



Fecha de recepción: 02/11/2016 - Fecha de aceptación: 07/11/2016

CÓMO AFECTAN LAS NUEVAS FORMAS DE GESTIÓN DEL SISTEMA SANITARIO ESPAÑOL AL PERSONAL SANITARIO

HOW DO THEY AFFECT THE NEW FORMS OF MANAGEMENT OF THE
SPANISH SANITARY SYSTEM TO THE HEALTH PERSONNEL

Sara Muñoz González

Miembro del Equipo de Trabajo del Proyecto de Investigación I+D "Variables para una moderna política criminal, superadora de la contradicción expansionista/reduccionista de la pena de prisión" (Der 2012-35860)

Máster Oficial Universitario en Derecho Sanitario, Bioética y Derecho a la Salud en la Unión Europea por la Universidad de Granada

RESUMEN

La evolución normativa, nos ayuda a percatarnos de que la incorporación de diferentes figuras de gestión al ordenamiento jurídico no es tan reciente, se han venido utilizado desde los años 90 la gestión indirecta en este sector. La normativa da plena legitimidad a la utilización de cualquier forma de gestión, esto es, que la prestación y gestión de los servicios sanitarios podrá llevarse a cabo, además de con medios propios



de la Administración, mediante acuerdos, convenios o contratos, con personas o entidades públicas o privadas, que estuvieran admitidas en Derecho y siempre garantizando y preservando su condición de servicio público.

La Administración Pública puede utilizar la forma de gestión que considere adecuada, sin incidir ni cambiar la naturaleza pública del servicio, no obstante, sí existen diferencias de calado o sustantivas que pueden afectar a la gestión de los servicios.

En relación al régimen jurídico sobre cómo afectan las nuevas formas de gestión al personal sanitario, realizaremos un estudio de las diferentes figuras del personal sanitario dependiendo del centro donde se integren para su actividad si el mismo está gestionado en gestión directa, directa descentraliza o indirecta. Así como, un caso especial, que provoca como hemos podido comprobar un perjuicio notable para el personal sanitario. Podemos advertir, que cuando se integra una gestión indirecta en un centro nuevo no provoca tanta problemática, sin embargo cuando se produce un cambio de gestión sí. En estos casos, se genera un perjuicio al estatutario que debe optar por solicitar una excedencia especial y suscribirse con un contrato laboral para poder permanecer en el mismo centro, o bien solicitar un traslado (puede ser fuera del Área de Salud si no hubiera centro en gestión directa más cercano), incluso advertimos la posibilidad de que si el mismo mantienen su excedencia podría perder su condición de funcionarios con el tiempo.

PALABRAS CLAVE

Personal sanitario; Gestión directa sanitaria; Gestión indirecta sanitaria; Derecho Sanitario

ABSTRACT

The normative evolution, helps us to notice that the incorporation of different figures of management of the legal system is not so recent, they have come used from the 90s the indirect management in this sector. The regulation gives full legitimacy to the use of any form of management, this is, that the service and management of the health services will be able to carry out, in addition to with proper means of the Administration, through agreements, conventions or contracts, with persons or public or private entities, which



were admitted into law and always guaranteeing and preserving its public service condition.

The Public administration can use the form of management that was considered to be suitable, without affecting nor change the public nature of the service, nevertheless, openwork differences exist or substantive that can affect to the management of the services. As regards the legal system, on how do they affect the new forms of management of the sanitary personnel, we will realize a study of the different figures of the health personnel depending on the center where they integrate for its activity if the same one is managed indirect, direct management it decentralizes or innuendo. As well as, a special case, which it provokes as we could have verified a notable damage for the health personnel. We can warn, that when an indirect management integrates into a new center it does not provoke so much problems, nevertheless when a change of management takes place yes. In these cases, a damage is generated to the statutory staff who must choose to request a special leave and subscribe with a labor contract to be able to remain in the same center, or request a transfer (it can be out of the Area of Health if there was no more nearby center in direct management), we even warn the possibility of that if the same one they maintain its leave might lose its officials' condition with the time.

KEY WORDS

Health Personnel; Health direct management; Indirect health management; Health law

CÓMO AFECTAN LAS NUEVAS FORMAS DE GESTIÓN DEL SISTEMA SANITARIO ESPAÑOL AL PERSONAL SANITARIO:

Sumario: **I. CUESTIONES QUE PLANTEA LA GESTIÓN DIRECTA E INDIRECTA.** A) Aplicación de la gestión: situación actual de los servicios públicos sanitarios. B) Creciente externalización de la gestión de los servicios públicos sanitarios: casuística que genera la concesión. **II. ANÁLISIS COMPARADO DE LAS TÉCNICAS DE FLEXIBILIDAD EN LA GESTIÓN DEL PERSONAL MÉDICO AL SERVICIO DE HOSPITALES DE TITULARIDAD PÚBLICA, DIFERENCIANDO LOS DE**



GESTIÓN DIRECTA Y LOS DE GESTIÓN PRIVADA. A) Hospitales gestionados por la Administración: estudio del régimen jurídico del personal estatutario y del personal laboral. B) Hospitales de gestión privada: estudio del régimen jurídico de los empleados. C) Comparativa de la flexibilidad de entrada y salida del personal en los hospitales de gestión directa y en hospitales de gestión indirecta. D) Análisis del régimen jurídico del personal en el supuesto en el que un hospital de gestión directa pasa a ser gestionado por una empresa privada. **III. CONCLUSIONES**

I. CUESTIONES QUE PLANTEA LA GESTIÓN DIRECTA Y LA INDIRECTA

El servicio público sanitario es susceptible de ser prestado por gestión directa o indirecta. La gestión directa es aquella llevada a cabo enteramente por la principal Administración titular del servicio, es decir, que se encarga la Administración por sí misma, por sus propios medios y a través de sus órganos para prestar el servicio. Esta modalidad de gestión se caracteriza porque la Administración actúa a través de su propia estructura y organización, se identifica y unifica la Administración titular y la entidad gestora del servicio, a diferencia de lo que sucede con la gestión indirecta. En esta modalidad de gestión la Administración aporta el capital, es decir, financia el servicio y soporta el riesgo. La prestación del servicio corre enteramente a riesgo de la Administración, a diferencia de las modalidades de gestión indirecta. Así mismo, es responsable la Administración titular del servicio que responderá de los daños y perjuicios que pueda causar el funcionamiento del servicio a los particulares.

Dentro de la modalidad de gestión directa podemos diferenciar dos subtipos de gestión¹: la gestión directa centralizada y la gestión directa descentralizada. En el primero supuesto el servicio se gestiona dentro de la propia organización administrativa del ente público titular del servicio, mientras que en el segundo no se presta la gestión directamente por la Administración titular del servicio, sino que dota de personalidad

¹ VILLAR ROJAS, F. J., “Responsabilidad en la gestión directa. Especial referencia a las nuevas fórmulas de gestión: Fundaciones”, *DS: Derecho y salud*, Vol. 8, Nº. 1, 2000. Pág. 2



jurídica a un ente, organismo o entidad específica, esto es, que lo descentraliza institucionalmente.

Mientras que la gestión indirecta es cuando la Administración transfiere y encarga estas funciones a otra persona física o jurídica, normalmente privada a través de un contrato de gestión de servicio público. La gestión indirecta se admite siempre que los servicios "tengan un contenido económico que los haga susceptibles de explotación por empresarios particulares", y además, que los servicios no impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos (art. 275 Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, en adelante TRLCSP), pero en el caso que nos ocupa, la sanidad es un servicio social de interés general² cuya actividad no implica ejercicio de autoridad y que sea susceptible de contraprestación económica característica que también cumple el servicio sanitario.

La gestión indirecta implica que la gestión y prestación del servicio público sea realizada por el sector privado, manteniendo la Administración pública la titularidad del servicio público, mediante alguno de los tipos de contratación externa establecidos en el art. 277 del TRLCSP.

Todas las modalidades de gestión indirecta se instrumentan a través de un contrato administrativo con un sujeto privado, por lo que no implica creación de estructura organizativa por parte de la Administración a excepción de la sociedad de economía mixta.

Dentro de la gestión indirecta de servicios sanitarios públicos nos encontramos con las distintas modalidades³ de gestión que recoge el art. 277 del TRLCSP. La primera es la concesión, es la gestión indirecta en la cual el empresario asume la concesión, y gestiona el servicio a su propio riesgo y ventura. La segunda es la gestión interesada, en

² El derecho a la protección a la salud se configura en nuestro país como un servicio que el Estado está obligado a prestar bajo un régimen de servicio público, y que tal como señala la LGS que entre estas características de servicio público podemos destacar, que se trataba de una actividad social que no implica ejercicio de autoridad, que es susceptible de contraprestación económica, porque la gestión indirecta se admite siempre que los servicios "tengan un contenido económico que los haga susceptibles de explotación por empresarios particulares" como establece artículo 156 de la Ley de Contratos de Administraciones Públicas de 1995, y no impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos.

³ VILLAR ROJAS, F. J., "Responsabilidad en la gestión directa ..." *op. cit.* Pág. 2



este modo, tanto la Administración como el empresario participarán en los resultados de la explotación del servicio, pero se determinará en qué proporción en el contrato.

La tercera es el concierto entre la Administración y persona natural o jurídica, que realizará prestaciones análogas a que se prestan por la Administración en relación al servicio público del que se trate. Y por último la sociedad de economía mixta, donde la Administración participa, por sí misma o por medio de una entidad pública, con personas naturales o jurídicas.

Tras el estudio de las diferentes formas de gestión, se nos plantean cuestiones tales como si existen alguna diferencia para la prestación del servicio si el mismo se presta en gestión directa o indirecta, planteará tantos problemas la gestión directa a través de los organismos o entes públicos que se rigen por el Derecho privado como pueden ocurrir con la gestión indirecta, y por último, se verán afectados los empleados del SNS ante los cambios de gestión sanitaria.

