



Consejo Consultivo de Canarias

## D I C T A M E N 2 0 8 / 2 0 0 3

(Pleno)

La Laguna, a 12 de noviembre del 2003.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias en relación con el *Proyecto de Decreto por el que se aprueba y desarrolla el modelo de carrera profesional del personal facultativo del Servicio Canario de la Salud (EXP. 218/2003 PD)\**.

## F U N D A M E N T O S

### I

Mediante escrito de 4 de noviembre de 2003, el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno solicita preceptivamente y por el procedimiento de urgencia, al amparo de lo dispuesto en los artículos. 11.1.B.b), 12.1 y 20.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo, Dictamen sobre el "Proyecto de Decreto por el que se aprueba y desarrolla el modelo de carrera profesional del personal facultativo del Servicio Canario de la Salud".

La justificación de la urgencia se explicita en el escrito mediante el que se recaba el Dictamen en base a tres razonamientos de desigual alcance, que ciertamente confluyen con distinto grado de aplicabilidad para poder discernir y apreciar la concurrencia de las circunstancias argumentadas en orden al acortamiento del plazo ordinario disponible para evacuar la consulta. De La motivación fundada en la inminente promulgación de la normativa estatal básica cuya tramitación parlamentaria está concluida (Proyecto de Ley de Ordenación de las Profesiones Sanitarias); o en fase de finalización (Proyecto de Ley del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud), podría entenderse que el parecer del Consejo se requiere en plazo menor distinto del general abreviado de quince días

---

\* **PONENTE:** Sr. Reyes Reyes.

\* **VOTO PARTICULAR:** Sr. Doreste Armas.

para su despacho. Ello comportaría un notorio condicionante para el ejercicio de la acción consultiva, en cuanto conlleva indudables limitaciones, siendo fácilmente advertible que incluso pudiera perjudicar la finalidad garantista de su emisión preceptiva, con la extensión, contenido y tratamiento que la temática concernida requiere.

Con esta obligada salvedad se procede a evacuar la consulta requerida dentro del reducido plazo concedido.

## II

1. Se acompaña a la comunicación de petición del Dictamen el preceptivo certificado del Acuerdo gubernativo de toma en consideración del Proyecto de Decreto en su sesión de 4 de noviembre de 2003 (art. 48 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo). El PD objeto de análisis asimismo viene acompañado, entre otros, de los preceptivos informes de legalidad, acierto y oportunidad; la memoria económica de la Dirección General de Recursos Humanos y el informe de la Inspección General de Servicios (art. 44 de la Ley 1/1983, de 14 de abril, del Gobierno) y del Servicio Jurídico del Gobierno (art. 20.f) del Reglamento de este Servicio, aprobado por Decreto 19/1992, de 7 de febrero). Igualmente constan los informes emitidos por las Direcciones Generales de Recursos Económicos, de Planificación y Presupuesto y de la Función Pública; también los certificados acreditativos de los acuerdos alcanzados por la Mesa Sectorial de Sanidad, el grupo de trabajo de carrera profesional y la Comisión de la Función Pública; y el informe de la Comisión de Secretarios Generales Técnicos.

2. La preceptividad de la solicitud del Dictamen ha de devenir de la naturaleza de la norma reglamentaria sobre cuya adecuación jurídica ha de pronunciarse este Consejo. Una vez constatado el grado de cumplimiento de los requisitos formales del texto normativo proyectado, resulta indispensable analizar la naturaleza de la norma reglamentaria de referencia.

La calificación efectuada por el órgano petionario del Dictamen comporta la premisa de que estamos ante un Reglamento ejecutivo de ley, que como con reiteración ha sostenido este Consejo implica que: "en el sentido tradicional y más literal del concepto pormenoriza, aplica y concreta la ley que constituye su habilitación y límite" (DCC 70/2003).

Para la aceptación de dicha catalogación hemos de estar ineludiblemente al ajuste del parámetro, al expreso designio de la norma legal que reconduce en estos supuestos la preceptividad a los “proyectos de reglamento de ejecución de leyes autonómicas, de desarrollo de normas básicas del Estado y, en su caso, de normas de la Unión Europea (Artículo 11.1.B.b) LCCC).

