso se estaría contraviniendo el artículo 35.2 EMPRESS. Además, siguiendo literalmente esta interpretación, la mejora supondría más bien un empeoramiento de su situación, si se considerara que esos servicios en mejora de empleo no le sirven a efectos de su categoría inferior. Y tal y como refiere la STSJ de la Comunidad Valenciana de 18 de abril de 2012 (FD SEGUNDO): «[...] Ni siquiera es preciso plantear por hipótesis la posible ilegalidad del decreto, porque el actor se halla en situación de activo en su categoría de origen, que es para la que reclama que se le compute el tiempo a efectos de la adquisición de grado. Y es que además el artículo 14.2.1 dice que el personal en promoción interna temporal (mejora de empleo; es el caso del actor) sólo podrá acceder al desarrollo profesional en la categoría en la que tiene nombramiento fijo y tendrá derecho a percibir el complemento de desarrollo profesional de esa categoría. Es decir, este precepto presupone que el personal en mejora de empleo sí puede acceder a la carrera profesional, si bien en la categoría en que tiene su nombramiento fijo. La interpretación de la demandada niega que el personal en mejora de empleo tenga derecho a la carrera profesional, y esto no es lógico y es lo contrario de lo que se deriva del precepto transcrito».

Es cierto que su situación administrativa en la categoría de origen es la de servicio activo, y con excepción de los trienios, percibirán las retribuciones que correspondan al puesto que estén desarrollando. Pero es indudable que se penaliza doblemente a este personal contraviniendo el espíritu de la carrera profesional.

¿Qué sucede cuando una promoción interna profesional desarrolla su trabajo en un puesto vacante durante 5, 10, 15, 20 o más años, de modo continuado? Es asumible que siga formándose y desarrollando su carrera profesional en la categoría de origen. ¿Es lógico? ¿Es lo que conviene al trabajador y a la propia Administración para la que presta sus servicios?

Imaginemos que un licenciado o graduado en medicina y cirugía tiene plaza en propiedad como celador. Debo recordar que el EMPRESS establece de modo expreso, que se podrá optar a la promoción interna, sin perjuicio del número de niveles existentes entre ambos títulos¹⁰³. Si este celador, accede a una vacante de facultativo, y esta situación se pro-

¹⁰³ Vide Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (BOE de 31 de diciembre de 2003), artículo 50, apartado tres, por el que se modifica la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, que da nueva redacción al apartado 2 del artículo 22 quedando de la siguiente manera: «A propuesta del Ministro de Administraciones Públicas, el Gobierno podrá determinar

longa. ¿Es asumible no fomentar la asunción y desarrollo de capacidades y competencias en el puesto de facultativo? ¿Beneficia esta situación a alguien? ¿Es lógico, sumar a la penalización de los trienios, la de la carrera profesional? Mi respuesta es negativa, aunque en este trabajo, –por razones obvias de exceso de extensión– no pueda desarrollar más la argumentación que la avala.

Estos son sólo dos supuestos, pero hay más. Todos ellos deberán ser objeto de estudio y revisión en el nuevo modelo de carrera profesional que está por venir.

BIBLIOGRAFÍA

ALEGRA ÁVILA, J. M.: “Estatuto Marco y Estatuto Básico”, *REDA*, 148, 2010.

ARAGO, I. M.: “Historia del hospital”, *Revista del Colegio Oficial de Médicos de Barcelona*, 3, 1958.

BOHIGAS, L.: “La acreditación de hospitales: Un paso hacia la liberalización del mercado hospitalario español”, en AAVV, *La regulación de los servicios sanitarios en España*, Cívitas, Madrid, 1997.

CANTERO MARTÍNEZ, J.: “Ámbito de aplicación y clases de personal al servicio de las Administraciones Públicas”, en L. Ortega Álvarez (dir.), *Estatuto Básico del Empleado Público*, El Consultor de los Ayuntamientos (La Ley), Madrid, 2007.

CASTILLO BLANCO, F.: “El EBEP: ¿hasta dónde llegan las bases? El sistema de empleo público en un gobierno multinivel”, Ponencia presentada en el *III Congreso de Profesores de Derecho Administrativo*, Granada, febrero, 2008.

