

**HACIA LA UNIDAD DEL FUERO JURISDICCIONAL DEL PERSONAL
ESTATUTARIO. COMENTARIO AL AUTO DE LA SALA DE CONFLICTOS DE
COMPETENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 8/2005, DE 20 DE JUNIO**

Por

NOEMÍ SERRANO ARGÜELLO

Doctora en Derecho. Profesora Asociada de Derecho del Trabajo y de la Seguridad
Social
Universidad de Valladolid

SUMARIO: I. EL DOBLE ENCUADRAMIENTO DE LA COMPETENCIA PROCESAL.- II. UNA OPINIÓN COMPARTIDA.- III. LA OPORTUNIDAD LEGISLATIVA DESAPROVECHADA: EL ESTATUTO MARCO.- IV. LAS INTERPRETACIONES DE LA NUEVA SITUACIÓN RESULTANTE TRAS LA PROMULGACIÓN DE LA LEY DEL ESTATUTO MARCO.- V. LA SOLUCIÓN DEL AUTO DE LA SALA ESPECIAL DE CONFLICTOS DE COMPETENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 20 DE JUNIO DE 2005.- VI. LAS PRIMERAS CONTESTACIONES DE LOS JUZGADOS Y TRIBUNALES DE LO SOCIAL AL AUTO.- VII. DOS PRÓXIMAS RESPUESTAS A LA CUESTIÓN DEBATIDA EN TORNO A LA VIGENCIA DEL ART. 45.2 DE LA LGSS (74). LA JUDICIAL (SEGURA E INMEDIATA) Y LA LEGAL (DESEABLE E IMPRESCINDIBLE).

I. EL DOBLE ENCUADRAMIENTO DE LA COMPETENCIA PROCESAL

La delimitación de competencias entre las jurisdicciones social y contencioso-administrativa para juzgar las pretensiones que se suscitan entre el denominado personal estatutario y la Administración sanitaria, en la que aquél presta los servicios correspondientes, ha sido una de las zonas grises más problemática de los últimos años. La inicial vinculación entre jurisdicción social y personal estatutario, se realizó por los estrechos vínculos que unieron a la Seguridad Social con el personal a su servicio (en un principio alejados del régimen funcional entonces conocido), también su evolución histórica, en cuanto a las reglas de atribución competencial, está vinculada a la naturaleza jurídica del personal estatutario.

En la propia génesis de este personal hubo una dualidad del fuero judicial, puesto que la propia Ley de Seguridad Social aun cuando en su Texto Articulado atribuyó la competencia jurisdiccional a los órganos sociales, precisó *ab origine* que algunas materias fueran conocidas por la jurisdicción contencioso-administrativa. Al redactarse en 1966 el Texto Articulado Primero de la Ley de Bases de la Seguridad Social el legislador decidió encomendar a la Jurisdicción de Trabajo los conflictos que se

planteasen entre el personal estatutario y sus entidades gestoras sin perjuicio del carácter estatutario de dicha relación (los propios Estatutos del personal sanitario no facultativo así como el del Personal no sanitario enviaron expresamente a las magistraturas de trabajo dichos litigios). Consiguientemente el art. 45.2 de la LGSS (66) introdujo la conveniencia de la jurisdicción social para un vínculo que no era considerado laboral, el legislador de la época era consciente de la especialidad de la atribución.

Sin embargo como hemos señalado, desde sus inicios hay una atribución originaria que envió al conocimiento de los Tribunales contencioso-administrativos algunas materias, por ejemplo, la cuestión relativa al control del ejercicio de la facultad disciplinaria sobre el personal sanitario, en el art. 123 de esa misma Ley (LGSS -74-), o en el caso del Estatuto Jurídico Médico la provisión de vacantes (art. 63 del Decreto 3160/1966, de 23 de diciembre). Lo que en principio sólo eran dos materias sustraídas del conocimiento social fueron aumentando con el paso de los años, ampliando así la jurisdicción contenciosa su campo de atracción debido al carácter Público de la empleadora de este personal pues, no dejaba de tratarse de una Administración Pública.

Desde aquellas normas de finales de los años sesenta y durante casi cuarenta años han conocido órganos de las dos jurisdicciones, social y contencioso-administrativa, estas cuestiones, de forma que las fronteras entre una y otra fueron moviéndose y casi siempre el movimiento se produjo a favor de incrementar los asuntos en los que la jurisdicción competente para conocer debería ser la contencioso-administrativa. Sin embargo, siendo cierto lo antedicho, no podemos olvidar que el mayor número de asuntos era resuelto por los juzgados y Tribunales sociales, siendo excepcional el número de cuestiones atribuidas a la jurisdicción contenciosa. El incremento de las competencias de la jurisdicción contencioso-administrativa se produce al tiempo que va fraguando la concepción de que la relación estatutaria no es sólo una relación que se enmarca dentro de los vínculos de personal de carácter administrativo (lo que ya estaba previsto desde su creación) sino, sobre todo, porque es una relación desvinculada de la relación laboral.

La primera matización se encuentra en el propio art. 45.2 de la LGSS, el legislador encargó conocer sobre los litigios que se planteaban a la jurisdicción de trabajo pero añadía: *“sin perjuicio de la naturaleza estatutaria de la relación”*. El progresivo alejamiento del orden social se observa si se estudia con un poco de detenimiento cómo los propios juzgadores sociales al conocer de los asuntos que ante ellos plantea el personal estatutario deciden desvincularlo del derecho material del trabajo. Primero recordando, siempre, el carácter administrativo de la relación estatutaria, después con un progresivo distanciamiento de la aplicación de los principios ordenadores del Derecho del Trabajo. Y, en último lugar, llegando a negar la utilización de los procedimientos

procesales especiales que contiene la Ley ritual procesal cuando quien era parte en el proceso era el personal estatutario, llevando todos los autos al proceso ordinario de trabajo, así como los plazos procesales. Incluso se le niegan, al personal estatutario, algunos beneficios procesales propios de los trabajadores, como el llamado beneficio de justicia gratuita ¹, mientras (paradójicamente) éstos mismos sí se mantienen para los servicios de salud o entidad gestora ².

Eran los propios órganos sociales quienes declaraban la incompetencia de jurisdicción y remitían determinadas cuestiones a la jurisdicción contencioso-administrativa al entender, en esos casos, que se trataba de cuestiones en las que la Administración actuaba investida de *ius imperium* -y no como una empresa ordinaria en las relaciones con su personal- o ejercía potestades administrativas.

Si bien, hemos de recordar al lector que a pesar del movimiento hacia una relación estatutaria tan próxima a lo funcionarial como alejada de lo laboral, ésta inclinación no produjo una respuesta legislativa que finalmente optase por atribuir toda la competencia jurisdiccional a los tribunales de lo contencioso-administrativo. A lo largo de los años se consolidó en el marco jurisdiccional el tratamiento dual que había sido instituido desde la propia gestación del personal estatutario (finalmente las tres normas de referencia fueron el Estatuto jurídico del personal médico aprobado por Decreto 3160/1966, de 23 de diciembre, el Estatuto del personal sanitario no facultativo de las instituciones sanitarias de la Seguridad Social, según Orden de 26 de abril de 1973 y el Estatuto del personal no sanitario de las instituciones sanitarias de la Seguridad Social, Orden de 5 de julio de 1971).

Un momento trascendente se produjo con la funcionarización en 1984 de la mayor parte del personal estatutario dependiente de las entidades gestoras de la Seguridad

¹ Esta negativa al reconocimiento de la gratuidad en el proceso al personal estatutario ha sido, recientemente, sometida para su valoración ante el Tribunal Constitucional, mediante una cuestión de inconstitucional interpuesta por el Juzgado de los Social n.º 2 de Badajoz. Por entenderse que podría violar el principio de igualdad de trato.