Para comenzar a esclarecer estas cuestiones debemos atender en primer lugar al término privatización de los servicios públicos. Para ello debemos realizar una diferenciación entre los diferentes tipos de “privatización”, que si bien el profesor MANÉNDEZ REXACH delimita y conceptúan desde una perspectiva jurídica administrativa⁴. De este modo, y partiendo de la lectura del profesor, podemos advertir que hay tres tipos de privatización en sentido amplio: la primera es la privatización patrimonial o material, está conlleva una atribución total de las funciones que antes eran de competencia pública al sector privado, se produce una cesión del servicio completa; en un segundo lugar podemos hablar de la privatización funcional, que es aquella que se da en gestión indirecta, es decir que la titularidad del servicio público sigue perteneciendo a la Administración pública pero la gestión de la actividad la lleva a cabo una entidad privada; y en último lugar nos encontramos con la privatización formal que es aquella donde la Administración pública ejerce sus funciones en régimen de derecho privado a través de organismo y entidades como pueden ser las entidades públicas empresariales, las sociedades mercantiles públicas o las fundaciones públicas.

⁴ MENÉNDEZ REXACH, A., “La gestión indirecta de la asistencia sanitaria pública. Reflexiones en torno al debate sobre la privatización de la sanidad”, *Revista Administrativa Sanitaria*, Vol. 6, nº 2, 2008. Pág. 271.



Si analizamos nuestro actual Sistema Sanitario, podemos advertir en relación a su gestión, que está operando tanto la privatización funcional como formal, pero no la privatización material, porque la titularidad del servicio público siempre ha pertenecido y pertenece a la Administración Pública.

De otro modo, no deberíamos de catalogar a la “privatización formal” como una privatización en sí, porque se trata de una relación instrumental del servicio público sanitario, es decir, es una prestación que sigue estando configurado como un servicio público, prestada por una entidad pública sujeta al Derecho privado. Así como tampoco a la “privatización funcional” ya que la misma supone la externalización de la gestión, que se lleva a cabo su gestión por el sector privado pero la titularidad del servicio sigue siendo pública.

Sobre la privatización funcional, que es quizás la que plantea más problemas, porque es la referida gestión indirecta, podemos argumentar que la misma se gestiona indirectamente a través de empresarios privados, pero está sujeta a control y supervisión de la Administración pública, ya que la misma mantiene la titularidad del servicio y con ello la obligación de que el servicio se preste en idéntica calidad que si se prestará en gestión directa. En cuanto a la privatización formal, recordemos también que en numerosas ocasiones la Administración gestiona el servicio mediante la creación de una entidad especializada que queda sujeto al Derecho privado, es decir, mediante una privatización formal, en régimen de Derecho privado, y tal como hemos argumentado anteriormente, ésta opción no suscita las inquietudes sociales que la gestión indirecta.

Por lo que no estamos ante una privatización en sí del Sistema Sanitario, en la medida en la que la “privatización material” no se da, ya que contamos con garantías legales y constitucionales, que impedirían el traspaso del sector público al sector privado de este servicio.

Debemos tener presente que no ha habido ningún traspaso de la titularidad del servicio público sanitario, no se ha reducido el catálogo de prestaciones para que pasen a ser objeto de actividad privada, sino que se mantiene las prestaciones sanitarias que reciban los ciudadanos de igual modo, cuando se presta el servicio en gestión directa o en gestión indirecta. Las prestaciones sanitarias siguen siendo las mismas y se proporcionan a los sujetos en exactas condiciones y con idénticas garantías, independientemente del



tipo de gestión, por tanto, podemos advertir que la naturaleza del servicio no se ve afectada.

En síntesis podemos deducir que no hay privatización material, que sería la única privatización real posible, porque la titularidad del servicio público siempre ha pertenecido y pertenece a la Administración Pública, y no se ha traspasado ninguna titularidad de funciones que sea propia del servicio público de salud al ámbito privado, por lo que podemos concluir que no existe verdadera privatización, en todo caso podríamos hablar de una externalización del servicio o de una privatización de las formas de gestión⁵.

Con ello resolvemos una de las primeras cuestiones planteadas, porque si se diera una verdadera privatización del servicio está si afectaría directamente al personal sanitario, desde el hecho de la pérdida de la figura funcional hasta las exigencias laborales que se les impondrían a los mismos.

Una de las cuestiones que se plantean en relación a la gestión indirecta es si se mantendrán los estándares de calidad del servicio o por el contrario los nuevos criterios de eficiencia del sistema podrían influir en los mismos. Porque además de los principios de regularidad y continuidad, igualdad de acceso y trato, universalidad, asequibilidad, técnica de progreso, etc., el servicio sanitario ha de ser prestado con un principio de eficiencia, se hará posible la aplicación de todos los demás principios.

En relación al término *eficiencia*, tan cuestionado en el ámbito sanitario, podemos definirlo como la efectividad del servicio a un coste razonable, es decir, que el servicio alcance sus fines pero no con un coste desproporcionado. Esta definición se ha utilizado en la doctrina jurídica en relación a la aplicación de las normas, y es quizás la definición más acertada para aplicarla al ámbito sanitario. El uso racional de los medios proporcionados por los servicios de salud será el parámetro a seguir, pretendiendo en todo caso una eficacia y efectividad en la salud con el coste necesario, evitando el consumo y la utilización de medios, productos y pruebas diagnósticas innecesarias.

En términos económicos la eficiencia técnica se define en la utilización de los mínimos *inputs* para conseguir los máximos *outputs*, esto es, utilizar los mínimos medios para alcanzar los máximos beneficios en salud. No obstante, la definición de la eficiencia

⁵ VILLAR ROJAS, J.F., “La privatización de la gestión de los servicios sanitarios públicos las experiencias de Valencia y Madrid”, *DS: Derecho y Salud*, Vol.17, nº Extra 1, 2009. Pág. 17.



técnica económica no garantiza que esa máxima sea la adecuada en el servicio sanitario, es decir, la efectiva, porque la clave está no en utilizar los mínimos medios sino utilizar solo los necesarios.

Esta diferencia ha de hacerse en base a un criterio de necesidad que implica no comercializar con la salud, ya que no es un producto valorable en términos económicos, aunque sea mejorable siempre la gestión de los medios, pero sin desvirtuar el sentido de necesidad que comporta la “salud” como bien protegido.

Respecto a los criterios de eficiencia en el servicio sanitario, existen estudios que de forma objetiva no garantizan la diferencia entre una gestión por entes públicos o por organizaciones privadas⁶. Otras investigaciones en este mismo sentido aseveran que no se puede llegar a determinar si hay una mejor eficiencia o no, pero como apunta algunos autores “fomentar la competencia entre centros (con independencia de la forma jurídica de gestión) sí podría ofrecer mejoras en sus resultados, bajo determinadas circunstancias”⁷. Una forma de potenciar la competencia entre los centros sería introducir mayor transparencia en el proceso financiero para hacer que el sistema sanitario mejore su gestión independientemente de cuál sea su forma jurídica⁸.

Al tratarse de un servicio público se debe ofrecer con los mismos estándares de calidad y seguridad, y esto debe estar garantizado en última instancia por la Administración, ya que el SNS se basa en criterios de igualdad, recibiendo la asistencia sanitaria los sujetos en las mismas condiciones, cuando sea prestada por un centro privado, o por una empresa pública como el Hospital Costa del Sol o por un centro en gestión directa que se rija solo por Derecho público. La gestión utilizada para suministrar el servicio sanitario no debería menoscabar tales principios, pero la duda social emerge cuando la gestión de un servicio público de tal calado se lleva a cabo por empresas que tienen un legítimo ánimo de lucro, entendiéndose con ello, que el servicio puede perder

⁶ MINUÉ LORENZO S., MARTÍN MARTÍN, J.J., “Gestión Privada, ¿Más Eficiente?”. *Actualización de Medicina de Familia*, Vol. 9, nº 1, 2013. Págs. 15-23

⁷ COOPER, Z., GIBBONS, S., JONES, S., McGUIRE, A., “Does competition improve public hospitals’ efficiency? Evidence from a quasi-experiment in the English National Health Service”, *Centre Economic Performancer*, Discussion Paper, nº 1125, 2012. Págs. 1-43

⁸ SÁNCHEZ, F.I., ABELLÁN, J.Mª., OLIVA, J., “Gestión pública y gestión privada de servicios sanitarios públicos: más allá del ruido y la furia, una comparación internacional”, *Real Instituto Elcano*, Documento de Trabajo 4/2013, 2013. Págs.1-13



estos estándares de calidad y seguridad en aras de un beneficio económico. Pero este servicio al igual que cualquier otro servicio público ofrecido por organizaciones privadas conlleva controles por parte de la Administración obligando a que la gestión del empresario se lleve a cabo dentro de los límites legales o contractuales.

Otros servicios públicos son gestionados por empresas privadas, como el abastecimiento del agua potable o los residuos urbanos, y la sociedad no se plantea que éstos se vayan a prestar en menor calidad o seguridad que si lo hiciera directamente la Administración, de hecho confiamos en la gestión especializada de estas empresas que cumplen con la normativa y los controles de sanidad y ambientales y que garantiza el ejercicio de tal suministro con garantías, ya que su buen funcionamiento, es lo que garantiza la continuidad y regularidad del servicio.

A) Aplicación de la Gestión: situación actual de los servicios públicos sanitarios

Hasta hace relativamente poco años, los servicios sanitarios eran gestionados en su mayoría por gestión directa, que es la forma tradicional, pero no podemos olvidar que también pueden ser gestionados a través de la gestión directa descentralizada de los servicios, en la que se pueden adoptar modalidades de gestión privada, esto es, utilizando personificaciones jurídico-privadas dependientes de la Administración, como por ejemplo sociedades mercantiles públicas o las fundaciones públicas, y también las entidades públicas empresariales que quedan sometidas a un régimen jurídico-privado, y que por supuesto se ha venido utilizando.

Igual que sucede cuando la gestión del servicio sanitario se realiza por empresas particulares mediante un contrato de gestión de servicio público. ¿Qué diferencias existen entonces entre ambas formas de gestión? En el primer caso, en una gestión directa mediante la creación de un ente especializado, ya sea una personificación jurídico-privada o una entidad pública, dicho ente o entidad pertenece al sector público y su relación con el ente matriz que la crea es una relación de pura instrumentalidad. Es decir, su actividad u objeto social, se llevará a cabo exclusivamente con los permisos que la Administración matriz imponga, y si tienen encomendada actividades de carácter público, como es el servicio sanitario, los deberán ejercer con los principios jurídico-públicos que conforman el sector público.



