

EL RESURGIR DE UNA VIEJA POLÉMICA (INTERESADA): LOS MÉDICOS SIN TÍTULO DE ESPECIALISTA.

(Artículo publicado en El Derecho.com el 13 de febrero de 2018 http://www.elderecho.com/tribuna/administrativo/medicos-titulo-especialista_11_1192180004.html)

Vicente Lomas Hernández.

Doctor en Derecho.

Jefe de Servicio de Coordinación Jurídica

Servicio de Salud de Castilla-La Mancha

PRIMERO.- A lo largo de estos días los distintos medios de comunicación¹ se han hecho eco de las declaraciones realizadas por distintos colectivos, profesionales, políticos, y hasta del Ministerio de Sanidad, para resucitar- y digo bien- lo que en realidad es viejo debate y además cerrado por el Tribunal Supremo: la presencia en las Instituciones Sanitarias de médicos (muchos de ellos extracomunitarios) sin título de especialista.

La carencia de especialistas para la cobertura de las necesidades asistenciales de los centros hospitalarios ha consolidado desde la década de los años 90 una figura que viene siendo habitual en el Sistema Nacional de Salud desde sus orígenes: los M.E.S.T.O.S (o médicos especialistas sin título oficial). El Ministerio de Sanidad y Consumo planteó la cuestión del colectivo MESTO en España ya entre los años 1996 y 1998 en diversas instancias comunitarias en el marco del artículo 43 de la Directiva 93/16/CEE.

Los MESTOS son licenciados en Medicina y Cirugía que, durante decenas de años en muchos casos, han prestado servicios profesionales para el sistema público de salud ejerciendo en todo tipo de especialidades médicas, todo ello por la necesidad de cubrir puestos de especialistas en los Hospitales del sistema público. Durante años, los MESTOS han desempeñado con profesionalidad su trabajo, contribuyendo a la formación de médicos internos residentes. Cuentan

1

http://cadenaser.com/emisora/2018/01/25/ser_ciudad_real/1516884156_539086.htm

<http://www.lavanguardia.com/local/sevilla/20180127/44324494515/defensor-del-paciente-pide-a-fiscalia-investigar-la-posible-contratacion-irregular-de-dos-anestesistas-en-ubeda.html>

http://www.abc.es/sociedad/abci-sanidad-confirma-para-ejercer-ginecologo-tener-titulo-oficial-201801232052_noticia.html

http://www.medicosypacientes.com/articulo/el-consejo-de-colegios-de-medicos-de-castilla-la-mancha-recalca-que-la-colegiacion-es?utm_source=Newsletter+MyP&utm_campaign=a990686d49-Newsletter+MyP&utm_medium=email&utm_term=0_f7ccd7418d-a990686d49-438966165

incluso con una asociación profesional para la defensa de sus intereses como colectivo (Asociación de Médicos Especialistas sin Título Oficial).

El hecho de que un gran colectivo de médicos generales venga desempeñando funciones de especialista sin contar con el correspondiente título oficial es una realidad que encuentra amparo en nuestro Ordenamiento Jurídico y que ha sido reconocida en numerosas ocasiones por la jurisprudencia.

SEGUNDO.- En efecto, las Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de marzo, 21 de mayo, 26 de julio y 14 de octubre de 1996 (, así como las de 2 de abril, 18 de julio y 26 de julio de 1997, entre otras, establecen una doctrina específica para el caso de cambio de médico no especialista por otro especialista para la misma plaza y centro, como advierte también la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 1997 (RJ 1997\4090).

Todas estas sentencias analizan casos de nombramiento de médicos generalistas para funciones de especialista, situación que, si bien no se encuentra expresamente prevista en las normas reguladoras de las relaciones estatutarias, sí que se contiene de manera implícita en las disposiciones que a continuación se citarán.