CAYÓN DE LAS CUEVAS, J.: “La incidencia del Estatuto Básico del Empleado Público en el régimen jurídico del personal estatutario de los servicios de salud: problemas de solapamiento normativo”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, versión electrónica, 2007.

los cuerpos y escalas de la Administración del Estado a los que podrán acceder los funcionarios pertenecientes a otros de su mismo grupo siempre que desempeñen funciones sustancialmente coincidentes o análogas en su contenido profesional y en su nivel técnico, se deriven ventajas para la gestión de los servicios, se encuentren en posesión de la titulación requerida, hayan prestado servicios efectivos durante al menos dos años como funcionarios de carrera en cuerpos o escalas del mismo grupo de titulación al del cuerpo o escala a la que pretendan acceder y superen las correspondientes pruebas». En el ámbito del Servicio Andaluz de Salud, no hay limitación alguna.

DESDENTADO BONETE, A. y DESDENTADO DAROCA, E.: “El sistema normativo de la relación de servicios del personal estatutario de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social”, *Aranzadi Social*, vol. V, 2000.

EMBED IRUJO, A.: “Incidencia del Estatuto Básico del Empleado Público en la normativa de las Comunidades Autónomas”, *REDA*, 137, 2008.

ESTEVE PARDO, J.: *Técnica, riesgo y Derecho*, Ariel, Barcelona, 1999.

FÉREZ FERNÁNDEZ, M.: “El modelo de gestión de los recursos humanos en el ámbito local”, en A. Palomar Olmeda (coord.), *El Estatuto Básico del empleado público y su incidencia en el ámbito local*, CEMCI, Granada, 2007.

FERNÁNDEZ-MIRANDA FERNÁNDEZ-MIRANDA, J.: “El Estatuto Básico del empleado público y la regulación de las funciones reservadas al funcionario público”, *REDA*, 139, 2008.

FERRER ROCA, O.: *La telemedicina: Situación actual y perspectivas*, Fundación Retevisión, Madrid, 2001.

GARRIDO FALLA, F.: “Los límites de la responsabilidad patrimonial: una propuesta de reforma legislativa”, *REDA*, 94, 1997.

GONZÁLEZ NAVARRO, F.: *Derecho Administrativo Español*, Eunsa, Pamplona, 1993.

GONZÁLEZ NAVARRO, F.: “La Universidad en la que yo creo”, *RAP*, 153, 2000.

GONZÁLEZ NAVARRO, F.: “La relación jurídica de habilitación para la creación de firma electrónica”, *Libro Homenaje al profesor doctor Sebastián Martín-Retortillo Baquer*, pro-manuscrito.

GONZÁLEZ SALINAS, P.: “La relación funcional especial del personal estatutario de los servicios de salud y la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa”, *REDA*, 125, 2005.

HERRERO de MIÑÓN, M. y FERNÁNDEZ del VALLADO, J.: *Especialización y profesión médica. La garantía constitucional de las profesiones tituladas y la especialización médica según la jurisprudencia*, Cívitas, Madrid, 1997.

JIMÉNEZ ASENSIO, R.: “Luces y sombras del nuevo Estatuto Básico del Empleado Público”, en S. del Rey Guanter (dir.), *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, La Ley, Madrid, 2008.

JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO de ALBORNOZ, A.: “Responsabilidad administrativa por culpa ‘in vigilando’ o ‘in ommittendo’”, *Poder Judicial*, 2, 1986.

LAGUNA DE PAZ, J. C.: “Responsabilidad de la Administración por daños causados por el sujeto autorizado”, *RAP*, 155, 2001.

LETE ACHIRICA, J.: “Los riesgos del desarrollo en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 29 de mayo de 1997”, *Actualidad Civil*, 27, 1998.

LÓPEZ MENUDO, F.: “Responsabilidad administrativa y exclusión de los riesgos del progreso: Un paso adelante en la definición del sistema”, *RAAP*, 36, 1999.

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

MARTÍN BERNAL, J. M.: *Responsabilidad médica y derechos de los pacientes*, La Ley, Madrid, 1998.

MARTÍN GONZÁLEZ, M.: *Sanidad pública: Concepto y encuadramiento*, vol. I, Ministerio de la Gobernación, Madrid, 1970.

MARTÍN REBOLLO, L.: “Empleo público. Estudio preliminar”, en *Leyes Administrativas*, Thomson-Aranzadi, 13ª ed., Pamplona, 2007.

MERINO MOLINS, V.: “La responsabilidad patrimonial de la Administración en el ámbito de la sanidad”, *Actualidad Administrativa*, 6, 2003.

MIR PUIGPELAT, O.: *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria*, Cívitas, Madrid, 2000.