Sin embargo, el sector privado queda sometido a la voluntad de la Administración, ya que cuando es concedida la gestión de un servicio público, su relación con la Administración es una relación bilateral pero arbitrada mediante un contrato de gestión de servicios públicos, cuyo procedimiento no deja mucho margen de actuación al sector privado, aunque quede sometido a ciertas peculiaridades, como la aplicación de los actos separables.

Y lo vemos claramente en la preparación del contrato de gestión de servicio público, que deberá comenzar con la tramitación del expediente de contratación, que incluye los siguientes aspectos:

Motivación: Necesidades públicas a satisfacer, e idoneidad del objeto del contrato para satisfacerlas.

Pliegos de cláusulas administrativas y prescripciones técnicas, donde quedará incluido el funcionamiento del servicio.

Certificado que acredite la existencia del crédito necesario para satisfacer el precio del contrato.

Fiscalización previa favorable de la Intervención.

Justificación del procedimiento escogido.

Criterios de adjudicación.

Se podrá tramitar el procedimiento de tres formas: Ordinaria, urgente y de emergencia.

En los procedimientos ordinarios y urgentes, la aprobación del expediente supone la apertura del procedimiento de adjudicación, y ésta se puede llevar a cabo por un procedimiento abierto o restringido. En el procedimiento abierto cualquier empresario pueda presentar una proposición y convertirse en licitador del contrato, pero no se permite la negociación de los términos contractuales, es decir, el empresario tiene que aceptar las bases de contrato. En el procedimiento restringido, se exige que el órgano contratante establezca unos criterios objetivos de solvencia, esto es, que señale la capacidad económica que debe tener la persona física o jurídica para poder contratar con él. En base estos criterios seleccionará a un mínimo de 5 candidatos y éstos podrán presentar sus ofertas. Al igual que en el procedimiento abierto, no se permite la negociación entre licitadores y órgano de contratación establece los términos contractuales.



La duración del contrato se estima en el art. 278 TRLCSP, en que para la prestación de un servicio sanitario la explotación objeto del contrato será de 10 años, y será de 50 años cuando comprendan la ejecución de obras y la explotación de servicio público.

Para la adjudicación de un contrato de servicio público, en los procedimientos ordinarios y urgentes, la aprobación del expediente supone la apertura del procedimiento de adjudicación. Ahora bien existen cinco procedimientos de adjudicación diferentes, aunque por regla general, se utiliza el procedimiento abierto o el procedimiento restringido:

a) abierto.- en el que puede participar cualquier empresario y prestar proposiciones, quedando excluida toda negociación de los términos del contrato.

b) restringido.- solo se pueden presentar los empresarios previamente seleccionado por la Administración, en atención a su solvencia, previa solicitud de tal información. Seleccionando un mínimo de cinco candidatos que podrán presentar proposiciones. También queda excluida toda negociación de los términos del contrato.

c) negociado.- solo es aplicable en supuestos expresamente tasados, donde el órgano de contratación efectúa consultas con diversos candidatos, negociando sus condiciones con los licitadores. Se requiere solicitar ofertas a un mínimo de tres empresas capacitadas. Cuando se adjudica a un empresario la Administración tiene que justificar su elección.

d) diálogo competitivo.- tras el anuncio de la Administración contratante que solicita los servicios de empresas privadas o personas físicas, para solventar necesidad que quizás por su tecnicismo o especialización la Administración requiere que sean los licitadores los que hagan las ofertas que ofrezcan soluciones a tal necesidad dotando así el objeto del contrato. Para acceder a este dialogo la Administración también hará una selección previa para aquellos licitadores que puedan participar en el mismo. Una vez concluido el dialogo competitivo se efectuara la adjudicación del contrato teniendo en cuenta en las ofertas la calidad-precio⁹.

⁹ En el proceso del dialogo competitivo los poderes adjudicadores darán a conocer sus necesidades y los requisitos que exigen, así como los criterios de adjudicación. A partir de aquí entablaran el diálogo que los participantes seleccionados con el objetivo de determinar y definir el objeto del contrato y los medios más idóneos para satisfacer las necesidades de la Administración en cada caso. Tras declarar cerrado el diálogo



e) concurso de proyectos.- es un procedimiento dedicado a la obtención de planos o proyectos, principalmente en los campos de la arquitectura, el urbanismo, la ingeniería y el procesamiento de datos. Tras la licitación, un Jurado independiente emite un dictamen con el proyecto y de este modo el órgano de contratación adjudicará el contrato. Aunque el órgano contratante puede disponer algo diferente sobre los proyectos presentados y elegir otro, pero en ese caso tendrá que motivar el porqué de su elección.

B) Creciente privatización de la gestión de los Servicios Públicos Sanitarios: Casuística que genera la Concesión

El artículo 43.1 de la Constitución Española reconoce el derecho a la protección de la salud y para hacerlo efectivo, el párrafo segundo dispone que compete a los poderes públicos “organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios”. De este modo, de acuerdo con dicho precepto constitucional, y con su normativa de desarrollo, la LGS, que establece “la regulación general de todas las actuaciones que permitan hacer efectivo el derecho a la protección de la salud reconocido en el artículo 43 y concordantes de la Constitución”, podemos establecer que nuestro ordenamiento jurídico atribuye a la Administración pública la garantía y protección del servicio sanitario. Y para hacer efectivo este derecho a la protección de la salud, la LGS establece un modelo integral que comprende todas las actividades y las instituciones públicas dedicadas a velar por la garantía de dicho derecho, mediante la creación del Sistema Nacional de Salud.

Partiendo de esta idea podemos afirmar la naturaleza pública del Sistema Nacional de Salud, aunque ante la actual crisis económica se están ideando y creando algunas fórmulas de externalización en el marco de las formas de gestión de funciones y tareas públicas. Es decir, la actividad sanitaria pública tiene titularidad pública, como hemos señalado anteriormente, pero es perfectamente susceptible de gestión indirecta

e informar a los participantes de ello, se abrirá un periodo para que presente su oferta definitiva, basada en las propuestas ya presentadas en el diálogo. Se evaluarán las ofertas en función de los criterios de adjudicación establecido en el anuncio. A petición del Administración adjudicadora, se podrán llevar a cabo negociaciones con el licitador que haya presentado mejor oferta relación calidad-precio, sin que afecte estas negociaciones a aspectos fundamentales de la contratación pública.



mediante centros privados, y algunas formas de gestión pueden suscitar inquietudes e incertidumbres que abarcaremos a lo largo del presente estudio.

La creciente privatización de la gestión sanitaria parte de la crisis económica en la que está inmerso nuestro país. La necesidad de mantener los servicios sanitarios públicos, con las mismas prestaciones y con los mismos estándares de calidad y seguridad, han llevado a los sistemas sanitarios a optar por tipos de gestión indirecta, por concesión de servicios y concesiones de obras públicas que han generado el mantenimiento económico sostenible de la asistencia sanitaria como servicio de interés público, ya que estos deben ser prestado por los poderes públicos y es responsabilidad de ellos el mantenimiento y la ejecución del servicio. Es por ello, que se ha optado por la generación de iniciativas privadas, en el caso de la concesión de obra pública es claro la necesidad de construir más centros sanitarios, algo que la Administración pública no podía asumir como gasto individualmente. La creación de estos nuevos centros en zonas más cercanas a la población, ha facilitado el acceso de muchas personas que antes tenían que desplazarse. Y en relación con la gestión indirecta de los servicios sanitarios, como es el caso de los conciertos, han supuesto un incremento en la mejora de la organización y la eficiencia del sistema.

Este cambio en la forma de gestionar el servicio público sanitario ha generado un enorme debate social en el que han intervenido la doctrina científica, la jurisprudencia, los ciudadanos y los profesionales y cargos de gestión sanitaria. Hay posturas encontradas en ello. Unas positivas y otras contrarias al hecho, de que la gestión de un servicio público de tanta importancia social, pueda llevarse a cabo mediante por una empresa privada, al entender que, en muchos casos, pueden implicar límites y menoscabo al derecho a la protección de la salud.

Pero si analizamos el contenido de la concesión como una encomienda al sector privado de la prestación de una actividad calificada como servicio público, sometido al control, y dirección del órgano administrativo contratante, que mantiene sobre la actividad la potestad de asegurar la buena marcha del servicio. No podemos llegar a la conclusión que quien maneja el desarrollo y el funcionamiento del servicio, es la propia Administración titular del servicio.



Pues no debemos dudar que la concesión es una gestión indirecta fuertemente intervenida, sujeta a la constante intervención de la Administración mediante los siguientes instrumentos jurídicos¹⁰:

a) Suspensión del servicio.- implica paralizar o interrumpir temporalmente la ejecución del contrato.

b) Rescate del servicio.- es la decisión unilateral adoptada discrecionalmente por la Administración concedente, dando por terminada la concesión antes del tiempo previsto a pesar de que haya habido una buena gestión del concesionario. Esta decisión unilateral debe estar debidamente motivada en la que el órgano de contratación pone fin a la concesión del servicio por razones de interés público. La administración concedente asume directamente la prestación del servicio.

c) Secuestro del servicio.- es una medida temporal que adopta la administración concedente para supuestos en los que el concesionario haya incurrido en una infracción grave, que ponga en peligro la buena marcha y prestación del servicio. En este caso se realiza una intervención temporal que se hace del servicio, y sus gastos correrá a costa del concesionario.

d) Caducidad del servicio.- supone la extinción anticipada de la concesión, siendo un supuesto de resolución contractual, producida por una infracción gravísima de las obligaciones esenciales del concesionario. También suele ser un mecanismo que se usa cuando se ha producido un secuestro previo en relación a una infracción del concesionario, éste vuelve a incurrir en la misma infracción u otra similar.

Otro aspecto a tratar, en este caso, en relación a la financiación de la concesión es el hecho de que estas concesiones que implican un largo tiempo de amortización, no han sido tratados por el legislador de forma correcta, y al incumplir con la previsión de aprobar una ley que regule las distintas modalidades de captación de financiación por los concesionarios de obras públicas o mediante el contrato de colaboración público-privada.