² La Ley de asistencia jurídica gratuita de 1996 reconoce en su art. 2 b) a las entidades gestoras de la Seguridad Social este beneficio. La jurisprudencia del Tribunal Supremo y los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas aplican este precepto a las instituciones sanitarias públicas pues, interpretan que se trata de entidades gestoras o sucesoras de aquéllas y por lo tanto merecedoras de recibir sus mismos privilegios. Ese reconocimiento ha sido ratificado por la jurisprudencia de la Sala Cuarta y no sólo a las Entidades Gestoras sino también a los Servicios de Salud autonómicos, entre la larga lista de resoluciones vid., SSTs de 23 de enero de 1995, de 10 de noviembre de 1999, de 17 de julio de 2000, de 3 y 24 de julio de 2001, de 30 de abril de 2003, 24 de mayo de 2003 y 9 de julio de 2003.

Social que supuso a su vez la derogación del fuero especial social para todo ese personal (según dispuso la DA 16.^a de la Ley), con la excepción de aquel que era dependiente de instituciones sanitarias, a quienes la Ley 30/1984, de medidas urgentes para la reforma de la función pública reservaba un tratamiento especial (anunciado así por la DT 4.^a de la misma norma ³) y mantenía, con carácter transitorio, la vigencia del art. 45.2 de la LGSS (74) (DD 1.^a de la Ley) hasta que se abordase la especial relación del personal que trabajaba para las instituciones sanitarias de la Seguridad Social.

Sólo de una manera muy restringida y abordando de forma aislada algunos aspectos el legislador, los propios juzgadores o las mismas Administraciones sanitarias incrementaron algunas materias, para que éstas fueran conocidas por la jurisdicción contencioso-administrativa, por ejemplo, lo relativo al nacimiento y constitución de la relación estatutaria, ingreso, procesos selectivos, provisión de plazas, nombramientos, incompatibilidades, etc. Por destacar una norma será la Ley 30/1999, de 5 de octubre, la que atribuya a la jurisdicción contencioso-administrativa, en su DA 7.^a, el conocimiento de las impugnaciones de las convocatorias de los procedimientos de selección o concursos, provisión de plazas y movilidad. También el enjuiciamiento en el campo de los derechos colectivos, en particular el ejercicio de la libertad sindical o la huelga fueron encomendados a aquél orden y sustraídos de la vía social (lo que recibió críticas doctrinales importantes).

Al final parecía que, siguiendo la teoría de los actos separables, tratándose de actos sujetos a Derecho administrativo, correspondía a estos órganos conocer de aquellas cuestiones, relativas a la configuración de la relación estatutaria o bien atendiendo a la naturaleza pública de la pretensión ejercitada, mientras que una vez constituida ésta (y con la muy significativa e importante excepción del régimen disciplinario) el control jurisdiccional se residenciaba mayoritariamente ante los juzgados y tribunales de lo social.

II. UNA OPINIÓN COMPARTIDA

Ante este reparto, tan atípico, pocas fueron las voces que abogaban por el mantenimiento del *statu quo* descrito. Por un lado la doctrina judicial, incluida la

³ Esa especialidad nuevamente se perfilaría con la aparición de la LGS en 1986, cuyo art. 84 contenía un mandato de dictar un Estatuto Marco que regulase las condiciones laborales de los trabajadores al servicio del Sistema Nacional de Salud con vínculo estatutario y sólo con la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, se hará definitivamente realidad, poniendo fin al periodo transitorio iniciado en 1984 (Ley 30/1984), al surgir la relación funcional especial del personal estatutario de los servicios de salud.

jurisprudencia del Tribunal Supremo de la sala 4.^a, trabajaba por dejar patente en sus resoluciones los desacoples entre la norma material y la adjetiva o procesal, porque si conocía de los pleitos concernientes al personal estatutario era porque una Ley le había atribuido tal competencia (precisamente el art. 45.2 de la LGSS-74), pero en los últimos años, siempre que tenía oportunidad subrayaba, cuánto podía, la distancia que separaba la aplicación de un derecho propio de la función pública de las reglas laborales (sustantivas y procesales). Ni siquiera podemos dejar de señalar que incluso se planteó ante el Tribunal Constitucional la racionalidad -en clave de los presupuestos previstos por la LOPJ- de los términos la de atribución de competencia social que contenía el art. 45.2 de la LGSS (74), y el Tribunal se pronunció validando aquella (véase el ATC 259/1995, de 26 de junio -en donde además se rechaza cualquier posible inconstitucionalidad sobrevenida de dicho precepto- y la ATC 351/1995, de 19 de diciembre).

Por otro lado, en segundo lugar, distintos autores apuntaron la necesidad de acabar con tan extraño -por disfuncional, incongruente, perturbador y contradictorio- reparto, que producía una singular situación de privilegio competencial difícil de explicar siguiendo los criterios de atribución competencial que contenían las Leyes rituales⁴. Con una diferenciación que era, cada día más, artificiosa por no responder a fundamentos

⁴ Entre otros, CASTILLO BLANCO F.A., "El Estatuto Marco del Personal estatutario", en Parejo y otros (coord.), *La reforma del Sistema Nacional de Salud. Cohesión, calidad y estatutos profesionales*, Marcial Pons, Madrid, 2004; DESDENTADO BONETE A., "El fuero jurisdiccional para la revisión de los actos de aplicación del Estatuto del Personal Médico", en *Manual Jurídico de la Profesión Médica*, Dykinson, 1999; GARCÍA COBOS S., "Naturaleza jurídica de la relación estatutaria", Aranzadi, *Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales*, n.º 21, 2004; GOERLICH PESSET J.M., "El personal estatutario al servicio de instituciones sanitarias", en *Las relaciones laborales de las Administraciones Públicas* (vol. II), XI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, MTAS, Madrid, 2001; MONTOYA MELGAR A., "El personal estatutario de las instituciones sanitarias de la Seguridad Social: evolución y nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud", en *Personal estatutario de la Seguridad Social*, CGPJ, Madrid, 2000; RENTERO JOVER J., "Dudas jurisdiccionales en relación con el personal estatutario", *AL* n.º 19, 1994; REY GUANTER S. y GALA DURÁN C., "Régimen Estatutario frente a norma laboral en el marco de las instituciones sanitarias del INSALUD: razones y consecuencias de un largo e inacabado debate", en *Las Relaciones Laborales en las Administraciones Públicas* (vol. II), XI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, MTAS, Madrid, 2001; SÁNCHEZ PEGO F.J., "Delimitación de los ámbitos competenciales contencioso-administrativo y social", *AL* n.º 40, 1993; SEMPERE NAVARRO A.V., "Personal estatutario. Jurisprudencia Social", en *Unificación de doctrina*, mes de julio, Aranzadi Social, 1998 y del mismo autor "Personal estatutario y jurisdicción social; contradicciones y paradojas", *Aranzadi Social*, n.º 20, 1998.

basados en la lógica jurídica. En fin, para algunos incluso contradecía las reglas de distribución jurisdiccional. No cabría mantener una asignación de la competencia, tan anormal, a la jurisdicción social si cuando ésta entraba a conocer debía aplicar principios de Derecho Público y, en particular, de la función pública que le eran ajenos. Además no pertenecía dicha atribución a lo que el art. 9.5 de la LOPJ describe como rama social del Derecho, ni tampoco a lo que con mayor precisión definen cómo tal los arts. 1 y 2 de la LPL. De alguna manera algunas respuestas judiciales del orden social cuestionaban la atribución y estrechaban los cauces de enjuiciamiento laboral por tratarse de una relación de marcado carácter administrativo.