En el presente caso el PD pretende ser desarrollo de la regulación contenida en la Disposición Adicional Decimoséptima de la Ley 13/2002, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Canarias para 2003 (LPGCAC), que habilita expresamente al Gobierno para la regulación y aplicación del complemento de productividad del personal facultativo fijo del Servicio Canario de Salud que percibe sus retribuciones por el sistema establecido por el Real Decreto-Ley 3/1987, de 11 de septiembre, mediante decreto.

Con independencia de las observaciones que posteriormente formularemos en relación con el contenido de dicha Disposición Adicional, desde una vertiente estrictamente formal puede considerarse que el objeto de este Dictamen lo constituye una propuesta de norma reglamentaria de la naturaleza que motiva la preceptividad de la solicitud, de acuerdo con las condiciones examinadas.

### III

1. El artículo 1.2, de carácter básico, de la ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, LMRFP, contempla normas específicas de desarrollo de la misma para adaptarla a las peculiaridades del personal sanitario al servicio de las Administraciones públicas; y su D.T. IV<sup>a</sup> prevé que el personal estatutario de la Seguridad Social se rija por la legislación que se dicte de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.2.

Es importante destacar que, según el artículo 1.2 LMRFP en relación con la D.T. IV<sup>a</sup> de la misma, la legislación básica de función pública se adaptará al personal sanitario, incluido el de régimen estatutario; esto significa que la legislación de función pública se aplica a este último. Por consiguiente, conforme al artículo 32.6 del Estatuto de Autonomía, la Comunidad Autónoma tiene competencia legislativa para desarrollar el régimen básico específico del personal estatutario de sus servicios sanitarios. Esta conclusión se halla confirmada por el artículo 2.2 de la Ley 2/1987, de 30 de marzo, de la Función Pública Canaria, LFPC.

La legislación básica posterior a la LMRFP en la misma línea que ésta contempla un Estatuto Marco del personal estatutario sanitario cuyo desarrollo le corresponde a las Comunidades Autónomas (artículo 84, de carácter básico, de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, LGS; y artículo 41.2, de carácter básico, de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, LCCSNS).

Este Estatuto Marco general no ha sido establecido aún por el Estado, aunque actualmente se está tramitando por las Cortes Generales un proyecto de ley del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud. Hasta la fecha el Estado se ha limitado a regular un aspecto parcial, el de las retribuciones, cuyo régimen el artículo 84 LGS reserva a ese Estatuto Marco. Esa regulación está contenida en el Real Decreto-Ley 3/1987, de 11 de septiembre, sobre retribuciones del personal estatutario sanitario (en adelante, DL).

Sin embargo, la ausencia de legislación básica previa no impide que las Comunidades Autónomas legislen sobre la materia (SSTC 32/1981, de 28 de julio y 173/1998, de 23 de julio), siempre que respeten las bases que se pueden inferir de la legislación preconstitucional. Pero aquí no se está ante una situación de ausencia absoluta de legislación básica porque el artículo 40 LCCSNS menciona la carrera profesional como un elemento del desarrollo profesional y el artículo 41.1 LCCSNS la define como el derecho de los profesionales a progresar de forma individualizada como reconocimiento a su desarrollo profesional en cuanto a conocimientos, experiencia en las áreas asistenciales, investigación y cumplimiento de los objetivos de la organización en la cual prestan sus servicios; y, además, el citado Decreto-ley (DL) regula, como se dijo, su régimen de retribuciones.

2. El artículo 1 DL dispone que el personal estatutario sólo podrá ser retribuido por los conceptos que establece, entre los cuales el artículo 2.2.c) incluye un complemento de productividad destinado a remunerar el especial rendimiento, la iniciativa y la participación en programas o actuaciones concretas.

En desarrollo de este precepto básico la D.A. XVIIª de la Ley 13/2002, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma para 2003 estableció que ese complemento de productividad remunerará "entre otros" la participación del personal facultativo fijo del Servicio Canario de Salud (SCS) en un programa de carrera profesional, encomendando al Gobierno el desarrollo del modelo de carrera profesional que "se ajustará a la normativa básica que al efecto

establezca el Estado", definió al modelo de carrera profesional como medida de motivación profesional, el cual habrá de contemplar, entre otros aspectos, el reconocimiento de la cualificación, la experiencia en las tareas asistenciales, investigación, participación en la docencia y cumplimiento de objetivos; y dispuso que inicialmente se aplicará a los facultativos de atención especializada, extendiéndose posteriormente al resto del personal facultativo y categorías para las que así lo prevea la normativa básica.