Y otro problema a resaltar es al incumplimiento de las obligaciones de pago por parte de las Administraciones públicas a los concesionarios y contratistas. En los contratos administrativos se contempla la opción de la suspensión del contrato, facultad

¹⁰ VILLALBA PÉREZ, F., “La concesión de servicios, nuevo objeto de regulación del Derecho comunitario. Directiva 2014/23/UE de 26 de febrero de 2014 relativa a la adjudicación de contratos de concesión”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, nº 2, 2014. Págs. 1-20



de que recae en el contratista, con la finalidad de minimizar los efectos negativos que conlleva el retraso de los pagos de la Administración. Sin embargo, cabe señalar que con la finalidad de proteger la regularidad y continuidad del servicio, nuestra normativa de contratación pública no prevé la suspensión del cumplimiento del contrato de gestión del servicio público. El art. 284 TRLCSP, establece que si la Administración no hiciera efectiva la contraprestación económica al contratista o no entregará los medios auxiliares a los que se comprometió en el contrato en un plazo concreto, el contratista tendría derecho al interés de demora a partir del vencimiento del plazo, así como de los daños y perjuicios sufridos de conformidad con el art. 216 TRLCSP. Y en art. 286 del TRLCSP establece el plazo de 6 meses a partir del cual, el contratista podrá instar la resolución del contrato.¹¹

Cuando se produce la suspensión de un servicio por incumplimiento de pago por parte de la Administración se han producido casos de intervención del servicio, como por ejemplo el secuestro, haciendo recaer la financiación del servicio secuestrado en el contratista porque éste suspendió el servicio ocasionado graves perturbaciones en la prestación del servicio público (art. 285 del TRLCSP). Cuando en realidad estamos ante un caso de resolución del contrato de gestión de servicios por una demora superior a 6 meses en el pago por parte de la Administración.

Al ser la Administración la encargada de velar por el interés público, y del mantenimiento y buena marcha del servicio público, tiene prioridad en la aplicación de dichas causas de resolución.

Remitiéndonos a la casuística, que ha generado la concesión en el servicio sanitario, partimos del caso que se suscitó en la Comunidad Autónoma Valenciana la decisión de otorgar una concesión para la construcción y explotación del hospital de Alcira, y por ello ha terminado por dar nombre genérico a esta forma de gestión indirecta del servicio público sanitario (el llamado “modelo Alcira”)¹².

¹¹ VILLALBA PÉREZ, F., “La concesión de servicios, nuevo objeto de regulación del Derecho comunitario. ...”, op., cit. Pág. 11

¹² DOMÍNGUEZ MARTÍN, M., “Formas de gestión en el Sistema Nacional de Salud: de la Ley General de Sanidad a las fórmulas de colaboración público-privadas”, Tratado de Derecho Sanitario, Vol. I, Thomson Reuters – Aranzadi, Pamplona, 2013. Págs. 424-430



La STSJ de la Comunidad Valenciana, de 20 de diciembre de 2001 (Rec. Contencioso-administrativo, núm. 23/1997) se cuestiona si es legal la figura de la concesión en sí misma para gestionar el servicio público sanitario y los centros sanitarios. Esta sentencia fue recurrida en casación ante el Tribunal Supremo que se pronunció a través de la STS de 20 de diciembre de 2005 (RJ 2006, 4212), respaldando las afirmaciones realizadas por el tribunal de instancia, el cual parte de que la Constitución (art. 41 y 43 CE) no impone un determinado modelo de gestión y prestación de la asistencia sanitaria, pudiendo el legislador optar por uno u otro: gestión pública, privada o mixta, siempre que se garantice suficientemente la prestación del servicio sanitario.

Siguiendo la Doctrina del TC (STC 37/1994, de 10 de febrero), el art. 43 CE recoge la prestación del servicio de salud como un derecho de estricta configuración legal, disponiendo de libertad para modular la acción protectora del sistema y sin que el carácter público quede cuestionado por la incidencia en él de fórmulas de gestión a través de la concesión, que no es una figura privatizadora admitida y prevista por la ley 15/1997 que habilita para la utilización de nuevas formas de gestión del sistema Nacional de Salud (FD 6º). Es una cuestión interesante de reseñar, el hecho de que se determine que la concesión no es una figura privatizadora sino que ésta está admitida en nuestro ordenamiento jurídico y es simplemente una modalidad de gestión indirecta autorizada por la ley, que permite la prestación de un servicio sometido a los controles oportunos de la Administración Pública, y titular del servicio, que no pierde éste en ningún caso la titularidad pública¹³.

La citada Ley hace referencia “en los términos previstos en la Ley General de Sanidad”, lo que no puede ser entendido como referencia a los modos de gestión previstos en la propia LGS, “pues ello sería tanto como dejar sin efecto esa habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud que la norma posibilita”.

Concluye el Tribunal Supremo afirmando que “esa referencia a la LGS se ha de interpretar y aplicar del único modo congruente, estimando que esa referencia deja en vigor, las nuevas formas de gestión que la nueva norma autoriza, siempre que se respeten y salvaguarden los derechos de los usuarios, a que se refiere la LGS, que apliquen las nuevas formas de gestión autorizadas por la Ley pero cuidando que ello no redunde en

¹³ VILLAR ROJAS, J.F., “La privatización de la gestión de los servicios sanitarios públicos...”, op., cit. Págs. 1-22



perjuicio del usuario del servicio; que se otorgue un servicio con las adecuadas garantías y sometidas a los controles oportunos”.

El Tribunal afirma que las prestaciones sanitarias son necesarias para la vida social, y por ello la presta el Estado, lo que no implica ejercicio de soberanía, ni ejercicio de autoridad. El Estado, no impone coactivamente a los ciudadanos la asistencia sanitaria, sino que como titular del servicio público ofrece unas prestaciones públicas a los ciudadanos.

Esta iniciativa de la Comunidad Valenciana constituyó una novedad, ya que hasta entonces se construía los centros sanitarios públicos mediante contrato de obras, y en este caso la forma de construcción fue a través de concesión de obra pública.

Otro caso muy reciente y de gran relevancia es el de la Comunidad de Madrid. El Presidente de la Comunidad de Madrid anuncia el 31 de octubre de 2012 un Plan de Medidas de Garantía de la Sostenibilidad del Sistema Sanitario Público de la Comunidad de Madrid¹⁴, en el que se concretan medidas, tales como: la externalización de la actividad sanitaria en 6 hospitales; concesión de la prestación de la asistencia de Atención Primaria en el 10% de los Centros de Salud; y la externalización de servicios no sanitarios de las áreas de los centros sanitarios.

Aunque el proceso de adjudicación de los hospitales fue suspendido por primera vez y de forma cautelar por el TSJM el pasado año, cuando todavía no se había resuelto la adjudicación y a instancias de un recurso. No obstante, la paralización se levantó días después al considerar el TSJM, que las partes no tenía legitimación para presentar dicho recurso. De este modo al mes siguiente, la Consejería de Sanidad concluyó la adjudicación de la gestión de tres hospitales (Infanta Sofía, Infanta Cristina y el del Tajo). El traspaso de la gestión no se produjo porque, en septiembre, un tribunal ordinario y el TSJM después concedieron la suspensión cautelar del concurso.

En enero de 2014, el presidente de la Comunidad de Madrid, anunció la renuncia definitiva de su Gobierno a llevar adelante el plan para privatizar la gestión de los seis hospitales públicos, cuando el último de estos fallos judiciales del TSJM ordenó mantener la suspensión cautelar del concurso que en agosto de 2012 adjudicó a las empresas¹⁵.

¹⁴ Que plantea medidas que han sido recogidas en la Ley 8/2012, de 28 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas, de la Comunidad de Madrid.

¹⁵ “Sanidad renuncia definitivamente a la privatización hospitalaria”, EL PAÍS, 11 de abril de 2014.



El 10 de julio de 2013 el Tribunal Superior de Justicia de Madrid acordó la paralización cautelar urgente de la Resolución que iba a permitir la entrada de empresas privadas en la gestión de esos 6 hospitales de la Comunidad de Madrid (Infanta Sofía, Infanta Leonor, Infanta Cristina, del Henares, del Sureste y del Tajo).

Las que las empresas concesionarias debían constituir abordar las obras de renovación completa de esos establecimientos sanitarios y, como contraprestación, recibirán la explotación de los servicios no sanitarios de esos centros hospitalarios.¹⁶

Al personal se le daba la opción de pedir una excedencia como funcionarios, y pasan a ser personal contratado de la empresa o bien pedir un traslado de destino a otro centro de gestión directa (para empleados fijos estatutarios o no, los no fijo debían acogerse a la cláusula de subrogación necesaria). Hecho que se impugna mediante un recurso por las asociaciones sanitarias, al que se le suman ciudadanos que eran pacientes de dichos centros. A los trabajadores de los centros afectados se les admite el recurso por estar legitimados, al ser afectados directamente, pero no se admite como parte a los pacientes porque dicen que estos no se verán afectados, ya que el servicio sanitario se prestará en las mismas condiciones de calidad y garantías.

La concesión genera ciertos problemas en el ámbito sanitario porque es una figura en el que el concesionario corre con el riesgo y ventura de todo, y cuyo objeto como empresario es el ánimo de lucro, estas consecuencias hicieron que la propuesta generará desconfianza sobre la prestación del servicio sanitario.

II. ANÁLISIS COMPARADO DE LAS TÉCNICAS DE FLEXIBILIDAD EN LA GESTIÓN DEL PERSONAL MÉDICO AL SERVICIO DE HOSPITALES DE TITULARIDAD PÚBLICA, DIFERENCIANDO LOS DE GESTIÓN DIRECTA Y LOS DE GESTIÓN PRIVADA

El objeto del presente epígrafe parte de la necesidad de conocer el complejo sistema de relaciones laborales que atañe al personal médico en función de su estatuto jurídico; partiendo de la premisa de que las relaciones laborales en nuestro el SNS presentan un marco complejo que se caracteriza por la coexistencia de desiguales

¹⁶ VILLALBA PÉREZ, F., “La concesión de servicios, nuevo objeto de regulación del Derecho comunitario. ...”, op., cit. Pág. 11



regímenes jurídicos aplicables a los distintos tipos de personal que presta servicio en las instituciones y centros sanitarios. Su necesidad en relación con la presente investigación, se debe a que uno de los elementos que se ven íntimamente afectados ante el cambio de gestión (en especial de una gestión que venía siendo pública y pasa a gestionarse por el sector privado), es la posición jurídica de los trabajadores sanitarios. En especial nos centraremos en los médicos, aunque puede ser extensible gran parte de lo aquí expuesto a otros profesionales del sector sanitario. Es fundamental, por tanto, esclarecer la diferencia que se presenta para los médicos cuando ejercen su profesión en un hospital en gestión directa o en gestión indirecta. Para ello partiremos del análisis diferenciado de estos dos ámbitos, prosiguiendo después a exponer las conclusiones sobre las garantías profesionales que tienen en uno u otro hospital y realizar a la luz de ello propuestas de mejora normativa.