Por lo cual, estamos en condiciones de afirmar que *de lege ferenda* existía unanimidad –entre todos los técnicos jurídicos- por el conocimiento a través de una única vía jurisdiccional de cuántas pretensiones tuvieran como partes al personal estatutario y a las instituciones sanitarias públicas. Y si se trataba de expresar una preferencia, ésta debía de ser el orden contencioso-administrativo por tratarse de una materia anclada en este orden jurisdiccional. Pues es la jurisdicción que, según las normas procesal vigentes en la actualidad, tiene encomendado el análisis de las cuestiones que afecten al personal funcionarial.

De estas apreciaciones quizá tan sólo se apartaba el propio personal estatutario así como algunas de sus organizaciones colegiales y sindicales, que, puestos a elegir, preferían, mantener el cuadro de la dualidad jurisdiccional y abogaban por el conocimiento ante la jurisdicción social por ser una justicia más rápida en la resolución de los conflictos (e incluso para algunos más favorable a sus pretensiones, por estar especialmente sensibilizada con los problemas diarios de la relaciones laborales).

La interpretación *de lege data* aunque permanentemente cuestionada fue, por todos, compartida hasta la aparición de la LEM, a partir de este momento, como seguidamente veremos han sido variadas las opiniones vertidas y, más numerosos, los argumentos tomados en consideración.

III. LA OPORTUNIDAD LEGISLATIVA DESAPROVECHADA: EL ESTATUTO MARCO

Si un momento ha sido propicio para solucionar esta doble asignación competencial en los litigios del personal estatutario ese fue la aparición, en 2003, del Estatuto Marco del personal estatutario. Aprobado por la Ley 55/2003, de 16 de diciembre ⁵ (en adelante LEM).

El legislador pudo y debió decidir sobre esta cuestión pronunciándose expresamente sobre la atribución del fuero judicial y aunque parecía que quiso hacerlo (lo cual era no

⁵ BOE de 17 de diciembre.

sólo oportuno sino, sobre todo, pertinente), finalmente no lo hizo. El anteproyecto de LEM redactado por el Ministerio de Sanidad y Consumo contenía la derogación del art. 45.2 de la LGSS (74), y esta derogación fue muy bien vista tanto por el Consejo General del Poder Judicial al informar sobre dicha norma, el 29 de abril de 2003, como por el Consejo de Estado, el 14 de mayo de 2003, porque era la única atribución que en rigor cabía, aunque recomendaban el estudio de las repercusiones de tan importante cambio y el estudio de las necesidades, así como lo deseable que hubiera sido que se informara el Ministerio de Justicia de la atribución de toda la competencia a la jurisdicción contencioso-administrativa o, recomendaba, que se articulasen disposiciones transitorias al respecto.

Sin embargo, en el proyecto enviado a las Cortes Generales desaparece aquella expresa cláusula derogatoria del art. 45.2 de la LGSS (74), sin justificarse el cambio; lo que ha permitido que haya quien interprete que fueron las recomendaciones del CGPJ y Consejo de Estado las que obligaban a posponer la derogación de aquel precepto, para otros fue debido más a las reticencias presentadas por los sindicatos del sector sanitario. Durante la tramitación parlamentaria algunas enmiendas ⁶ –presentadas por el grupo Parlamentario del PNV- quieren retomar dicha mención que de manera indubitada contemple la derogación de la disposición de la LGSS (74), pero son rechazadas.

Finalmente la Disposición Derogatoria única de la LEM que se aprueba en el Congreso de los Diputados contiene, además de la derogación de algunas normas entre las que se encuentran los tres Estatutos que desde finales de los sesenta y principios de los setenta habían sido las principales fuentes normativas reguladoras del personal estatutario, derogación que también se extiende a las disposiciones que los modificaban, complementaban y desarrollaban, la cláusula derogatoria tipo: *“quedan derogadas o se considerarán, en su caso, inaplicables cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan o contradigan a lo dispuesto en esta Ley”*.

La aparición de esta Ley no ha sido inocua en el tratamiento del problema del llamado desdoblamiento de jurisdicciones, no lo ha sido en la reflexión doctrinal, ni tampoco en la práctica judicial y forense.

IV. LAS INTERPRETACIONES DE LA NUEVA SITUACIÓN RESULTANTE TRAS LA PROMULGACIÓN DE LA LEY DEL ESTATUTO MARCO

A partir de este momento se ha valorar si la actuación por omisión del legislador ha de ser interpretada como la continuidad de la vigencia del art. 45.2 de la LGSS (74) o por

⁶ Vid. las enmiendas n.º 13 y 14 al Estatuto Marco, recogidas en el BOCG de 3 de julio de 2003, núm. A-151, pág. 5.

su supresión enmarcada con carácter genérico en la Disposición Derogatoria única de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre. Para abordar esta cuestión el jurista debe tener presente que la LEM declara, en su art. 1.º, al personal estatutario de los servicios de salud como una relación funcional especial.

Quienes opinaban que nada había cambiado al aparecer la LEM entendieron que la naturaleza jurídica del personal estatutario desde hace algo más de una década ya venía siendo considerada funcional o próxima a él. Además al amparo del art. 2 p) de la LPL correspondía el conocimiento de estas cuestiones contenciosas entre las entidades y su personal estatutario a la jurisdicción social, porque una Ley, en este caso la LGSS (74), había realizado tal atribución a la jurisdicción social y otra la, LGSS (94), había mantenido expresamente vigente aquélla atribución. Nadie dudaba antes de la LEM de la vigencia de dicha disposición pues la misma fue, como acabamos de apuntar, expresamente declarada vigente por el RD-Legislativo 1/1994, de 20 de junio, que aprueba el texto refundido de la LGSS, así aparecía en su Disposición Derogatoria Única, y lo corroboró cuando tuvo ocasión el Tribunal Supremo, por ejemplo en STS de 6 de marzo de 1997. Por lo tanto, la aparición del Estatuto Marco no alteraba la situación previa a su promulgación en cuanto al aforamiento de los litigios.

Para otro sector, la LEM cuando reconoce sin ambages a la relación estatutaria como una relación funcional especial dicha mención, junto a otras (como la determinación como derecho supletorio del derecho de la función pública de la Administración correspondiente), implica que las pretensiones judiciales que se susciten por este personal habrán de serlo ante la jurisdicción contencioso-administrativa. La definitiva aclaración legal sobre la naturaleza jurídica del personal estatutario, alejándola de aquella consideración de *tertium genus* que otrora manejara la doctrina permite aplicar la lógica jurídica. Y utilizando criterios de coherencia, entre el derecho sustantivo y el procesal, se deduce que los litigios relativos a los funcionarios públicos serán conocidos en la vía contencioso-administrativa, tratándose de la jurisdicción que por Ley (art. 9.4 de la LOPJ) tiene encomendado conocer de estas cuestiones.

La cuestión final, en ambos casos, reside en resolver sobre la permanencia o no de la atribución competencial a la jurisdicción social que contenía la LGSS (74).

La mayoría de los juzgadores de lo social no ven motivo suficiente para entender derogado aquél polémico precepto de la LGSS (74) por lo que siguen conociendo de las cuestiones suscitadas entre el personal estatutario y su respectiva Administración sanitaria. Podemos destacar las SSJS n.º 3 de Jaén, de 12 de abril de 2004, n.º 4 de

Palma de Mallorca y la STSJ de Castilla y León –Valladolid- de 17 de febrero de 2004 ⁷, a la que siguen un gran número de resoluciones, por ejemplo de los TSJ de Madrid (Sentencia de 6 de junio de 2005 ⁸), Cantabria (Sentencia de 28 de marzo de 2005), Andalucía, Valencia (Sentencia de 4 de mayo de 2005 ⁹), Cataluña (Sentencia de 26 de abril de 2005 ¹⁰) y un largo etcétera pues la lista es muy larga. También así lo entendía una parte importante de la doctrina ¹¹. No veían ninguna transformación de importancia

⁷ Autos 7/2003. Sentencia que ha sido casada por el TS, sala de lo social, en la muy reciente Sentencia de 16 de diciembre de 2005, Rec. de casación ordinaria n.º 39/2004.