El nombramiento de un médico general como especialista responde, como ha señalado expresamente la Sentencia del Tribunal Superior de Andalucía, Sala de lo Social, de 29 de enero de 1999 a una necesidad eventual extraordinaria y la Jurisprudencia tiene en cuenta que dado que la titulación de especialista es preceptiva para ejercer la profesión con este carácter, tanto en instituciones sanitarias públicas como privadas, y dado que el art. 1.2 de la Ley General de Sanidad establece que la prestación de la asistencia sanitaria se regirá por un principio de eficacia, entre otras actuaciones, mediante la asistencia especializada con mecanismos adecuados en el ámbito hospitalario (art. 69.3), es evidente que sólo circunstancias extraordinarias vinculadas a la necesidad de tutelar la salud pública pueden justificar la contratación de un facultativo no especialista para puesto que requiera especialidad, cuáles serían las derivadas de carencia absoluta de especialistas que haga necesario cubrir transitoriamente la plaza, al no poder dejar de prestarse el servicio de los ciudadanos que lo precisen.

Es doctrina jurisprudencial que los nombramientos de MESTOS, que obedecen a la ausencia de médicos especialistas, se extinguen válidamente cuando se designe a un facultativo especialista, sin que dicha condición resolutoria pueda considerarse abusiva ni arbitraria.

La contratación de facultativos con título de médico general reconocido en España para la realización de funciones de especialista resulta, por tanto, ajustada al ordenamiento jurídico siempre y cuando se justifique por razones organizativas del servicio dirigidas a posibilitar una adecuada asistencia sanitaria a la población.

TERCERO.- Pese a todo, este tipo de noticias han ido saltando a los medios de comunicación, en particular cuando se anunciaba la presentación de escritos ante la Fiscalía, por cierto con escaso recorrido. En España, en el año 2010 había entre 2.500 y 10.000 médicos españoles sin título oficial reconocido (mestos) que trabajan en la sanidad pública y privada en España.

En el año 2014 la prensa extremeña informaba sobre la presentación de una denuncia ante la Fiscalía por la presencia en un hospital público de médicos sin titulación de especialista², y en el año 2011 el Presidente de la Sociedad Española de Médicos Extranjeros afirmaba que “recurrir a especialistas con título sin homologar es muy habitual en el sector privado, y también en el público³”.

A su vez las distintas Administraciones sanitarias (quizá una de las primeras fue, al margen del propio Insalud, el Servicio Canario de Salud con la aprobación de la INSTRUCCIÓN N° 4/98 de la Dirección del Servicio Canario de la Salud sobre vinculación temporal de médicos de medicina general sin el título o certificado previstos en el Real Decreto 853/1993, de 4 de junio) han ido adoptando medidas similares avaladas por el Tribunal Supremo, Sala de lo Social, una de las últimas la Comunidad Autónoma de Andalucía⁴.

El Servicio de Salud de Castilla-La Mancha obró en este mismo sentido al aprobar en 2008 unas Instrucciones en las que se ponía de manifiesto la doctrina del Tribunal Supremo por la cual el nombramiento temporal de médico no especialista resulta plausible bajo determinadas circunstancias, y sujeto a una condición resolutoria cuya efectividad es consecuencia de la previa eficacia del negocio en que se inserta, a saber, la existencia de otros facultativos con título de especialista.

CUARTO.- En esta misma línea se han venido pronunciando últimamente los distintos Tribunales Superiores de Justicia, pudiendo citar a tal respecto, entre otras, la STSJ de Murcia, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 2ª, Sentencia 148/2017, de 9 Marzo 2017, Rec. 13/201, o STSJ de Baleares n°

² Denuncian a una ginecóloga que ejerce sin especialidad El Colegio de Médicos de traslada a la Fiscalía del Tribunal Superior el caso de una médica extranjera que trabaja en Coria sin tener el título homologado
<http://www.hoy.es/20090501/regional/denuncian-ginecologa-ejerce-especialidad-20090501.html>

³ <http://formacion.publicacionmedica.com/noticia/recurrir-a-especialistas-con-titulo-sin-homologar-es-muy-habitual-en-el-sector-privado-y-tambien-en-el-publico>

⁴

http://www.juntadeandalucia.es/servicioandaluzdesalud/principal/documentosacc.asp?pagina=pr_seleccion5_1_2_2&file=/contenidos/profesionales/normativas%5CR547_2004/R547_2004_i6_1.htm

104/2014, de 25 de febrero, recurso de Apelación núm. 269/2013, o STSJ de Andalucía de Málaga, Sala de lo Contencioso-Administrativo, nº 621/2016, de 23 de marzo. En todas ellas los Tribunales vienen admitiendo que, incluso aunque no estuviera contenida como causa de cese en la resolución de nombramiento, se considera acorde con la doctrina consolidada del TS que permite bajo determinadas circunstancias incorporar a médicos sin título de especialista, ante la existencia de un especialista, proceder a extinguir el nombramiento por serle implícito al mismo tal circunstancia.