Los recursos humanos en nuestro SNS venían agrupándose bajo diferentes regímenes jurídicos (funcionarial, estatutario y laboral). Esta es una de las peculiaridades del Sistema Sanitario: la coexistencia de regímenes jurídicos diferentes y la presencia mayoritaria de personal vinculado por una relación *“híbrida, con elementos propios y otros tomados de la normativa de función pública o laboral”*.¹⁷

Los diferentes tipos de personal que forman parte del SNS en función de su vinculación jurídica, su tipo de nombramiento, su titulación y funciones presentan un régimen jurídico distinto y por lo tanto tendrán diferentes normas de aplicación (que analizaremos más adelante) relativas a la adquisición y pérdida de la condición de empleado de un servicio público de sanidad, así como el régimen de derechos y deberes y funciones de este personal, que forman cualitativa y cuantitativamente la base del Sistema en materia de recursos humanos. Los profesionales que prestan servicios en las instituciones del SNS forman parte del amplio colectivo de los empleados públicos. Categoría como hemos visto que no es uniforme al comprender diferentes regímenes jurídicos: funcionarial, estatutario (como categoría de “funcionario especial”) y laboral.

La verdadera expansión de la cobertura sanitaria en España, surge con la asistencia sanitaria individual que comienza a ser objeto de cobertura a través de la Ley del Sistema

¹⁷ LARIOS RISCO, D. y SEGURA GARCIA B., “Tema 10.2: El marco jurídico de las relaciones laborales en el sistema nacional de salud”, *Unidades Docentes de la Escuela Nacional de Sanidad*, Madrid, 2012, pp. 3



de Seguridad Social de 14 de diciembre de 1942 por la que se establece el SOE, sistema de cobertura de los riesgos sanitarios a través de una cuota vinculada al trabajo.¹⁸ Y es a raíz de la normativa de Seguridad Social que acabamos de mencionar, la que configura el régimen estatutario al disponer que la relación entre las Entidades Gestoras de la Seguridad Social y el personal a su servicio se regularía por lo establecido en los Estatutos de Personal aprobados por el Ministerio.

Tras la aprobación de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la Función Pública, se produjo la separación entre los regímenes de funcionarios y estatutarios, que a pesar de incluir en su ámbito de aplicación al personal funcionario de la Seguridad Social y exigir al Estado la homologación del régimen de dicho personal con el de la Administración civil del Estado, respetó el régimen estatutario del personal al servicio de las instituciones sanitarias de la Seguridad Social (disposición transitoria 4ª) admitiendo expresamente la posibilidad de dictar normas específicas para este colectivo (art. 1.2).

La LGS, en su artículo 84.1, encomendó al Gobierno la elaboración de un Estatuto marco del personal sanitario, que no llegó a realizarse hasta bien pasados unos años con la aprobación de la EM en 2003. Durante ese periodo de tiempo desde la publicación de la LGS hasta la aprobación del EM, se fueron aprobando numerosas normas que aún algunas se encuentran en vigor.¹⁹

Tras la entrada en vigor del EM, y la aprobación unos años más tarde del EBEP, la relación estatutaria se configura como “*como una relación funcional de carácter especial, a la que resultan de aplicación tanto su normativa específica, como la*

¹⁸ NAVARRO ESPEJO, A.J. “El sistema Nacional de Salud (I): organización y funciones”, *Tratado de Derecho Sanitario*, Volumen I, Thomson Reuters- Aranzadi, 2014, pp. 329

¹⁹ Real Decreto-ley 3/1987, de 11 de septiembre, sobre retribuciones del personal estatutario; Real Decreto 1181/1989, de 29 de septiembre, sobre reconocimiento de servicios previos al personal estatutario; Real Decreto-Ley 1/1999, de 8 de enero, sobre selección de personal estatutario y provisión de plazas en las Instituciones Sanitarias; Ley 30/1999, de 5 de octubre, de selección y provisión de plazas de personal estatutario de los Servicios de Salud; Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del SNS, cuyo capítulo III se refiere a los profesionales; y Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias.

normativa general aplicable al conjunto de los empleados públicos, en un esquema de fuentes jurídicas estatales, autonómicas y convencionales.”²⁰

A todo esto hay que añadir la contratación de personal laboral por parte de los centros e instituciones del SNS, sometido a las reglas del ET y toda su normativa de desarrollo.

Es esencial tener en cuenta que, tanto la normativa del EBEP como la del EM, son básicas y que integran toda esta complejidad del régimen jurídico aplicable a este tipo de personal.

Por tanto, el EBEP no desautoriza el texto legal del EM del Personal Estatutario de los servicios de salud. Ahora bien, sí se constatará que hay algún precepto del EM claramente contrapuesto a otro del EBEP y que no pueda ser interpretado conforme a éste, habría que entender que aquel precepto anterior ha sido derogado por el posterior.

Cuadro: Condición de norma básica

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

²⁰ LARIOS RISCO, D. y SEGURA GARCIA B., “Tema 10.2: El marco jurídico de las relaciones laborales en el sistema nacional de salud”, *Unidades Docentes de la Escuela Nacional de Sanidad*, Madrid, 2012, pp. 3

Fuente: cuadro extraído de PÉREZ GÁLVEZ, J. F., *Incidencia del Estatuto Básico del Empleado Público en el acceso al empleo del personal de los servicios de salud*, INAP, Madrid, 2011, pág. 313.²¹

A continuación, realizaremos una comparativa por separado de los diferentes regímenes jurídicos en los que se puede catalogar a los médicos, en relación a si es un hospital en gestión directa o en gestión indirecta, ya que la gestión determinará el Derecho aplicable en el caso de los empleados, y por tanto, en un hospital de gestión indirecta regirá el ET mientras que un hospital en gestión directa tiene otras peculiaridades como ahora expondremos.

A) Hospitales gestionados por la Administración: estudio del régimen jurídico del personal estatutario y del personal laboral

En cuanto al régimen jurídico aplicable al personal que presta sus servicios en hospitales públicos siempre que tengan el carácter de funcionarios, debemos señalar como norma clave de su estatuto jurídico-profesional el EBEP²², que se define como la norma que contiene los principios generales aplicables al conjunto de las relaciones de empleo público, aquello que es común al conjunto de empleados de todas las Administraciones públicas.

El EBEP, como refleja su Exposición de motivos, establece los principios generales aplicables al conjunto de las relaciones de empleo público, empezando por el de servicio a los ciudadanos y al interés general, ya que la finalidad primordial de cualquier reforma en esta materia debe ser mejorar la calidad de los servicios que el ciudadano recibe de la Administración. Por ello, define al empleado público como

²¹ PÉREZ GÁLVEZ, J. F., *Incidencia del Estatuto Básico del Empleado Público en el acceso al empleo del personal de los servicios de salud*, INAP, Madrid, 2011, Pág. 313.

²² LARIOS RISCO, D. y SEGURA GARCIA B., “Tema 10.2: El marco jurídico de las relaciones laborales ...”, op., cit., pp.4



aquellos que, siempre en el marco de los preceptos del EBEP que así lo dispongan, desempeñan funciones retribuidas en las Administraciones Públicas al servicio de los intereses generales (artículo 8.1 del EBEP). Del personal laboral, el EBEP no recoge nada o muy poco. Todo lo referente a este colectivo lo remite a la legislación laboral, o a lo que se determine en los respectivos Acuerdos o Convenios. Por tanto, para el personal laboral que preste sus servicios dentro del ámbito de un hospital público, el régimen jurídico aplicable será –aparte del EBEP- el propio del personal laboral al servicio de empresas privadas y por tanto el ET y normativas complementarias, así como los respectivos convenios colectivos aplicables fruto de la autonomía colectiva e individual siempre en el marco de los preceptos del EBEP que así lo dispongan. El art. 1 del ET excluye de su ámbito de aplicación la relación de servicio de los funcionarios públicos y determina que ésta se regulará por el Estatuto de la Función Pública, así como la del personal al servicio del Estado, las Corporaciones locales y las entidades públicas autónomas, cuando, al amparo de una Ley, dicha relación se regule por normas administrativas o estatutarias.

Dentro de los empleados públicos encontramos la siguiente clasificación. Todos estos tienen la condición de empleado público:

- a) Funcionarios de carrera.
- b) Funcionarios interinos.
- c) Personal laboral, ya sea fijo, indefinido no fijo de plantilla o temporal.
- d) Personal eventual

Dentro del personal funcionario de carrera se entenderá comprendido el personal estatutario de los Servicios de Salud que comprende según su titulación y funciones a:

- a) Profesionales sanitarios titulados.
- b) Profesionales del área sanitaria de formación profesional.
- c) Personal de gestión y servicios: aquel que desarrolla funciones de gestión o para el desarrollo de profesiones u oficios que no tengan carácter sanitario.

El personal estatutario de los servicios de salud queda encuadrado en el EBEP del siguiente modo: *“El personal docente y el personal estatutario de los Servicios de Salud se regirán 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 III, salvo el artículo 20, y los artículos 22.3, 24 y 84.”

Junto al EBEP, es de gran importancia el EM del Personal Estatutario y los Estatutos Específicos del personal médico, así como la normativa autonómica referida a los Servicios Autonómicos de Salud.

El EM convive con diversas disposiciones normativas de ámbito autonómico reguladoras de la relación estatutaria de prestación de servicios de este tipo de personal, pero que, por las limitaciones propias de este tipo de TFM, no son objeto de estudio en el presente y por tanto no nos vamos a detener en ellas.

B) Hospitales de Gestión Privada: estudio del régimen jurídico de los empleados

Si estudiamos el personal laboral que presta sus servicios en hospitales de gestión privada debemos acudir al ET.