Se puede interpretar que el mandato de que el modelo de carrera profesional a establecer por el Gobierno se ajuste a la normativa básica que se establezca y la previsión de que se aplique a aquellas categorías distintas de las de facultativos "para las que así lo prevea la normativa básica", configura una habilitación del ejercicio de la potestad reglamentaria sujeta a la condición de que se apruebe la normativa básica reguladora de la carrera profesional, de modo que en tanto el Estado no la establezca, el Gobierno canario no podrá regularla.

Apoya esta interpretación el hecho de que el artículo 103.3 de la Constitución reserve a la ley el estatuto de los funcionarios públicos que comprende -según las SSTC 99/1987, de 11 de junio, FJ 3.c); 235/2000, de 5 de octubre, FJ 5; y 37/2002, de 14 de febrero, FJ 5- las condiciones de promoción de la carrera administrativa. Es obvio que regular la carrera profesional de los facultativos, en régimen funcional o estatutario, del servicio público de salud comporta indudable afectación a su carrera administrativa y que, por consiguiente, en virtud del artículo 103.3 de la Constitución, la ley ha de regular ella misma las condiciones de promoción, correspondiéndole al reglamento "complementar o particularizar, en aspectos instrumentales y con la debida sujeción, la ordenación legal de la materia reservada" (STC 99/1987). Pero el legislador no puede abdicar, en las materias reservadas a la ley, de regular esa materia mediante remisiones en blanco a la potestad reglamentaria o escasamente condicionadoras, sino que ha de ser "reconocible en la ley misma una determinación material suficiente de los ámbitos incluidos en el estatuto funcional, descartándose, de este modo todo apoderamiento explícito o implícito a la potestad reglamentaria para sustituir a la norma de ley en la labor que la Constitución le encomienda" (SSTC 99/1987, de 11 de junio, FJ3,c); 235/2000, de 5 de octubre, FJ,5; y 37/2002, de 14 de febrero, FJ 5).

La única regulación material que contiene al respecto la D.A. XVIIª de la Ley 13/2002 consiste en señalar que contemplará el reconocimiento, experiencia en las tareas asistenciales, investigación y participación en la docencia y cumplimiento de objetivos y permite sin condicionante alguno que el reglamento introduzca otros méritos o requisitos. En todos los demás aspectos fundamentales como los grados o niveles de esa carrera profesional, los requisitos para pasar de uno a otro, los criterios de evaluación, órganos a los que corresponde realizarla, garantías de cualificación de sus miembros, procedimiento de evaluación, no contiene en absoluto un mínimo de regulación sustantiva para que luego el reglamento la desarrolle.

A la vista de su contenido apreciamos que la D.A. XVIIª de la Ley 13/2002 habilita el ejercicio de la potestad reglamentaria con la condición suspensiva de que se establezca esa normativa básica. Sólo cuando entre en vigor ésta podrá dictar el reglamento el Gobierno, en primer lugar porque así resulta de su dicción literal, en segundo lugar, porque en ese momento es cuando inicialmente habrá una regulación legal básica con la suficiente densidad normativa que deje margen al desarrollo autonómico y que cumpla con las exigencias de la reserva de ley de las condiciones de promoción de la carrera del personal estatutario; todo ello al margen de que determinadas opciones normativas, por la elasticidad y amplitud con que se configuran por la legislación básica del Estado puedan y deban exigir una previa ley autonómica.

3. El legislador de la Ley 13/2002 era consciente de que, al tiempo de aprobar la D.A. XVIIª, estaba ya en tramitación en las Cortes Generales un proyecto de ley que pretendía regular parte de la materia concernida ; y se ultimaban además los trámites de elaboración de otros proyectos de ley que contenían normativa básica relativa a la materia regulada por dicha D.A. XVIIª; y decidió condicionar el ejercicio de la potestad reglamentaria a la entrada en vigor de esa normativa, que está constituida por la citada ley 16/2003, de 28 de mayo, del Cohesión del Sistema Nacional de Salud, LCCSNS, la recientemente aprobada y aún no publicada Ley de Ordenación de las Profesiones Sanitarias, LOPS, y el proyecto de ley del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud, PLEM, en tramitación actualmente en el Senado.