⁸ Rec. núm. 881/2005.

⁹ Reproducimos el fundamento jurídico tercero: “De conformidad con los preceptos legales que se denuncian como infringidos al encontrarnos ante una actuación de la Administración en que sobresale el papel de empleador, pues el ente administrativo receptor de los servicios, aunque sea por vía estatutaria, más que ejercitar sus potestades, con el imperium que le es inherente, se limita a materializar los criterios que determinan una concreta vinculación, de ahí que aún teniendo en cuenta la doctrina de los actos separables acuñada por la jurisprudencia Contencioso-Administrativa (véase la sentencia de la Sala III del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2000), es de ver que el núcleo de lo debatido en el proceso no fue ni la competencia ni la regularidad del procedimiento administrativo seguido (que constituirían aspectos accesorios de lo pretendido) sino la legalidad del cese operado en el cargo ostentado por el actor, para el que había sido nombrado provisionalmente, y es que, como esta Sala viene indicando (véanse por ejemplo las sentencias recaídas en los recursos de suplicación 733/05 y 4180/04, “la reserva de Ley expresa para la atribución de competencia a los órganos jurisdiccionales viene proclamada por el artículo 9.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial” (Ref. Iustel: §000053). El art.45.2 del TR de la Ley General de la Seguridad Social de 1974 se mantuvo en vigor expresamente en virtud de la Disposición Derogatoria Única, apartado a).1 del TR de la Ley General de la Seguridad Social de 1994 (Ref. Iustel: §000371), sin que la Ley 55/2003, de 16 de noviembre, contenga derogación de dicho precepto, ni atribuya la competencia para conocer de las cuestiones contenciosas que se susciten entre el personal estatutario y la Administración a la que prestan servicios a un orden jurisdiccional específico. Si tenemos en cuenta que el Anteproyecto de la Ley precitada sí hacía atribución expresa de competencia al orden Contencioso-Administrativo, atribución que desaparece en el texto legal definitivamente aprobado, atendiendo a ese antecedente, que es también criterio interpretativo ‘ex’ artículo 3.1 del Código Civil (Ref. Iustel: §000104), deberemos concluir que la competencia sigue residenciada en este orden jurisdiccional por mor de lo expresamente instituido en el art. 45.2 de la Ley General de la Seguridad Social de 1974, que así lo dispone”.

¹⁰ Sentencia núm. 9/2005.

¹¹ Por todos, BREÑOSA ÁLVAREZ DE MIRANDA F., “La difícil delimitación entre la movilidad funcional, la modificación sustancial de condiciones del contrato y la movilidad geográfica del personal estatutario sanitario”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*,

con la aparición del Estatuto Marco y además creían que el legislador no quiso cambiar la competencia, dando continuidad a las reglas anteriores a la promulgación de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre. O, incluso, para algunos la LEM si modificaba en algo el reparto anterior lo hacía volcando algunas competencias adicionales en la jurisdicción social, como la revisión jurisdiccional en materia disciplinaria ¹² o todas aquellas que la Ley 30/1999 (que sí es expresamente derogada por la LEM) envió a la jurisdicción contencioso-administrativa volviendo éstas al conocimiento de la jurisdicción social ¹³.

Esta interpretación que con el paso del tiempo era la mayoritaria mantenía la doble atribución jurisdiccional aunque fuera reconociendo que se trataba del mantenimiento de una posición tradicional y, por lo tanto, de las mismas dudas que existían antes de la aparición del Estatuto Marco, ante la ausencia de derogación explícita del, tantas veces, ya citado art. 45.2 de la LGSS (74).

Los primeros juzgados y Tribunales Superiores de Justicia de lo social que entendieron que tras la promulgación de la LEM todas las reclamaciones del personal estatutario deben resolverse ante el orden contencioso-administrativo declarando la incompetencia del orden social fueron, entre otras resoluciones, AJS de Almería de 22 de abril de 2004 (a raíz de éste se produce, precisamente, el Auto de la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo que seguidamente comentamos) y SJS n.º 33 de Madrid de 14 de abril de 2004, SSTSJ de la Rioja de 14 de octubre de 2004, 19 de octubre de

n.º 5, <http://www.iustel.com>, enero-marzo 2004; HERNÁNDEZ MARTÍN A. "Nuevas dudas jurisdiccionales sobre el personal estatutario de los servicios de salud tras la aprobación del Estatuto Marco por la Ley 55/2003, de 16 de diciembre", *Aranzadi Social*, n.º 9, octubre-2004; MOLINA NAVARRETE C. y E., "El nuevo marco de relaciones laborales del personal de los servicios de salud: las claves de su Estatuto especial", *Rev. de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, n.º 252, marzo, 2004; PALOMAR OLMEDA A., "Comentario al Auto del Juzgado de lo social núm. 2 de Badajoz: la obligación del depósito para recurrir del personal estatutario", *AS*, n.º 16, enero, 2005; o SALA FRANCO T., *El Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

¹² Así lo plantea SALA FRANCO T., *El Estatuto Marco del Personal Estatutario*, cit.

¹³ Así HERNÁNDEZ MARTÍN A., "Nuevas dudas jurisdiccionales sobre el personal estatutario de los servicios de salud tras...", cit. Contrarios a esta interpretación se mostraron GARCÍA MURCIA J. y CASTRO ARGÜELLES M.A., "El Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud: Una presentación", *Aranzadi Social*, n.º 21-abril, 2004. La STSJ de Castilla y León de 18 de abril de 2005 entiende, junto a las tesis del primer autor, precisamente que la Ley 30/1999 ha perdido su vigencia al haber sido derogadas las normas que enviaban a la jurisdicción contencioso-administrativa y que corresponde al orden social el enjuiciamiento en materia de provisión de plazas (FJ 3.º).

2004 y 24 de febrero de 2005 ¹⁴, o la de Castilla la Mancha de 9 de noviembre de ese mismo año 2004. La doctrina, menos numerosa que en el caso anterior, decidió ser coherente con los postulados que desde hacía años venía manteniendo de carencia de sentido y lógica de mantener la atribución del orden social, y cuando la declaración de funcionarios del personal estatutario se hizo patente en el texto de la Ley esta naturaleza exigía, de suyo, que los conflictos fueran resueltos ante su sede natural, es decir, en la jurisdicción contencioso-administrativa ¹⁵. Más aún cuando toda la relación pasa a regirse por el Derecho administrativo. Para que decaiga la aplicación del art. 45.2 de la LGSS (74) algunos argumentaron que el personal ya no era dependiente de las entidades gestoras de la Seguridad Social sino de los servicios de salud de las CCAA, otros, el hecho de la derogación de los tres Estatutos, junto con las normas que los modifican, complementan y desarrollan, por mor de la DD única.1, apartados e), f) y g) de la LEM. Incluso fue invocada, por unos, la derogación tácita del precepto, lo que por el contrario, para otros, era una "derogación bastante explícita" porque debido a la contradicción que genera su pervivencia debería haberse mantenido expresamente por la LEM.

¹⁴ Sentencias n.º 276/2004, 277/2004, 281/2004 y 51/2005.