Como ya hemos comentado anteriormente para establecer su ámbito de aplicación acudimos al art. 1 ET que recoge la aplicación del ET a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario. Dicho artículo excluye expresamente dentro del ámbito de aplicación la *“relación de servicio de los funcionarios públicos, que se regulará por el Estatuto de la Función Pública, así como la del personal al servicio del Estado, las Corporaciones locales y las entidades públicas autónomas, cuando, al amparo de una Ley, dicha relación se regule por normas administrativas o estatutarias”* art. 1.3 a). Es decir, para el personal laboral que presta sus servicios en hospitales públicos el régimen jurídico aplicable será igual que para los trabajadores que presten sus servicios en empresas privadas, por tanto la flexibilidad de entrada y salida del personal laboral en los hospitales de gestión directa e indirecta van a ser idénticos, lo que va a dar lugar a diferencias es en relación al personal funcional –y laboral- de gestión directa, a los cuales se les aplicará la normativa del EBEP.

En relación a los centros sanitarios en gestión indirecta, esto es, dirigidos y gestionados por empresas privadas, éstas pueden contratar al personal laboral, que como hemos expuesto está sujeto al ET. Puede ser a través de un contrato de trabajo en el caso de ejercicio dependiente de la empresa, o bien un contrato de prestación de servicios a un



profesional por cuenta propia (en este caso, se registraría mediante contratos civiles o mercantiles).

De la modalidad de contratación elegida, si estamos ante un contrato de trabajo ésta relación se registraría por el art. 1.1 del ET, y se incluiría en el régimen general de la Seguridad Social. Por el contrario, a la fórmula de contrato de arrendamiento de servicios le será de aplicación los preceptos civiles y mercantiles y en su caso la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo.

C) Comparativa de la flexibilidad de entrada y salida del personal en los hospitales de Gestión Directa y en hospitales de gestión indirecta

Un punto muy interesante y que puede generar más problemática es la diferente posición de los empleados o funcionarios, en relación a las modalidades flexibles de contratación (flexibilidad de entrada) y a la extinción de contrato y despidos del personal (flexibilidad de salida). Trataremos de analizar comparativamente la posición de los trabajadores tanto en hospitales de gestión privada como pública, señalando cuáles son las diferencias (ventajas o desventajas) de pertenecer a un ámbito u otro en función de la flexibilidad de entrada y de salida.

Flexibilidad de entrada de personal en hospitales de gestión pública y privada

Por un lado, si analizamos las medidas de flexibilidad de entrada, en el supuesto de empresas privadas, el empresario podrá optar por las diferentes vías existentes dentro de las modalidades de contratación laboral²³ legalmente previstas. Es decir, el empleador podrá contratar en función de las necesidades de la empresa, siempre que se esté ante una relación jurídica entre el que presta un servicio por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de otro y el que lo recibe a cambio de una retribución. Son requisitos esenciales que exista voluntariedad, dependencia y que el servicio se preste a cambio de una retribución. El sistema empleado con carácter general será mediante la publicación de un anuncio, entrevistas, selección de personal y contratación, muy diferente de lo establecido para el sector público, como veremos más adelante.

²³ El ET recoge numerosas modalidades de contratación en función de las necesidades de la empresa, que no me voy a detener porque no es objeto de estudio, pero que existen y que podemos acudir a ellas cuando sea necesario.

En esta línea, en cuanto a las técnicas de flexibilidad de entrada para el acceso y promoción en los hospitales de gestión pública, las encontramos dentro del EM en los artículos 30 al 35²⁴, que recoge la selección del personal estatutario y su selección. El sistema de selección se caracteriza principalmente por concurso u oposición desarrollado en el art. 31. También señala el EM el procedimiento de selección de personal laboral, asimismo ofrece al personal estatutario un procedimiento de promoción interna. Incluso para la selección del personal temporal, es decir, para el desempeño de temporal de plazas de personal estatutario, se hace mediante procesos ágiles (por la necesidad de cubrir la plaza) pero siempre cumpliendo los principios de mérito, capacidad, igualdad y competencia. Y en todo caso, no podrá ser nombrado estatutario temporal si el candidato no cumple con los requisitos para ser nombrado personal estatutario fijo, que se detallan en el art. 30.5 EM²⁵. *“Por razones de necesidad, de urgencia o para el desarrollo de programas de carácter temporal, coyuntural o extraordinario, los servicios de salud podrán nombrar personal estatutario temporal. Los nombramientos de personal estatutario temporal podrán ser de interinidad, de carácter eventual o de sustitución”*²⁶. Este es el régimen que se aplicaría en un hospital de gestión directa (artículo 9 del EBEP).

La flexibilidad de entrada en el régimen funcionarial viene recogida en los arts. 30²⁷ y 35 del EM y en la disposición adicional tercera del EM, al que establecen que el

²⁴ Establece los criterios provisión de plazas del personal estatutario, así como su selección y su promoción. Se establece la convocatoria pública para selección y se determinan los requisitos de participación; se marca el sistemas de selección que se efectuará con carácter general a través del sistema de concurso-oposición; el nombramientos de personal estatutario fijo serán expedidos a favor de los aspirantes que obtengan mayor puntuación. También se recoge la selección de personal temporal que será a través de procedimiento más ágiles, pero siempre sujeto a principios de igualdad, mérito, capacidad, competencia y publicidad. Y en los preceptos finales se establece el funcionamiento de la promoción interna y de la promoción interna temporal.

²⁵ MORENO GONZÁLEZ, A. “El personal estatutario: nacimiento y extinción de las relaciones estatutarias. Selección y provisión de plazas. Situaciones administrativas”, *Tratado de Derecho Sanitario, Vol. I*, Thomson Reuters – Aranzadi, Pamplona, 2013. Pág. 1137.

²⁶ Por razones de necesidad, urgencia o para el desarrollo de programas de carácter temporal se podrá nombrar personal estatutario temporal, el procedimiento se establece en el art. 9 EM.

El art. 10 señala los principios generales que rigen los recursos humanos en el Sistema Nacional de Salud.

²⁷ Artículo 30 EM. Convocatorias de selección y requisitos de participación.



1. *La selección del personal estatutario fijo se efectuará, con carácter periódico, en el ámbito que en cada servicio de salud se determine, a través de convocatoria pública y mediante procedimientos que garanticen los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, así como el de competencia. Las convocatorias se anunciarán en el boletín o diario oficial de la correspondiente Administración pública.*

2. *Los procedimientos de selección, sus contenidos y pruebas se adecuarán a las funciones a desarrollar en las correspondientes plazas incluyendo, en su caso, la acreditación del conocimiento de la lengua oficial de la respectiva comunidad autónoma en la forma que establezcan las normas autonómicas de aplicación.*

3. *Las convocatorias y sus bases vinculan a la Administración, a los tribunales encargados de juzgar las pruebas y a quienes participen en las mismas.*

Las convocatorias y sus bases, una vez publicadas, solamente podrán ser modificadas con sujeción estricta a las normas de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

4. *Las convocatorias deberán identificar las plazas convocadas indicando, al menos, su número y características, y especificarán las condiciones y requisitos que deben reunir los aspirantes, el plazo de presentación de solicitudes, el contenido de las pruebas de selección, los baremos y programas aplicables a las mismas y el sistema de calificación.*

5. *Para poder participar en los procesos de selección de personal estatutario fijo será necesario reunir los siguientes requisitos:*

a) *Poseer la nacionalidad española o la de un Estado miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo, u ostentar el derecho a la libre circulación de trabajadores conforme al Tratado de la Unión Europea o a otros tratados ratificados por España, o tener reconocido tal derecho por norma legal.*

b) *Estar en posesión de la titulación exigida en la convocatoria o en condiciones de obtenerla dentro del plazo de presentación de solicitudes.*

c) *Poseer la capacidad funcional necesaria para el desempeño de las funciones que se deriven del correspondiente nombramiento.*

d) *Tener cumplidos 18 años y no exceder de la edad de jubilación forzosa.*

e) *No haber sido separado del servicio, mediante expediente disciplinario, de cualquier servicio de salud o Administración pública en los seis años anteriores a la convocatoria, ni hallarse inhabilitado con carácter firme para el ejercicio de funciones públicas ni, en su caso, para la correspondiente profesión.*

f) *En el caso de los nacionales de otros Estados mencionados en el párrafo a), no encontrarse inhabilitado, por sanción o pena, para el ejercicio profesional o para el acceso a funciones o servicios públicos en un Estado miembro, ni haber sido separado, por sanción disciplinaria, de alguna de sus Administraciones o servicios públicos en los seis años anteriores a la convocatoria.*

6. *En las convocatorias para la selección de personal estatutario se reservará un cupo no inferior al cinco por ciento, o al porcentaje que se encuentre vigente con carácter general para la función pública, de las plazas convocadas para ser cubiertas entre personas con discapacidad de grado igual o superior al 33 por ciento, de modo que progresivamente se alcance el dos por ciento de los efectivos totales de cada servicio*



“Acceso a puestos de las Administraciones públicas. El personal estatutario de los servicios de salud podrá acceder a puestos correspondientes a personal funcionario dentro de los servicios de las Administraciones públicas, en la forma y con los requisitos que se prevean en las normas sobre función pública aplicables. El personal estatutario que desempeñe estos puestos tendrá derecho a percibir las retribuciones correspondientes a los mismos, en la forma en que lo establezcan las normas de la correspondiente Administración pública”.

La selección podrá realizarse a través del sistema de oposición cuando así resulte más adecuado en función de las características socio-profesionales del colectivo que pueda acceder a las pruebas o de las funciones desarrollar. Cuando las peculiaridades de las tareas específicas a desarrollar y el nivel de cualificación requerida, así lo aconsejen, la selección podrá realizarse por el sistema de concurso.

Sin embargo, la selección del personal en el ámbito privado, en este caso, a los médicos, solo les será necesario la cualificación por titulación y la colegiación²⁸, porque en España los requisitos para ejercer la Medicina son tener o contar con el título de grado o licenciatura de Medicina y estar colegiado (y obviamente, no estar inhabilitado para el ejercicio de la profesión). Más específicamente, en la Ley 44/2003, de 21 de noviembre,

de salud, siempre que superen las pruebas selectivas y que, en su momento, acrediten el indicado grado de discapacidad y la compatibilidad con el desempeño de las tareas y funciones correspondientes.