El mismo Gobierno conoce esta realidad porque en el acuerdo de toma en consideración y de solicitud de Dictamen se justifica la urgencia de éste entre otras razones en la tramitación del PLEM y de la LOPS, esto significa que ante la próxima

realización de la condición suspensiva del ejercicio de la potestad reglamentaria el Gobierno se apresta a desplegarlo y que, puesto que la propia D.A. XVIIª establece que su desarrollo reglamentario ha de ajustarse a la legislación básica, el parámetro conforme al cual entendemos que procede dictaminar está constituido esencialmente por la D.A. XVIIª, si bien resulta inevitable para este Consejo atender asimismo el contenido de la LOPS de inminente publicación e inmediata entrada en vigor puesto que su Disposición Final IIIª la señala para el día siguiente de su publicación en el Boletín Oficial del Estado.

Formulamos esta última apreciación y nos ceñiremos a dicho parámetro, con carácter general y particularmente en las observaciones al articulado del PD, porque no puede desconocerse la aludida circunstancia de que la vigencia de la expresada LOPS, sólo pende del cumplimiento de los trámites finales de obligado cumplimiento que el artículo 91 de la C.E. determina de modo preciso: "El Rey sancionará en el plazo de quince días las leyes aprobadas por las Cortes Generales, y las promulgará y ordenará su inmediata publicación".

Especial significación debe hacerse del Título III de la LOPS [Del Desarrollo Profesional y su Reconocimiento] que se refiere a lo que el PD y el Derecho estatal vigente denominan "carrera profesional".

El redactor del PD conoce los riesgos de que la Comunidad Autónoma proceda al desarrollo de bases estatal muy pocas fechas antes de que entren en vigor, lo que es el caso.

La inconstitucionalidad sobrevenida de la normación autonómica puede evitarse con una simple y prudente espera hasta tanto esa legislación básica sea aplicable, siempre que no exista causa mayor que obligue a la aprobación anticipada del Decreto proyectado.

4. Al respecto se ha de destacar que el artículo 41 LCCSNS define la carrera profesional del personal del Sistema Nacional de Salud como el derecho de los profesionales a progresar, de forma individualizada, como reconocimiento a su desarrollo profesional en cuanto a conocimientos, experiencia en tareas asistenciales, investigación y cumplimiento de los objetivos de la organización en la cual prestan sus servicios; que el artículo 37.1 LOPS define el sistema de reconocimiento del desarrollo profesional como el reconocimiento público, expreso y

de forma individualizada del desarrollo alcanzado por un profesional en cuanto a conocimientos, experiencia en las tareas asistenciales, docentes y de investigación, así como en cuanto al cumplimiento de los objetivos asistenciales e investigadores de la organización en la que prestan sus servicios; que el artículo 37.2 ordena que el reconocimiento del desarrollo profesional sea público y con atribución expresa del grado alcanzado por cada profesional; que el artículo 37.3 define como voluntario el acceso al sistema de desarrollo profesional; que el artículo 38 LOPS establece los siguientes principios de ese sistema: a) el reconocimiento se articulará en cuatro grados, sin embargo las Comunidades Autónomas pueden establecer un grado inicial previo; b) la obtención del primer grado y el acceso a los superiores requerirá la evaluación favorable de los méritos del interesado en relación a sus conocimientos, competencias, formación continuada acreditada, docencia, investigación, resultados y calidad de su actividad asistencial y cumplimiento de los indicadores establecidos para su valoración y, por último, su implicación en la gestión clínica; c) para la obtención del primer grado son necesarios cinco años de ejercicio profesional y la evaluación para acceder a los grados superiores sólo puede solicitarse cuando hayan transcurrido como mínimo cinco años desde la anterior evaluación positiva; en caso de evaluación negativa puede solicitar una nueva transcurridos dos años; d) un comité en cada centro o institución, integrado en su mayoría por profesionales de la misma profesión sanitaria del evaluado, así como por representantes del servicio o unidad del evaluado y evaluadores externos designados por Agencias de Calidad o sociedades científicas; e) derecho de los profesionales a hacer constar públicamente su grado; f) estos criterios generales se deben adaptar y acomodar a las condiciones y características organizativas, sanitarias y asistenciales de cada servicio de salud.