¹⁵ Así lo han mantenido, con argumentaciones diferenciadas, la Organización Médica Colegial en su Informe de 2 de octubre de 2004, y dentro de la doctrina -alguna con marcado carácter de intérprete judicial de las normas- GIL SUÁREZ L., "Novedades jurisprudenciales en materia sanitaria: ámbito laboral", en *XI Congreso Nacional de Derecho Sanitario*, Madrid, octubre, 2004; MARTÍNEZ MOYA J., "Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud ¿un 'marco' propicio para soltar amarras definitivamente y declarar la incompetencia del orden social?", *RDS*, n.º 28, octubre-diciembre, 2004; MONTOYA MELGAR A. "Asistencia sanitaria: de la Seguridad Social al Sistema Nacional de Salud", *Aranzadi Social*, n.º 5, julio, 2004; RENTERO JOVER J., como ponente de la STSJ de Castilla la Mancha de 9 de noviembre de 2004. Nosotros en esta misma revista, también nos posicionamos en la opción a favor del conocimiento unificado mediante la jurisdicción contencioso-administrativa, aunque ya entonces manifestábamos que la cuestión no era pacífica, SERRANO ARGÜELLO N., "Comentario a la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, sobre el Estatuto Marco del Personal Estatutario de los servicios de salud. Una relación funcional especial bajo las sombras de su legado histórico", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n.º 6, 2004, <http://www.iustel.com>. Con anterioridad a la aparición de la LEM, ya PÉREZ LÓPEZ y VÁZQUEZ FORNO entendieron que la delimitación de la naturaleza jurídica del personal estatutario ha de servir para determinar el orden jurisdiccional competente, en "Competencia judicial y relación jurídica del personal estatutario del Sistema Nacional de Salud", *Diario La Ley*, n.º 5272, año XXIII, de 31 de enero de 2002.

En fin, también nosotros sostuvimos la desnaturalización que supone mantener la vigencia del art. 45.2 de la LGSS (74) pues la situación que introdujo y mantuvo desde 1966 esa regla de competencia se ha visto significativamente alterada y además, a nuestro modesto entender, la transitoriedad que mantenía vivo este fuero especial desde la DT 4.^a de la Ley 30/1984 decae en el preciso momento que el legislador aborda la regulación del personal estatutario y lo funcionariza con la LEM (igual que antes lo hiciera aquella norma de 1984 para el restante personal estatutario al servicio de las Entidades Gestoras de la Seguridad Social).

V. LA SOLUCIÓN DEL AUTO DE LA SALA ESPECIAL DE CONFLICTOS DE COMPETENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 20 DE JUNIO DE 2005

El planteamiento de un conflicto entre jurisdicciones a la hora de conocer pretensiones referentes al personal estatutario se ha producido, con frecuencia, durante la etapa en la que jurisdicción social y contencioso-administrativa podían conocer sobre aquéllas, por lo tanto no son poco escasos los Autos dictados por la sala de conflictos del Tribunal Supremo, órgano que se reúne conforme a los criterios del art. 42 de la LOPJ. Si se quieren estudiar los más recientes pueden consultarse los Autos de 27 de marzo de 1998, 14 de junio de 2001, 18 de febrero de 2002, 10 y 17 de junio de 2002, 29 de diciembre de 2003 o 28 de junio de 2004, en donde se van delimitando las, a veces, tenues fronteras para que sea uno u otro orden jurisdiccional el competente, normalmente dependerá de que se trate de la fase previa a la constitución de la relación (atribuyéndoselo al orden contencioso-administrativo) o sea planteado el litigio una vez ya iniciada la relación, donde la Administración desempeña un papel que no le diferencia del empleador común (correspondiendo conocer en la mayoría de estas situaciones a la jurisdicción social).

Nosotros nos centramos en el Auto de 20 de junio de 2005 en el que tras una competencia conflictiva negativa entre sendos Juzgados, de lo social n.º 3 y de lo contencioso-administrativo n.º 1, de Almería el Tribunal Supremo resuelve quien es el órgano competente por razón de la materia ¹⁶. Nos parece muy necesario destacar que esta resolución es la primera que pronuncia dicha Sala tras la entrada en vigor de la LEM y en aplicación de dicha Ley.

¹⁶ Esta decisión ya ha merecido algunos comentarios en Revistas Laborales especializadas, vid. BORRAJO DACRUZ E., "Personal estatutario sanitario y competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa", en *AL* n.º 15, septiembre, 2005 y PALOMAR OLMEDA A., "El fuero jurisdiccional de enjuiciamiento de las cuestiones de aplicación del régimen estatutario del personal sanitario", *Aranzadi Social*, n.º 9, septiembre, 2005.

Se plantearon dos pretensiones diferentes frente al Servicio de Salud Andaluz (SAS), una relativa al cese en sus funciones como jefe de equipo y otra relativa al contenido funcional del puesto de trabajo debido a la reducción de la asignación de cartillas o cupo asignado.

Aunque bien se podrían haber sustanciado por separado ambas pretensiones nadie se plantea lo inapropiado de acumularlas ¹⁷. Para el Tribunal Supremo el cese formaría parte de las atribuciones que desde la Ley 30/1999, de 5 de octubre, se asignaron a la jurisdicción contencioso-administrativa, tratándose de la provisión de plazas y desempeño de las mismas ¹⁸. El Tribunal ni siquiera se plantea que con la derogación de aquella Ley haya podido decaer la atribución que entonces se realizó a los juzgados y tribunales del orden contencioso-administrativo; sin embargo, sí recuerda (al final de su fundamento de derecho tercero) que si no se entendiera la atribución que desde la LEM se hace a la jurisdicción contencioso-administrativa al haber sido derogada aquella Ley 30/1999 quedaría sin efecto la atribución que esta última hacía en su DA 7.^a a dicho orden jurisdiccional. Por lo que se refiere a la reducción del cupo de cartillas, se entiende que ésta decisión se integra dentro de los derechos y deberes (de los arts. 17 a 19 de la LEM) y por lo tanto conforman la relación funcional especial, sujeta a Derecho administrativo, siendo en consecuencia su conocimiento encargado a la jurisdicción contencioso-administrativa. Con este mismo parecer había informado el Ministerio Fiscal para quien teniendo la relación estatutaria naturaleza funcional, a partir de la LEM, la competencia judicial para conocer del asunto objeto del conflicto negativo de competencias corresponde al orden contencioso-administrativo.

Como cualquier acercamiento que se realice a la compleja articulación jurídica del vínculo estatutario la argumentación del Auto necesita valerse de la evolución histórica que ha acompañado a este personal, desde su creación hasta nuestros días. El Auto recorre de esta forma los principales momentos, comenzando a partir de su configuración y la atribución al orden social de la mayor parte de la competencia jurisdiccional decidida en el art. 45.2 de la LGSS (66 y 74), para, después, resumir las

¹⁷ E incluso haber conocido de cada una de ellas una u otra jurisdicción atendiendo al compromiso de la relación jurídica comprometida en cada caso, en particular con respecto al cese como jefe de equipo hubiera sido muy difícil a nuestro modesto parecer, si sólo se hubiera pretendido esta cuestión, que el Juzgado de lo contencioso-administrativo se declarara incompetente.