El acceso a la condición de personal estatutario de las personas con discapacidad se inspirará en los principios de igualdad de oportunidades, no discriminación y compensación de desventajas, procediéndose, en su caso, a la adaptación de las pruebas de selección a las necesidades específicas y singularidades de estas personas

²⁸ Hasta que se apruebe y entre en vigor la *Ley de Servicios Profesionales* (que está en anteproyecto), se mantienen vigentes las obligaciones de colegiación preexistentes, entre las cuales se encuentran las profesiones sanitarias.

de ordenación de las profesiones sanitarias, en su art. 4.2²⁹ y 4.8³⁰ se establece la relación de requisitos para el ejercicio de la medicina.

La contratación en las empresas privadas no está sometida a la legislación pública que garantiza que se haga atendiendo a criterios de igualdad, mérito y capacidad, lo que está solo supeditado a los criterios de los órganos de dirección. En las Fundaciones, la adjudicación de plazas se decide por la gerencia y el único instrumento para la selección es la entrevista personal. En los nuevos hospitales construidos por el modelo de colaboración pública-privada o concesión de obra pública, también denominado PFI (Private Finance Initiative)³¹ de Madrid, ésta se realiza directamente por los consejos de administración.

²⁹ 2. *El ejercicio de una profesión sanitaria, por cuenta propia o ajena, requerirá la posesión del correspondiente título oficial que habilite expresamente para ello o, en su caso, de la certificación prevista en el artículo 2.4, y se atenderá, en su caso, a lo previsto en ésta, en las demás leyes aplicables y en las normas reguladoras de los colegios profesionales.*

³⁰ 8. *Para el ejercicio de una profesión sanitaria será necesario cumplir las obligaciones y requisitos previstos en el ordenamiento jurídico vigente. En todo caso, para ejercer una profesión sanitaria, serán requisitos imprescindibles:*

a) Estar colegiado, cuando una ley estatal establezca esta obligación para el ejercicio de una profesión titulada o algunas actividades propias de ésta.

b) No encontrarse inhabilitado o suspendido para el ejercicio profesional por sentencia judicial firme, durante el periodo de tiempo que fije ésta.

c) No encontrarse suspendido o inhabilitado para el ejercicio profesional por resolución sancionadora impuesta por un colegio profesional sanitario, cuando una ley estatal establezca para este ejercicio la obligación de estar colegiado, durante el periodo de tiempo que fije ésta.

d) No encontrarse suspendido o inhabilitado para el ejercicio profesional, o separado del servicio, por resolución administrativa sancionadora firme, durante el periodo de tiempo que fije ésta, cuando se ejerza la profesión en el ámbito de la asistencia sanitaria pública.

e) Tener suscrito y vigente un seguro de responsabilidad, un aval u otra garantía financiera, sean de protección personal o colectiva, que cubra las indemnizaciones que se puedan derivar de la responsabilidad profesional por un eventual daño a las personas causado con ocasión de la prestación de tal asistencia o servicios cuando se ejerza la profesión en el ámbito de la asistencia sanitaria privada.

³¹ Este término se acuñó a partir de la experiencia británica, que fue pionera, cuyo objetivo era la captación de capital privado para proyectos de inversión en diferentes áreas de servicios de interés públicos, como la sanidad, la educación, la cultura, regeneración de espacios urbanos, etc.



Por tanto, en relación a la flexibilidad de entrada podemos advertir diferencias sustanciales con respecto a la selección del personal estatutario, que tiene que demostrar una serie de requisitos y pasar por un proceso de selección mucho más exhaustivo y riguroso que en el caso de los médicos que son contratados por empresas privadas a los que no se les requiere tales exigencias y, sin embargo, van a desarrollar un mismo servicio público. Quizás esto es otro ítem a tener en cuenta a regularizar, para dar mayores garantías a los usuarios del servicio, acerca de la capacidad y méritos de los profesionales, los médicos en este caso, que van a desempeñar su trabajo en dichos centros sanitarios. Si equiparamos este supuesto para la contratación de personal por empresas gestoras del sector sanitario público, para que éstas lo hagan a través de un sistema de selección propio de hospitales de gestión directa, al menos teniendo como premisa el tener aprobado el primer examen de un concurso público, o bien cumplir los requisitos similares en cuanto a méritos y capacidad, esto haría que las desaparecieran algunas de las diferencias que se emiten del personal sanitario al servicio público entre centros en gestión directa e indirecta. De este modo, se igualaría los términos de selección del personal sanitario en centros que ofrecen un servicio público sanitario, independientemente si están en gestión directa o indirecta.

Cabe hacer un último inciso sobre la colegiación obligatoria del médico para el ejercicio de su profesión. En relación a ello, habría una diferencia entre los médicos que ejercían su profesión en centros de gestión directa y, por tanto, directamente para la Administración, y aquellos otros que estaban en centros en gestión indirecta y se les aplicaba un régimen jurídico laboral, ya que para los primeros no era necesaria la colegiación, porque se entendía que era solo obligatoria para los profesionales en el ejercicio privado, esto es, por cuenta propia o por cuenta ajena en centros privados, mientras que para los empleados públicos que ejercieran funciones propias del cuerpo, en el puesto o cargo para la Administración pública, no era obligatoria³². Sin embargo, una reciente Sentencia del TC, de 17 de enero de 2013³³, zanja esta cuestión que producía una desigualdad, estableciendo en relación a la colegiación de empleados públicos al servicio de la Administración, que venía entendiéndose como voluntaria, que ello no es así y

³² Interpretación que se hacía en base al artículo 1.3 de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales.

³³ STC 3/2013, de 17 de enero de 2013 (BOE núm. 37, de 12 de febrero de 2013).

manifiesta que no hay razón para la diferencia de trato y que, por tanto, todo ejercicio debe sujetarse a la colegiación obligatoria, y emite como conclusión que

“... el art. 1.3 de la Ley 2/1974, no exime a los empleados públicos de colegiarse cuando realizan las actividades propias de una profesión para cuyo ejercicio se exige la colegiación...”.

Flexibilidad de salida del personal en los hospitales de gestión pública y gestión privada

En cuanto a la flexibilidad de salida, es decir, las causas por las que un trabajador deja de formar parte de la empresa, en el ámbito privado la extinción del contrato de trabajo se puede realizar por alguna de las causas señaladas en el ET, dichas causas se regulan en los artículos 49 y siguientes. Los modos de extinción más frecuentes son³⁴: la extinción por voluntad del trabajador (regulada en el art. 50); el despido colectivo (art. 51); la extinción por causas objetivas (artículos 52 y 53); y el despido disciplinario (arts. 54-56).

En el ámbito público la flexibilidad de salida, es decir, la pérdida de la condición de personal estatutario está contemplada en el art. 21 EM, que describe los supuestos en los que se puede realizar: pérdida de la nacionalidad; la renuncia; sanción de separación del servicio; penas de inhabilitación absoluta o especial; jubilación; y la incapacidad permanente, (artículos 23 a 27 del EM).

Ahora bien, en los casos de despido, aunque las Administraciones públicas actúen sometidas al Derecho Laboral, lo cierto es que tienen una serie de limitaciones legales que les impiden actuar con la misma flexibilidad que a los empresarios privados.

No debemos olvidar que cuando se trata de personal laboral que forme parte de los empleados públicos serán de aplicación las reglas previstas para las relaciones laborales del EBEP.

Ante una situación de despido colectivo, las Administraciones públicas tienen el deber de negociar, aunque estén sometidas al principio de legalidad y su capacidad negociadora no sea idéntica a la del ámbito privado, es decir, la autonomía de la voluntad

³⁴ FERNÁNDEZ ÁVILES, J.A., “Los expedientes de regulación de empleo en las Administraciones Públicas en Crisis Económica y Función Públicas”, *Crisis Económica y Función Pública*, Aranzadi-Thomson Reuters, Pamplona, 2012. Págs. 309-351



se encuentra limitada en menor medida, al no proceder acordar soluciones que incumplan las normas de distribución competencial o de cualquier otro orden en el terreno administrativo, que, constituye una actividad reglada.

Las condiciones del despido en el ámbito público, como mecanismo de flexibilidad de salida, también se han visto afectadas por la crisis económica, obviamente con menores dimensiones con respecto a la destrucción de empleo en el sector privado. Ello ha dado lugar a reformas legislativas, estableciendo causas presupuestarias específicas que hacen de equivalente a las causas económicas para las empresas privadas.

Los argumentos que permiten aplicar las causas de extinción objetiva en una relación laboral con las Administraciones Públicas, no difieren de las generales al disponer el art. 52 e) del ET, que indiscutiblemente es una causa que resulta aplicable a las Administraciones Públicas y que ratifica la aplicación del despido objetivo económico en ese ámbito. Ahora bien, es aplicable ante el despido objetivo pero con las especificidades propias de sector público, es decir, ante dos causas específicas que son las más habituales: la insuficiencia presupuestaria; y reorganización productiva.

Es más fácil llegar a un acuerdo de despido colectivo en el ámbito privado frente al público, debido a las limitaciones que hemos analizado. Pero, por otro lado, son más frecuentes las extinciones colectivas en el ámbito privado debido a la facilidad para acreditar las situaciones económicas, técnicas, organizativas y de producción ya que en el ámbito público la extinción colectiva viene supeditada a una insuficiencia presupuestaria, pero en ambos casos existe persistencia cuando la insuficiencia presupuestaria se produce durante tres trimestres consecutivos, es decir, está presente la razonabilidad de la decisión extintiva.

En síntesis, tras todo lo expuesto, podemos concluir con la consideración siguiente en relación a las razones económicas que implican una gestión extintiva de puestos de trabajo: mientras una empresa privada tendrá que acreditar unos resultados de los que se desprenda una situación negativa, tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas, si se trata de una Administración se entenderá que concurren las causas económicas capaces de justificar los despidos cuando se produzca una situación de *“insuficiencia presupuestaria sobrevenida y persistente para la financiación de los servicios públicos correspondientes”*. Y ello porque los ingresos de la Administración no dependen de las



fluctuaciones de la demanda dentro de un mercado competitivo, sino de la planificación presupuestaria, y de unos gastos que dependen de ella. Además, la insuficiencia ha de ser cierta y actual, no prevista o futura, como en el sector privado.

Es decir, no bastaría con dotar a la Administración de menos recursos económicos sino que se requiere que los presupuestos del ejercicio anterior hubieran presentado déficit y que se hayan puesto ya en funcionamiento las medidas preventivas y correctivas de Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, lo que, en parte, constituye una seguridad jurídica para el trabajador.