La D.A. IVª LOPS dispone que se negocie con los sindicatos que legalmente corresponda los efectos del reconocimiento de grados sobre la estructura de las retribuciones y la cuantía.

La D.T.IIª LOPS fija un plazo máximo de cuatro años a partir de su entrada en vigor dentro del cual deben iniciarse los procedimientos para su implantación en todas las profesiones sanitarias.

En cuanto al PLEM, se significa que no lo analizamos como parámetro de legalidad, a los fines de este Dictamen, dado su estado de tramitación parlamentaria y la previsión de su artículo 40, que establece los criterios generales de la carrera

profesional -definida de manera idéntica a como la define el artículo 41.1 LCCSNS- se remite a la LOPS. Formulamos esta indicación valorando además que la Ley 16/2003, de 28 de mayo (LCCSNS) establece en su art. 41.1.2 que el estatuto marco previsto en el art. 84 LGS contendrá la normativa básica aplicable al personal del Sistema Nacional de Salud, a desarrollar por las Comunidades Autónomas.

## IV

Otras objeciones que se pueden formular al PD sometido a dictamen son las que siguen.

1. El artículo 1.3 del proyecto de reglamento (en adelante PR) contradice la D.A. XVIIª de la Ley 13/2002 que dispone que el modelo de carrera profesional se aplique tanto a los facultativos fijos de atención especializada como al resto del personal facultativo. Por personal facultativo se entiende aquel que esté en posesión de un titulación universitaria que le habilite para el ejercicio de una profesión sanitaria; así, verbigracia, los licenciados en Medicina, Farmacia, Odontología, ciencias de la Salud y los Diplomados en Enfermería, Fisioterapia, Terapia Ocupacional, Podología, Óptica y Optometría, Logopedia, Dietética y Nutrición (Véanse al respecto los artículos 2, 6 y 7 LOPS que no hacen más que confirmar este criterio que resulta de los Reales Decretos que regulan cada una de las titulaciones mencionadas).

Parte de este personal facultativo desarrollará las funciones correspondientes a la atención primaria y a la atención especializada según los artículos 12 y 13 LCCSNS, pero otra parte de ese personal facultativo desempeñará las funciones de la asistencia sanitaria contemplada en los artículos 14 a 18 de dicha Ley (socio sanitaria, de urgencia, farmacéutica, ortoprotésica, dietética).

El artículo 1.3 PR al disponer que la carrera profesional se aplique sólo al personal facultativo fijo de atención Especializada y de Atención Primaria, no se ajusta a la determinación de la D.A. XVIIª que incluye sin excepciones a todo el personal fijo independientemente del carácter de las funciones que ejerza, lo que además contradice la previsión del apartado 1 del mismo art. 1 del PD.

2. El artículo 5 PR no incluye como mérito a evaluar las funciones de gestión clínica definidas en el artículo 10.2 LOPS, lo cual contradice los artículos 10.3 y 38.1.b) LOPS que lo imponen como uno de los criterios de evaluación.

3. De la regulación de los apartados 3 y 4 del artículo 7 PR en relación con el artículo 9 del mismo resulta que la Comisión de Evaluación eleva una propuesta motivada al Director del Servicio Canario de Salud el cual puede apartarse motivadamente de ella. Esto significa que el Director del Servicio Canario de Salud puede hacer su propia evaluación, divergente de la de la Comisión, que ésta no formula más que una mera propuesta de evaluación, que el Director la puede hacer suya o realizar otra distinta. Esto contradice el artículo 38.1.d) LOPS que establece taxativamente que la evaluación corresponde realizarla en exclusiva a los Comités específicos que regula, con una composición exclusivamente científico-técnica y de acuerdo con criterios del mismo carácter.

4. El artículo 38.1,d) LOPS establece como criterio general que en cada centro o institución se cree un Comité encargado de realizar la evaluación y la letra f) del mismo artículo 38.1 contempla que ese criterio se acomode y adapte a las condiciones y características organizativas, sanitarias y asistenciales del Servicio de Salud o de cada uno de sus centros, pero no permite su inaplicación.