¹⁸ Así el Supremo se pronuncia sobre la competencia contencioso-administrativa frente a quienes habían interpretado que la derogación de la Ley 30/1999 por parte de la LEM podría suponer la devolución de esas materias a la jurisdicción social. Remitimos a la lectura de la nota a pie n.º 12.

progresivas fases de transformación por las que atraviesa. Se reproduce en unos cuantos párrafos la escalada legislativa hacia la total consideración de empleado público de personal estatutario, mencionando el proceso de funcionarización de todo el personal estatutario de la Seguridad Social excepto los que prestaban sus servicios en los establecimientos sanitarios (de la Ley 30/1984), así como esa misma Ley configuró como supletorio para este personal el derecho de la función pública; el mantenimiento de la vigencia de aquel art. 45 que apareció en el Texto Refundido de la LGSS de 1994; la expresa aplicación al personal estatutario de la Ley de incompatibilidades en el sector público (Ley 53/1984); la aparición en 1986 de la LGS cuyo articulado contenía el mandato de aprobación de un Estatuto Marco para el personal estatutario; y, ya acercándonos a nuestros días, tanto la promulgación de la Ley 30/1999 a modo de anticipo de los que sería la relación estatutaria (citando la competencia estatal referida a la determinación del régimen funcional del art. 149.1.18.^a de la CE) como la Ley 16/2001 sobre consolidación de plazas del personal estatutario de los servicios de salud en su DA 12.^a atribuyó el conocimiento de los conflictos que surgieran en aplicación de esa Ley a la jurisdicción contencioso-administrativa. Hasta que con la LEM culmina el proceso de funcionarización.

Para los Magistrados que componen la sala especial la LEM supone una alteración de la situación inmediatamente precedente. Son llamativos el uso de calificaciones que nos van anticipando el sentido del fallo, por ejemplo, valorar las innovaciones que se han introducido en el régimen jurídico del personal estatutario y que culminan en dicha Ley, al reproducir la Exposición de Motivos de la LEM cuando establece con nitidez el carácter funcional de la relación estatutaria, o la propia declaración del art. 1 de relación funcional especial de personal estatutario de los servicios de salud que conforman el Sistema Nacional de Salud, o la regulación supletoria a este personal de las disposiciones y principios generales de la función pública (según el art. 2.2 de la LEM) y las remisiones que a lo largo de la Ley se efectúan a la normativa general sobre funcionarios públicos, en temas como convocatorias, permisos, excedencias, incompatibilidades o representación y negociación colectiva. Para concluir que se trata de una relación funcional, sujeta a derecho administrativo *“y en consecuencia, los conflictos que surjan entre las partes, por su naturaleza administrativa, quedan sujetos a la revisión por la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, de acuerdo con las previsiones generales de la Ley Orgánica del Poder Judicial (art. 9.4) y Ley 29/1998, de*

13 de julio, reguladora de la Jurisdicción (art. 1 y concordantes), y por exclusión de las competencias del Orden Jurisdiccional Social (arts. 1,2 y 3 LPL) ¹⁹”.

Una vez que la Sala muestra su absoluta convicción de que a una relación funcional, aun siendo especial, le corresponde el fuero judicial contencioso-administrativo debe lidiar con la situación en que queda, tras la LEM, el art. 45.2 de la LGSS (74). En primer lugar, destaca el silencio de la Disposición Derogatoria única a este respecto. A diferencia de lo que sucedió con la Ley 30/1984. Pero seguidamente reproduce la *cláusula derogatoria tipo* que menciona esa disposición, al declarar derogadas cuantas disposiciones de igual o inferior grado se opongan a la LEM, además de recordar que al declarar expresamente derogados los tres Estatutos de personal médico, el sanitario no facultativo y el no sanitario se añade “así como las disposiciones que los modifican, complementan o desarrollan”.

Finalmente el Auto entiende que es necesario para determinar la incidencia de dicha derogación, en referencia al art. 45.2 de la LGSS (74), que este precepto se refería a las Entidades Gestoras y el personal a su servicio reguladas por los Estatutos hoy derogados. Y, a partir de este momento, comienza a desvincular la atención sanitaria de la Seguridad Social, pues si en 1966 se trataba de una prestación de Seguridad Social razón por la que se atribuye a la jurisdicción social la competencia para conocer de las cuestiones contenciosas que se susciten entre las Entidades Gestoras y su personal; el Tribunal entiende que la situación es notoriamente distinta en 2003, al publicarse la LEM. Se refiere al art. 43 de la CE entendiendo que con el establecimiento del Sistema Nacional de Salud (a raíz de la LGS), en su nueva estructura organizativa, ya no puede identificarse con las Entidades Gestoras de la Seguridad Social a las que se refería el art. 45.2 de la LGSS (74), pues entiende que los servicios de salud autonómicos no están comprendidos entre las Entidades Gestoras de la Seguridad Social ²⁰, ni responden a los criterios que para ellas se fijan, incluso llega a sugerir que ya no se trata de una prestación sanitaria de la Seguridad Social. Para concluir que por lo tanto no es, el estatutario, personal a su servicio (de las Entidades Gestoras) negando toda virtualidad al art. 45.2 de la LGSS (74), pues la competencia que se atribuyó a la jurisdicción social lo fue para conocer de cuestiones contenciosas entre Entidades Gestoras y su personal. No habiendo Entidad Gestora, no existe la atribución de competencia (¡muerto el perro se acabó la rabia!).

¹⁹ Así figura en el fundamento jurídico 3.º del Auto de la sala especial de conflictos, de 20 de junio de 2005, reiterado nuevamente al final del fundamento de derecho 4.º

²⁰ Siguiendo la tesis que ya había recogido el TSJ de La Rioja en su Sentencia de 14 de octubre de 2004, y había sostenido alguna doctrina.

Sí compartimos plenamente la atribución a la jurisdicción contencioso-administrativa de la litigiosidad entre el personal estatutario y su respectivo servicio de salud, pues creemos que esta competencia deriva de la LEM, la que otorga la naturaleza funcional a la relación estatutaria, pero no podemos compartir algunas de las argumentaciones dadas para resolver el conflicto competencial, en particular la complicada interpretación de la derogación del art. 45.2 e la LGSS (74). No creemos que haya que remitirse a una ruptura, como la que predica la Sala, con la Entidad Gestora de la Seguridad Social, ni mucho menos tener que llegar a barruntar la ruptura del lazo de unión entre la Seguridad Social y la prestación de la asistencia sanitaria, para abordar la Jurisdicción que deberá conocer de los asuntos litigiosos que plantee su personal (el personal estatutario). Piénsese que la funcionarización del resto del personal estatutario realizada por la Ley 30/1984, el hecho de que sus conflictos de personal sean conocidos desde entonces por la jurisdicción contencioso-administrativa, no supuso ningún cambio en la concepción de las Entidades Gestoras para las que prestaban sus funciones, además ese personal sigue hoy realizando sus funciones para las distintas Entidades Gestoras de la Seguridad Social (INSS, ISM, IMSERSO... o sus servicios, TGSS...). La diferencia entre 1984 y 2003 es que entonces se derogó el fuero especial de forma expresa para los estatutarios que en aquel momento se funcionarizaban (DA 16.^a y DD única de la Ley 30/1984) mientras que la LEM no contiene expresamente precaución alguna.

Tampoco pensamos, que los servicios de salud hayan perdido absolutamente la consideración jurídica de Entidad Gestora de la Seguridad Social, en sentido lato pues, con los privilegios de tales las trata (al menos la Sala cuarta) el Tribunal Supremo considerándolos, en todos los ámbitos, sucesoras del INSALUD ²¹. Son reiteradas las decisiones que entienden que los servicios de salud desarrollan materialmente las mismas funciones de una Entidad Gestora y son entidades públicas que ejercen una función de Seguridad Social. En fin el INGESA es entidad gestora, entidad que desde agosto de 2002 sustituye al INSALUD, y gestiona la sanidad pública en Ceuta y Melilla como en el resto de España lo hacen los respectivos servicios de salud; no ha dejado nunca de ser una Entidad Gestora de la Seguridad Social ¿o es que, acaso, para el personal estatutario que trabaje en Ceuta y Melilla le sería atribuible la competencia social y al resto de los servicios de salud autonómicos la competencia unificada contencioso-administrativa?