Si bien tanto para el ámbito público como privado la situación económica negativa que pueda afectar a su viabilidad o a su capacidad para mantener el volumen de empleo, no es necesario ni que tenga que acreditar los resultados alegados ni justificar que de los mismos se deduce la razonabilidad de la decisión extintiva para preservar o favorecer su posición competitiva.

En cuanto a las causas técnicas, organizativas y de producción; por un lado la regulación de las causas técnicas es prácticamente idéntica a la diseñada para el sector privado, pues únicamente, como diferencia digna de mención, se alude a la “prestación de servicio público” frente a la “producción empresarial”. Lo mismo sucede por lo que hace a las causas organizativas. No cabe aplicar, sin embargo, causas productivas cuando el empleador sea una Administración Pública, pues la disposición adicional 20ª del ET no las regula (y tampoco lo hace el art. 35 Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada), además la propia definición de causas productivas hace inviable la aplicación en el sector público.

Tal como señala RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., *“la diferencia, así, entre “personal laboral EBEP” y “personal laboral del sector público empresarial no EBEP”, al primero se le aplican las especialidades previstas para el sector público en lo que afecta esencialmente a las “causas económicas”, mientras que a los segundos no, ya que se rigen por el sistema general privado y pueden alegar causas productivas”*³⁵

Es atendiendo a la normativa utilizada que cabe por ello preguntarnos si la disposición adicional 21ª ET puede suponer o no un trato desigual para los empleados del

³⁵ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “Los despidos colectivos en la Administración Pública”, *XXIV Jornades catalanes de Dret Social*, 2013. Pág. 40.



sector público frente a los de las empresas privadas sin una justificación objetiva y razonable. Atendiendo a la normativa utilizada, es más flexible la gestión modificativa de las condiciones de trabajo en el ámbito privado. La razón se basa en la capacidad del empresario de ajustarse a las condiciones variables de su empresa. En el caso de personal sometido al EBEP es evidente como ya se ha quedado establecido que al no haber competitividad las circunstancias productivas no están sujetas a la variabilidad o no del personal de la empresa.

Y parece razonable que así sea, puesto que partiendo de que el derecho a la protección de la salud, aunque no es un derecho fundamental (es un principio recto), sí lo son todos aquellos derechos fundamentales que otorgan contenido a éste, como es el derecho a la vida, a la integridad física, a la dignidad, etc., se trata de proporcionar ciertas garantías frente a la idea de flexi-seguridad³⁶, que expresa todo el derecho laboral actual, proporcionando a la persona que ejerce su derecho a la protección de la salud, la calidad, disponibilidad y accesibilidad que son vitales para el ser humano.

La propuesta sería equipar los regímenes jurídicos tanto de hospitales públicos como privado, respetando, protegiendo y adoptando medidas positivas para la plena efectividad del derecho a la salud, sin olvidar que el sujeto al que se dirige el personal sanitario, es el mismo.

D) Análisis del régimen jurídico del personal en el supuesto en el que un hospital de gestión directa pasa a ser gestionado por una empresa privada

³⁶ Entendiendo flexi-seguridad como una política de empleo basada en una mayor flexibilidad de contratación y de despido, pero también mayor protección social para desempleados y amplias formas de trabajo flexible con amplias garantías de protección social. Es decir hacer más flexibles este tipo de medidas sin olvidar la seguridad del trabajador, flexibilidad en un mercado cada vez más competitivo y sometido a fluctuaciones, teniendo en cuenta unos niveles de razonables de seguridad en el empleo y en la protección social. Término que tiene un debate más extenso en cuanto a estar más o menos de acuerdo con él, pero que no se va a valorar aquí porque requeriría un trabajo aparte del que nos concierne. Véase Exposición de Motivos de Real Decreto-ley 11/2013, de 2 de agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social.



Hemos analizado la normativa en casos de despido o flexibilidad de salida de los funcionarios de hospitales en gestión pública, pero la norma no recoge un supuesto que se está produciendo en la actualidad, precisamente relacionado por el cambio de la gestión sanitaria en relación con su personal. Se trata de aquellos hospitales que estaban funcionando mediante una gestión directa y pasan a ser gestionados por empresas mediante gestión indirecta. No resulta tan problemático cuando se crea un nuevo hospital que se regle por gestión privada, pero sí lo es cuando un hospital que viene desarrollando su actividad en régimen exclusivamente público y cambia a ser gestionado por una empresa privada, ya que esto también produce un cambio en el régimen jurídico aplicable a su personal.

Llegados a este punto nos tenemos que preguntar ¿cuándo se externaliza la gestión sanitaria que ocurre con los médicos y el resto de personal sanitario que son funcionarios? La respuesta se concreta en dos posibilidades:

1ª El personal sanitario de los hospitales cuya gestión se externaliza podría pedir una excedencia para continuar trabajando en su mismo destino (siendo empleado de la empresa privada). La excedencia viene recogida en el art. 65 del EM. Esta excedencia es especial, en tanto en cuanto esta creada para los casos en los que el personal estatutario fijo pasa a prestar servicio en un centro de gestión privada. La peculiaridad es que estos profesionales no pierden el cómputo de la antigüedad, aunque solo podrán reincorporarse al servicio activo en la misma categoría y área de salud de origen o, si ello no fuera posible, en áreas limítrofes con aquélla en un periodo de 3 años a contar desde el cambio. Aunque en principio ello parece actuar como una protección para el personal sanitario que se adhiera a esta excedencia, para seguir prestando servicio en el mismo centro que ahora pasa a ser de gestión privada, en realidad, el límite de 3 años, hace que pasado este tiempo pueda perder su condición de funcionario si no se reincorpora a un puesto público. Por lo que el cambio de centro, dentro o fuera de la misma área de salud de origen, se realizara si éste quiere mantener su condición de funcionario público. Nótese que no se ha contemplado las figuras del personal estatuario temporal y del personal laboral de los centros en gestión pública, en estos casos, estos profesionales quedan completamente desprotegidos y solo pueden acceder a ser empleados por la empresa privada, ya que casi siempre la Administración pacta la contratación de éstos.



Trascurrido los tres años, si el médico no se reincorpora a su puesto como funcionario, deberá entonces acogerse a la situación de excedencia del art. 67 EM; o acogerse a la excedencia por prestar servicio en el sector público si el centro está en gestión indirecta pero con una participación de al menos un 50% del capital, aunque este segundo caso será el menos común³⁷. De todas formas, los médicos se verán afectados tarde o temprano porque estas excedencias también son temporales. Y por ello tendrán muchas menos garantías y beneficios, quedando dañado o aminorado el estatus jurídico del personal sanitario.

2ª La segunda posibilidad del personal estatutario es solicitar un traslado a otro hospital con gestión directa para seguir manteniendo su condición de funcionario. Pero el problema que se plantea parece ser más gravoso de lo que a simple vista parece, porque si el médico decide marcharse tendrá que asumir un traslado a otro hospital que quizás éste lejos de su actual domicilio lo cual sería un gasto mayor que tendría que soportar, lo que implica costes en un momento de crisis económica, por ejemplo quizás le sería difícil vender su vivienda actual para comprar otra.

Por lo que respecta al personal laboral contratado por el hospital de gestión pública cuya gestión se externaliza a una empresa privada, es de aplicación el art. 44 LET, que actúa como garantía de la subrogación contractual del nuevo empleador y de ciertas garantías de mantenimiento de las condiciones de trabajo.

III. CONCLUSIONES

En relación al régimen laboral, sobre cómo afectan las nuevas formas de gestión al personal sanitario, podríamos argumentar, que cuando se integra una gestión indirecta en un centro nuevo no provoca tanta problemática, como cuando se produce un cambio de gestión, centros que estaban en gestión directa pasan a ser gestionados por gestión indirecta. En estos casos, como ya hemos analizado en el epígrafe relativo al régimen jurídico del personal sanitario, se genera un perjuicio al estatutario que tiene que optar por pedir una excedencia especial y suscribirse con un contrato laboral para poder

³⁷ MORENO GONZÁLEZ, A. “El personal estatutario: nacimiento y extinción de las relaciones estatutarias. Selección y provisión de plazas. Situaciones administrativas”, *Tratado de Derecho Sanitario*, Vol. I, Thomson Reuters – Aranzadi, Navarra, 2013. Pág. 1144



permanecer en el mismo centro o bien pedir un traslado (puede ser fuera del Área de Salud si no hubiera centro en gestión directa más cercano), incluso si mantienen su excedencia podría perder la condición de funcionarios con el tiempo.

Hasta aquí, podríamos entender que la Administración está legitimada (legalmente) para hacer cualquier cambio en la gestión del servicio que considere necesario para su mantenimiento y mejor desarrollo del servicio y que por tanto, los funcionarios a su servicio deben acatar estas decisiones que son en beneficio de un interés público, sin embargo, es cierto, que el personal se ve afectado, de hecho en el reciente caso de los Hospitales de Madrid que pretendían el cambio a una gestión indirecta, se aceptó como parte al personal sanitario entendiendo que eran directamente afectados por el cambio. Por lo que podemos concluir, que en los casos en los que la gestión indirecta no esté justificada, o ésta provoque más perjuicio que beneficio sería mejor mantener la gestión directa.

No obstante, que el servicio este gestionado o prestado directamente por la Administración no garantiza en mayor medida estándares de calidad en la prestación, a pesar de que en la gestión directa descentralizada, algunas figuras que hayan incorporado contratos-programas (agencias estatales), para que el rendimiento del personal sea evaluado, siendo un mecanismo de control incentivador, y necesario para la mejora del servicio sanitario. Este necesario control y evaluación que ejerce la Administración pública en la gestión directa del servicio puede perfectamente ser trasladado también a la gestión indirecta del servicio, al contar la Administración titular del servicio, con las potestades que el ordenamiento jurídico le atribuye y en el contrato de gestión de servicios públicos, se concretan en la supervisión, ordenación e inspección del servicio. Así no podemos olvidar, que la Administración titular del servicio tiene potestad de vigilar la buena marcha del mismo pudiendo intervenir de diversos modos, como ya hemos visto, para garantizar el servicio en las mismas condiciones que sí lo gestionara ella misma.