El artículo 8.1 PR contempla únicamente dos comisiones de evaluación dependientes de la Dirección General de Recursos Humanos del SCS, lo cual no es una acomodación o adaptación del criterio del artículo 38.1.d) LOPS, como sería, por ejemplo, que para los centros de salud de cada Área de Salud se constituyera un único comité, sino que representa una infracción lisa, llana y directa del artículo 38.1.d) LOPS.

5. La composición de las comisiones de Evaluación que se regula en el artículo 8.2 PR contradice el artículo 38.1.d) LOPS que dispone que el comité de evaluación esté formado en su mayoría por profesionales de la misma profesión sanitaria que el evaluado, que participen en ella representantes del Servicio o Unidad al que pertenezca el evaluado y evaluadores externos designados por Agencias de Calidad o Sociedades Científicas.

Dado lo dispuesto en el art. 22.2 de la LRJAP-PAC, en el art. 8.2 debe indicarse el régimen de la vicepresidencia de la Comisión.

6. La Disposición Transitoria Segunda PR pretende conferir los grados de desarrollo profesional a las categorías de facultativos que designa sin evaluación previa, sino tan solo mediante su mera solicitud siempre que reúnan el periodo mínimo de servicios que para cada grado establece el artículo 3.1 PR.

Esta regulación implica alterar el concepto mismo de carrera profesional y sustituirlo por el mérito de la antigüedad en el servicio, el cual tiene una retribución específica y distinta en el artículo 2.2.b) del Decreto Ley.

La retribución por productividad (artículo 2.3.c), dirigida a retribuir el especial rendimiento, el interés, la iniciativa y la participación en programas; y recuérdese que la D.A. XVIIª de la Ley 13/2002 liga la percepción del complemento de productividad a la participación en un programa de carrera profesional como medida de motivación profesional como reconocimiento de cualificación, experiencia en tareas asistenciales, investigación, participación en la docencia y cumplimiento de objetivos.

Con esta D.T IIª del PR el complemento de productividad se convierte en un complemento por antigüedad, con lo que contradice tanto el Decreto-Ley de carácter básico como la D.A. XVIIª de la Ley 13/2002, además de retribuirse por dos conceptos el mismo mérito, la antigüedad.

Se contradice también el artículo 37.2 y 38.1 LOPS, conforme a los cuales el grado de desarrollo profesional se atribuye a cada profesional por el ejercicio de sus funciones, previa evaluación favorable de sus méritos profesionales entre los cuales no se incluye la antigüedad en el servicio; y que exige que para acceder al segundo y posteriores grados es requisito inexcusable que haya ostentado el anterior como mínimo durante cinco años.

En definitiva, consideramos que no existe razón de interés general alguno que explique la incorporación a la carrera profesional sin evaluación que se contempla en la disposición transitoria segunda A. Ello contraría los principios de igualdad en la ley y, por extensión y aplicación analógica, los de mérito y capacidad como únicas reglas que deben medir el acceso y promoción en la función pública.

Sí es constitucionalmente admisible la segunda excepción a la exigencia de evaluación que se contempla en el apartado B de la misma disposición, toda vez que de conformidad con la Ley 16/2001 que se cita en la disposición, ese personal ya ha pasado un proceso selectivo en el que se valorado su competencia, aptitud e idoneidad [art. 4.1.1 Ley cit.], experiencia [art. 6.3.1.], tesis doctoral [art. 6.3.2.1.e] y la docencia [art. 6.3.2.1.f].

7. Debe preverse la posibilidad de que el interesado haya desempeñado varias categorías y/o especialidades durante el tramo temporal evaluable. Si no, quedarían excluidos de la evaluación, lo que no tiene sentido.

## CONCLUSIONES

1.- La exigencia contenida en la D.A. XVII de la Ley 13/2002, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Canarias para 2003, respecto a que el modelo de carrera profesional ha de ajustarse a la normativa básica que establezca el Estado, obliga a que dicha regulación en el ámbito autonómico se atempere a las prescripciones de dicha normativa estatal, en la forma reflejada en el precedente Fundamento III.