²¹ Por todas, las SSTs de 10 de noviembre de 2004, Rec. núm. 299/2004 y 27 de diciembre de 2004, Rec. núm. 394/2004, concluyen que los servicios de salud autonómicos “en cuanto han pasado en su conjunto a sustituir a una Entidad Gestora específicamente reconocida como tal por la Ley General de Seguridad Social y hoy desaparecida, merecen el reconocimiento de su carácter de Entidades Gestoras como lo era aquella”.

Cuesta mucho entender, al albur de considerar al personal del Sistema Nacional de Salud, que esa interpretación de inaplicación a los servicios de salud del art. 45.2 de la LGSS (74) por no ser Entidad Gestora surja ahora –en 2005- y no con anterioridad. Es decir, cuando en cada Autonomía se fueron formando sus servicios de salud y asumiendo las competencias de la atención sanitaria que les transfería el Estado. Algunos de estos servicios de salud llevan casi 25 años de funcionamiento, pues las primeras transferencias se produjeron en 1981 y desde 1986 la LGS organiza el mapa administrativo sanitario a través de los servicios de salud. Ello sin negar que, como afirma el Auto, se ha producido una redefinición de régimen jurídico del personal estatutario con la promulgación de la LEM y que la principal novedad legislativa es la declaración de relación funcionarial. Y sin dejar de reconocer que, efectivamente, ha sido superada la situación jurídica existente, en 1966, cuando se promulgó el art. 45.2 de la LGSS (74). Por lo cual, para nosotros también, el precepto ha perdido su justificación, vigencia y aplicabilidad en la nueva relación funcionarial especial.

Al hilo de las consideraciones del Auto otro problema que reluce aunque no es este el momento de abordarlo, es la creencia de que la prestación de asistencia sanitaria, tras un paulatino proceso de mutación del Sistema de Seguridad Social al Sistema Nacional de Salud, ha dejado de pertenecer a la Seguridad Social. Afirmación que por más extendida y repetida que sea (entre toda la doctrina administrativista e incluso una parte importante iuslaboralista y algunos juzgadores superiores) no responde a la realidad legislativa española. Al lector le bastará con acercarse a la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, para comprobar que la misma se dicta al amparo del art. 41 de la CE (además del 43) y que las competencias estatales que habilitan al Estado para su promulgación no son sólo las de sanidad del art. 149.1.16.^a de la CE sino también el título competencial de Seguridad Social del art. 149.1.17.^a de la CE ²². Si no le bastan estas apreciaciones, debería preguntarse porqué todas las cuestiones concernientes a la asistencia sanitaria pública, en cuanto prestación, son vistas en el orden social. Porque si fuera cierto que estas cuestiones no entran dentro de la órbita de la Seguridad Social a diario se producirían cientos de declaraciones de incompetencia de jurisdicción por parte de los juzgados de lo social y esto, a día de hoy, no sucede. Recordemos igualmente que al definirse la acción protectora de la Seguridad Social la letra a) del art. 38.1 del TRLGSS se refiere a la asistencia sanitaria.

²² Bastaría con leer la primera línea de la Exposición de Motivos de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, y la Disposición Final 1.^a 1 del mismo texto legal.

Sólo acertamos a comprender el embrollo de esta última cuestión desvinculándolo de la Seguridad Social y la respuesta dada a un problema de jurisdicción competente (que es la que se plantea a la Sala), si con ello el Tribunal tiene presente lo que dijo el TC en su Auto 351/1995 y busca evitar el desacato frente a aquella resolución (que entre sus argumentaciones, recordemos, el TC vinculaba la atribución al orden social de la actividad desempeñada por el personal estatutario con la Seguridad Social, por ser esta cuestión una de las que forman parte de la rama social del Derecho).

VI. LAS PRIMERAS CONTESTACIONES DE LOS JUZGADOS Y TRIBUNALES DE LO SOCIAL AL AUTO

Dos son las respuestas de los Tribunales sociales tras conocer el Auto arriba estudiado. Una primera de seguimiento de la interpretación realizada por la Sala de Conflictos (aunque la Ley no obligue a los Tribunales a mantener esa interpretación, ya que la resolución sólo afecta al conflicto de competencia planteado). Siguiendo esta posición podemos decir que se han mostrado algunos juzgados y Tribunales Superiores de Justicia de lo Social, por ejemplo los de Madrid, Murcia (Sentencia de 11 de julio de 2005 ²³ y Auto de 21 de julio de 2005 ²⁴), además de quienes con anterioridad al Auto ya habían mantenido la incompetencia de la jurisdicción social a la hora de enjuiciar las causas planteadas entre el personal estatutario y el correspondiente servicio de salud, como Castilla La Mancha.

La segunda, es de reacción, pues no son pocas las salas y juzgados de lo social, que, aun conociendo el Auto, vienen aplicando su propio criterio porque entienden que éste es más ajustado a la legalidad vigente. Para ellos el art. 45.2 de la LGSS (74) no ha sido derogado por la LEM, y, en consecuencia son órganos competentes para conocer de los planteamientos litigios sobre personal estatutario que se les plantean. Remitimos al lector a que realice un vistazo por los recopilatorios de sentencias, observará que Castilla y León, Cantabria y otros órganos judiciales de otras tantas Comunidades Autónomas incluida Andalucía continúan conociendo en la jurisdicción social sobre cuestiones contenciosas que plantea el personal estatutario.

Incluso el que fuese algo observador, sorprendido, descubrirá que la Sala de lo Social del TSJ de la Rioja ha cambiado su criterio. De forma que si antes de Auto del Tribunal Supremo había declinado su competencia, tras el pronunciamiento de la Sala de

²³ Rec. núm. 583/2005.

²⁴ Rec. núm. 5/2005. Con referencias no sólo a la declaración funcional especial del personal estatutario que aparece en la LEM sino también en la Ley 5/2001, de 5 de diciembre, del personal estatutario de la Región de Murcia.

conflictos, o al menos simultáneamente en el tiempo, ha vuelto a conocer en sede social de estos litigios. Pueden leerse las SSTSJ de la Rioja de 7 y 14 de julio de 2005²⁵, muy prolizas en sus argumentaciones.

Los argumentos dados para mantener el conocimiento de dichos asuntos en atención a la atribución de competencia al cobijo del art. 2.p) de la LPL que el art. 45.2 de la LGSS (74) realiza al orden social son los ya conocidos, pues los hemos descrito, en el Apartado 4.º de este comentario. Sólo nos resta decir que también estos juzgadores consideran que, y así lo manifiestan, *de lege ferenda* es conveniente la unificación competencial de estas materias en la Jurisdicción Contencioso-administrativa. Sin embargo llegan a la conclusión de que el legislador, pudiendo derogar el precepto, ha decidido mantenerlo vigente y con ello mantener la competencia de la jurisdicción social para conocer sobre las cuestiones litigiosas que se planteen entre el personal estatutario y los servicios de salud, porque para esos juzgadores la LEM no ha modificado la adscripción al orden social en su día realizada por el art. 45.2 de la LGSS (74).

VII. DOS PRÓXIMAS RESPUESTAS A LA CUESTIÓN DEBATIDA EN TORNO A LA VIGENCIA DEL ART. 45.2 DE LA LGSS (74). LA JUDICIAL (SEGURA E INMEDIATA) Y LA LEGAL (DESEABLE E IMPRESCINDIBLE)

En resolución de un recurso de casación para la unificación de doctrina un nuevo pronunciamiento al respecto de la vigencia o no de tan controvertida disposición ha de venir de la mano de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que, dentro de unos días, se reunirá en Sala General para resolver esta cuestión ya que existen, como se ha puesto de manifiesto en estas páginas, Sentencias contradictorias de las Salas de lo social de los Tribunales Superiores de Justicia en cuanto a la vigencia o no del art. 45.2 de la LGSS (74) tras la aprobación de la LEM.