MORILLO-VELARDE PÉREZ, J. I.: “Ordenamiento jurídico actual: habilitación, competencias, desarrollo, supletoriedad”, *Derecho y Salud*, 2006.

MUÑOZ MACHADO, S.: *La sanidad pública en España (Evolución histórica y situación actual)*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1975.

ORTEGA ÁLVAREZ, L.: “Introducción general a los comentarios sobre el Estatuto Básico del Empleado Público”, en L. Ortega Álvarez (dir.), *Estatuto Básico del Empleado Público*, El Consultor de los Ayuntamientos (La Ley), Madrid, 2007.

ORTOLÁ NAVARRO, S.: “Responsabilidad de la Administración por funcionamiento anormal del servicio público consistente en la negligencia en el cumplimiento de los deberes de policía, inspección y ejecución en materia de navegación aérea”, *REDA*, 2, 1974.

PALOMAR OLMEDA, A.: “El fuero jurisdiccional de enjuiciamiento de las cuestiones de aplicación del régimen estatutario del personal sanitario”, *Aranzadi Social*, vol. II, 2005.

PALOMAR OLMEDA, A.: “Comentario al artículo 2”, en A. Palomar Olmeda y A. V. Sempere Navarro (dirs.), *Comentarios a la Ley 55/2003 del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2006.

PÉREZ GÁLVEZ, J. F.: *Creación y regulación de centros y establecimientos sanitarios*, Bosch, Barcelona, 2003.

PÉREZ GÁLVEZ, J. F.: *Comentarios al estatuto del personal estatutario de los servicios de salud*, Tomo I y II, Bosch, Barcelona, 2004.

PÉREZ GÁLVEZ, J. F.: “Incidencia de las nuevas tecnologías en el procedimiento administrativo español”, en J. F. Alenza García y J. A. Razquin Lizarraga (dirs.), *Organización y procedimientos administrativos*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2007.

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

PÉREZ GÁLVEZ, J. F.: “La condena penal de inhabilitación especial y su incidencia en la relación funcional [Comentario a la Sentencia de la Audiencia Nacional, (Sala de la Contencioso-Administrativo, Sección 5ª) de 25 de enero de 2012]”, *Boletín de Función Pública del Instituto Nacional de Administración Pública*, 10, 2012.

PÉREZ GÁLVEZ, J. F.: “Bases generales sobre autorización de centros, servicios y establecimientos sanitarios”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, 84, 2012.

PRATS i CATALÁ, J.: “Los fundamentos institucionales del sistema de mérito: la obligada distinción entre función pública y empleo público”, *Documentación Administrativa*, 241-242, 1995.

PUIG i JUNOY, J.: “Innovación tecnológica y mercado sanitario: De la macro-regulación a la micro-regulación”, en *Cambios en la regulación sanitaria*, Asociación Española de Economía de la Salud, Barcelona, 1995.

PUIG i JUNOY, J. y DALMAU i MATARRODONA, E.: “Regulación de la innovación tecnológica en el mercado sanitario: Una valoración de la efectividad de los instrumentos”, en *La regulación de los servicios sanitarios en España*, Cívitas, Madrid, 1997.

RIAZA, J. M.: *Ciencia moderna y filosofía. Introducción fisicoquímica y matemática*, 3ª ed., Biblioteca de autores cristianos, Madrid, 1969.

ROMERO COLOMA, A. M.: *La medicina ante los derechos del paciente*, Montecorvo, Madrid, 2002.

SÁENZ ORTIZ, R.: "El Estatuto Básico del Empleado Público", *XXIV Encuentro anual de Servicios Jurídicos de Comunidades Autónomas*, Logroño, 9-12 de mayo de 2007, Logroño, 2008.

SALVADOR CODERCH, P. y SOLE FELIU, J.: *Brujos y aprendices. Los riesgos del desarrollo en la responsabilidad del producto*, Marcial Pons, Barcelona, 1999.

SÁNCHEZ MORÓN, M.: "Consideraciones generales sobre el Estatuto Básico del Empleado Público", en AAVV, *El Estatuto Básico del Empleado Público y su desarrollo legislativo*, Universidad de Zaragoza, 2007.

SERIGO SEGARRA, A. y PORRAS ORÚE, P.: *La planificación de la asistencia hospitalaria en España*, Patronato Nacional de Asistencia Psiquiátrica, Madrid, 1966.