2.- Sin perjuicio de la anterior consideración, se formulan observaciones al articulado del Proyecto de Decreto en el Fundamento IV.

**VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL EXCMO. SR. CONSEJERO-PRESIDENTE ANTONIO DORESTE ARMAS, AL DICTAMEN 208/2003 DEL PLENO (EXP. 218/2003 PD).**

Disiento parcialmente del criterio de mis compañeros en dos aspectos concretos -pero capitales en el Dictamen-, cuales son, en primer lugar, que no se ha cumplido la reserva de Ley en la regulación de la materia objeto del PD dictaminado y, en segundo término, en la trascendente conclusión según la cual es necesario examinar, como parámetro de legalidad la Ley de Ordenación de las Profesiones Sanitarias (LOPS), además, disiento también en dos aspectos marginales del articulado, a mi juicio olvidados por el Dictamen.

### A) Sobre la reserva de Ley (FJ III).

A.1.) Uno de los aspectos capitales de mi discrepancia que es el del incumplimiento de la exigencia de reserva de Ley formal para la regulación de esta materia, aspecto éste al que se dedica el citado FJ III del presente Dictamen.

De entrada, ya resulta discutible que el PD regule materialmente la carrera profesional, entendida ésta con la amplitud del concepto tal y como ha sido acuñado por el Derecho Positivo Estatal (Título IV, arts. 70 y ss. del R.D. 364/95,

principalmente, y párrafo 9º de la E.d.M. de la ley 30/84) y por la doctrina científica. Pese al rótulo del PD objeto de Dictamen, éste no regula materialmente la carrera administrativa más que parcialmente, en el aspecto concreto de regular un concepto retributivo que -acaso desafortunadamente- ha decidido denominarlo así.

En todo caso, aún entendiendo que esta regulación, pese a ser parcial, tiene como objeto la carrera administrativa, entiendo que se ha cumplido la reserva de Ley exigida por los arts. 23.2, 53.1 y 103.3 CE y STCo 99/87, y, por no reiterar la motivación contenida en el Dictamen, muestro mi conformidad con la línea argumental contenida en los primeros párrafos del Fundamento III del Dictamen. Pero entiendo que se debe afirmar y no establecer como posibilidad hermenéutica (“Se puede interpretar”) la suficiencia de la habilitación contenida en la D.A. XVIIª de la Ley Territorial Canaria 13/02, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma para 2.003, incluso entendido este complemento de forma autónoma, (el mal llamado “carrera profesional”) y, aún con mayor razón, entendiéndolo como subconcepto del complemento de productividad.

Disiento del Dictamen en el resto de ese FJ III, por cuanto que entiendo que el texto de la habilitación legal no es “escasamente condicionadora de la potestad reglamentaria”, sino que es suficiente, estimando que el legislador goza de amplia autonomía para dar más o menos margen al ejercicio de la potestad reglamentaria, siempre que no lo haga en blanco o en una forma próxima a ésta (STCo 99/87 y demás citadas en el Dictamen). La habilitación legal es suficiente, parca si se quiere, pero suficiente para que el ejecutivo pueda ejercitar la potestad reglamentaria, máxime cuando señala en su cuarto párrafo (sin numerar en la Ley) los criterios para su establecimiento, lo que despeja la sombra de una habilitación en blanco o próxima a ella.

Tampoco comparto la -a mi juicio- forzada conclusión que el Dictamen extrae del último párrafo de la comentada norma legal. Según el Dictamen, esta habilitación legal (la citada D.A., XVII de la Ley Territorial Canaria 13/02) está sujeta a una condición suspensiva cual sería el establecimiento de la normativa básica estatal. Esta interpretación se fundamenta sólo en la utilización exclusiva del criterio literal (y aún forzado, se insiste, a través de un análisis semántico), olvidando que, primeramente, debe reservarse la labor hermenéutica sólo cuando el precepto legal ofrezca dudas (“in claris non fit interpretatio”, según el clásico brocardo) y, desde

esta perspectiva, entiendo que de una lectura llana del precepto no ofrece duda alguna ("El modelo de carrera profesional aprobado por el Gobierno de Canarias se ajustará a la normativa básica que al respecto establezca el Estado" es el tenor literal del precepto). Pero aún admitiendo la posibilidad de interpretación, no basta la interpretación gramatical o semántica, sino que debe ser combinada con el resto de los criterios exegéticos que señala el art. 3.1 del Código Civil (STS 5-3-83 y las que en ella se citan), a diferencia de los criterios interpretativos de los contratos, en los que sí existe jerarquía y no precisamente favorable a la estricta exégesis literal (art. 1.281 del C.C.).