Para el jurista esa solución que próximamente nos dé el Tribunal Supremo no será suficiente. Si bien para los órganos judiciales de lo social, en cuanto sean al menos dos sentencias, marcará jurisprudencia y entonces, a diferencia del Auto de 20 de junio de 2005, sí vinculará a los órganos sociales inferiores debiendo seguir el criterio que fije el Alto Tribunal.

La reciente Sentencia del Tribunal Supremo, sala de lo social, de 16 de diciembre de 2005, pronunciada en recurso de casación ordinaria n.º 39/2004, ha venido a convalidar la decisión del Auto del mes de junio, casando y anulando la STSJ de Castilla y León - Valladolid- de 17 de febrero de 2004 a la que antes nos hemos referido. El alto Tribunal concluye que aunque la LEM no contiene una expresa derogación del art. 45.2 de la

²⁵ Rec. núm. 103/2005 y 157/2005.

LGSS –74- corresponde al intérprete decidir si la fórmula derogatoria genérica de aquella norma alcanza a esta disposición referida a la competencia judicial del orden social para conocer un importante número de litigios del personal estatutario. Y llega a la conclusión de que al tratarse de funcionarios que se rigen por normas administrativas, haber sido derogados los viejos Estatutos que les daban cobertura y depender de instituciones sanitarias de la correspondiente Comunidad Autónoma y no ya de la Seguridad Social, el personal es dependiente de éstas (las CCAA) y no de las Entidades Gestoras ni empleado de las mismas y se rige por el Estatuto Marco. Por lo tanto, por parte de la sala de lo social del Tribunal Supremo se entiende que el precepto de la discordia, el viejo art. 45.2 de la LGSS-74-, *“quedó derogado por la Disposición Derogatoria de la Ley 55/2003, por contradecir lo en ella dispuesto y, en consecuencia desde la entrada en vigor de esa norma son competentes para el conocimiento de estos litigios los Juzgados y Tribunales de Orden Contencioso Administrativo en aplicación de lo dispuesto en el art. 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en relación al art. 1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio reguladora de esta jurisdicción. Solución coincidente con la doctrina establecida en el auto de la Sala de conflictos de este Tribunal Supremo de 20 de junio del año en curso (conflicto 48/2004), cuya solución expresamente admitimos”*. Declarando así la incompetencia por razón de la materia de los juzgados y tribunales del orden social.

Pero pensamos que la solución que venga por la interpretación de los jueces no será suficiente, ni satisfactoria, porque a nuestro juicio es necesario, ante una cuestión tan relevante como la que aquí se trata que afecta a una cuestión de orden procesal, que sea el Legislador, el legislador ordinario, quien determine la jurisdicción competente para resolver las pretensiones que se suscitan entre el personal estatutario y los servicios de salud (o INGESA) para los que prestan su trabajo. Es indispensable que haya un pronunciamiento expreso sobre la competencia jurisdiccional, siendo el legislador el único sujeto a quien por mandato constitucional (art. 117.3 de la CE) le corresponde determinar esta delimitación competencial.

Con esta petición no estamos negando que una forma de determinarse por las leyes la competencia jurisdiccional pueda ser mediante la vía compleja de la Disposición Derogatoria, como parece que lo hace el Estatuto Marco y así lo ha interpretado el propio Tribunal Supremo en el Auto de 20 de junio de 2005 y en la Sentencia de la sala de lo social de 16 de diciembre de 2005, sino que creemos que esa no es la manera más correcta de abordar una cuestión de tal calado.

Además no olvidemos que se trata de resolver un volumen importante de pleitos (que, hasta la fecha, responden a un alto nivel de judicialización suponiendo cerca de dos mil casos por año) y no sólo porque la seguridad jurídica encontraría de esta forma un lugar

en esta cuestión sino porque así se daría respuesta certera al principio de unidad jurisdiccional.

A nuestro juicio la solución final del legislador sólo puede ser una, por todos sobradamente conocida, que sea la vía contencioso-administrativa y sólo ésta la encargada de conocer los asuntos relativos al personal estatutario, pues no olvidemos que se trata de personal funcionario y la atribución *ratione materiae* es aquella ²⁶, aunque la estatutaria sea una figura funcional especial, según las reglas de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1998 [arts. 1.1 y 1.3 a)], así como del art. 9.4 de la LOPJ.

Por ello seguimos esperando el pronunciamiento del legislador rompiendo el silencio mantenido durante los últimos años. A él le corresponde fijar la sede procesal de las cuestiones del personal estatutario, y hacerlo en la jurisdicción contencioso-

²⁶ Aunque no queremos silenciar voces que, como la STSJ de Valencia de 4 de mayo de 2005, (antes citada) han interpretado que cualquiera de las dos jurisdicciones sería válida e incluso que más apropiado sería hacer esa atribución a la jurisdicción social si pensamos en el concepto material de trabajador del TJCE, cuestión que merece un amplio debate entre estudiosos de la función pública y *iustlaboralistas* y a la que con gusto, también, nos someteremos pues no nos parece que esté carente de fundamento. Además de tratarse de un Debate primario (con mayúscula) dentro del debate secundario que aquí tratamos sobre la competencia de jurisdicciones. A continuación reproducimos el fundamento de derecho 4.º de la citada resolución, por su importancia para una futura regulación común de las cuestiones de personal bajo el paraguas del empleo público: “Esta atribución de competencia podemos entenderla no excepcional, si partimos del concepto de trabajador comunitario a partir de la doctrina formulada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas interpretando la libertad de circulación de trabajadores dentro de la Comunidad (véase por ejemplo la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 5 de enero de 1998, cuando indica que el art. 48.4 -hoy art. 39.4 del Tratado de Roma (Ref. Iustel: §060002)- no se refiere a las actividades de médico especialista, que no implican participación alguna, directa o indirecta, en el ejercicio del poder público y en las funciones que tienen por objeto la salvaguardia de los intereses generales del Estado o de otras entidades públicas), por lo que sin perjuicio de considerar que tanto al orden jurisdiccional Contencioso-Administrativo como al social podía atribuirse legalmente la competencia, tal vez sería más acorde con el contenido de las tareas realizadas por ese personal, que la competencia natural fuera del orden jurisdiccional social, pues solo por un criterio exclusivamente formal derivado del modo de constituirse la respectiva relación jurídica (nombramiento no contrato) la competencia correspondería al orden Contencioso-Administrativo, siendo que las controversias que se suscitan - como es notorio a partir del objeto de los procesos planteados por este personal- casi siempre tienen que ver con la remuneración y el tiempo de trabajo, que son cuestiones típicas de la denominada por el artículo 9.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial «rama social del Derecho.

administrativa, siguiendo normas de competencia coherentes con los límites materiales de su fuero, nos acercará hacia el camino de la unidad jurisdiccional.

Sin embargo, sobre el futuro sólo podemos elucubrar. Para algunos las amplias potestades que ha diseñado el legislador estatal a favor de las CCAA en la determinación de los vínculos del personal a su servicio en las instituciones sanitarias podría suponer que, de manera progresiva, una parte importante del personal que trabaja en los servicios de salud y es ahora personal estatutario se '*laboralice*' y, por lo tanto, sea nuevamente la jurisdicción social la encargada de resolver la mayor parte de los (numerosos) litigios que en este ámbito de la sanidad pública se planteen. Bien es cierto que no en todas las Autonomías se observa esta tendencia. Quizá convendría al legislador, yendo más allá, estudiar la posibilidad de habilitar una jurisdicción que albergue todas las cuestiones del personal con independencia de cuál sea la concreta relación de empleo (funcionarial o laboral) que une al empleado público a la Administración Pública. A nuestra propuesta no le falta la oportunidad, precisamente cuando, en este momento, se está debatiendo la redacción de un Estatuto Básico del empleado público.