Por el contrario la lectura llana de este último párrafo de la norma legal habilitante conduce a la conclusión de que se refiere a la natural sujeción de la normativa reglamentaria canaria a la previsible futura normativa básica estatal. Lo contrario llevaría a una conclusión absurda (que debe rechazarse ex STS 9-6-56), porque sería inútil la habilitación condicionada "ad futuram" de la Ley Estatal.

A.2.) En segundo término, no comparto que haya que considerar como parámetro de legalidad a la LOPS, aprobada ya por las Cortes, pero no publicada.

El único apoyo que el Dictamen ofrece para ello es la cita del art. 91 CE, que sólo indica que "el Rey sancionará en el plazo de 15 días las Leyes aprobadas por las Cortes Generales, y las promulgará y ordenará su inmediata publicación".

A mi criterio, este precepto, pese a su rango constitucional, no permite que la citada Ley (aún "Lege ferenda") sea tomada como parámetro de referencia para examinar el presente PD; esto es, aún no es Ley, o, al menos, no despliega eficacia alguna.

Frente a este precepto, el aplicable -a mi juicio- es el art. 9.3 CE (la publicidad de las normas) y, sobre todo, el art. 2.1 del Código Civil, que señala taxativamente que las Leyes entrarán en vigor a los veinte días de su completa publicación en el B.O.E.

Por tanto, la LOPS, en tanto no se sancione, promulgue y, sobre todo, en tanto no se publique, no es Ley, no forma parte del Ordenamiento Jurídico, carece de eficacia y, por tanto, no puede servir de parámetro de legalidad para enjuiciar el presente PD.

Con ello no sólo cae la crítica principal del Dictamen (que se arrastra a la Conclusión 1ª) sino que caen también todas las abundantes observaciones y reparos hechos al articulado del PD en el último Fundamento Jurídico del Dictamen (apartados 3 a 7, inclusivos).

Ello no implica que el Dictamen deba desconocer en absoluto las previsiones de esta LOPS, dado que la sanción, promulgación y publicación de la Ley son actos reglados, pero las discrepancias entre tal LOPS y el PD deben formularse a título de recomendación y no como objeción o reparo, que es lo que hace el Dictamen del que disiento.

### **B) Sobre el articulado.**

B.1.) El art.5, apartados 3 y 5 A se refiere a la actividad asistencial, concepto éste que resulta indeterminado que una norma reglamentaria como esta debería concretar, máxime dado el peso de este criterio en el sistema de evaluación (apartado 4) que impide a quienes desempeñen actividad asistencial acceder a los dos niveles superiores (niveles 3 y 4), relegándolos al nivel 1 y siendo extremadamente difícil acceder al nivel 2 ya que tendrían que obtener la máxima puntuación en el resto de los cuatro factores. Se trata de un elemento que podría afectar al principio de seguridad jurídica del art. 9.3 CE.

B.2.) El apartado 7º del último Fundamento Jurídico critica la D.T. 2ª en cuanto introduce el criterio de la antigüedad para configurar la carrera administrativa, calificando que este criterio “implica aniquilar el concepto mismo de la carrera profesional”, calificación que no comparto por cuanto es posible tal inclusión, tal y como este concepto (la carrera profesional) se entiende doctrinal y positivamente.

Es más, es que, históricamente, este criterio ha sido el predominante (en la Ley de Bases de 1918 y en el Estatuto de Bravo Murillo) y el hecho de que los arts. 70 y ss. del RD 364/95 hayan centrado la carrera en otros criterios no excluye que el legislador pueda conservar o recuperar el de antigüedad como un criterio más en la progresión en la carrera administrativa.

Este es mi voto particular por el que disiento de la mayoría del Consejo que presido, voto que firmo y rubrico en la misma fecha y lugar del Dictamen del que me aparto.