Convendría señalar que los distintos pronunciamientos judiciales, lejos de plantearse si quiera como ejercicio teórico la posible nulidad sobrevenida de estos nombramientos administrativos por omisión de requisito esencial de la titulación, aplican escrupulosamente la doctrina antes expuesta.

Respecto a la aplicación al supuesto objeto de comentario de las previsiones contenidas en el RD 459/2010, de 16 de abril, cuando el médico no especialista es extracomunitario. Dicha disposición reglamentaria regula las condiciones para el reconocimiento de efectos profesionales a títulos extranjeros de especialista en Ciencias de la Salud, obtenidos en Estados no miembros de la Unión Europea, dedica su disposición transitoria tercera a los profesionales sanitarios que ejercen con un título extranjero de especialista no reconocido. En dicha disposición se incluyen una serie de previsiones administrativas en orden a fijar el procedimiento a seguir para el reconocimiento del título de especialista, pero nada más.

Es decir, esta norma reglamentaria no dice- porque tampoco puede- que un médico titulado extracomunitario no pueda ejercer la profesión de médico por no estar en posesión del título de especialista. El artículo 1.3 del mencionado RD ya advierte que todo ello *"se entiende sin perjuicio de lo previsto en las normas aplicables al ejercicio de las profesiones sanitarias reguladas que resulten de aplicación..."*

Hemos de recordar que la propia Constitución española diferencia claramente entre profesiones que merecen el calificativo de *"tituladas"* (en el sentido del art. 36) de las que son calificadas genéricamente de *"actividades profesionales"* (a las que se refiere el art. 35) pues exigir el cumplimiento de unos requisitos para poder ejercer una determinada actividad profesional, como sería el caso de una especialidad médica, es cosa distinta de la exigencia de titulación. A su vez la normativa vigente supedita el ejercicio de una profesión sanitaria a la posesión previa del correspondiente título oficial (art. 4.2 de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de Ordenación de las Profesiones Sanitarias -LOPS-). A su vez el artículo 16.3 de la LOPS establece la necesidad de estar en posesión de la titulación oficial de especialista para poder *"utilizar de modo expreso la denominación de especialista, para ejercer la profesión con tal carácter y para ocupar puestos de trabajo con tal denominación en centros y establecimientos públicos y privados"*, todo ello *"sin perjuicio de las facultades que asisten a los profesionales sanitarios citados en los artículos 6.2 y 7.2 de esta Ley"*.

Este precepto ha sido interpretado por la jurisprudencia en el sentido de considerar que se autoriza a los Licenciados en Medicina y Cirugía para ejercer libremente la profesión médica, entendida como una sola, pero sin poder anunciarse como especialistas, desempeñar puestos de trabajo en el sector público o privado con esta denominación ni ejercer habitualmente como tales si no se encuentran en posesión del título de la especialidad de que se trate. Precisamente por este motivo, las Instrucciones aprobadas por el Sescam en el año 2009 ya dejaban claro que *“si lo que se pretende es expedir un nombramiento como personal estatutario médico para el ejercicio de la profesión médica con el carácter de especialista, resulta imprescindible que el interesado esté en posesión del título universitario de licenciado en medicina y cirugía acompañado del título de especialista (art. 6.2.a) del EM)”*.

Es más, incluso algún Tribunal -STSJ de Castilla-La Mancha- ha ido más allá al impedir que la propia Administración sanitaria pudiera cesar a estos profesionales por existencia médicos en posesión de la especialidad requerida. En efecto, como ya se expuso en el Boletín de Derecho Sanitario y Bioética del Sescam, el TSJ de Castilla-Mancha mantiene una postura distinta mucho más garantista y favorable al *“médico no especialista”*, que se traduce en su equiparación a todos los efectos -incluido el cese- con el personal estatutario interino.

QUINTO.- Así es, la STSJ de Castilla-La Mancha de 21 de noviembre de 2016, nº 33, recurso de apelación nº 71/2015, anula la SJC-A nº 1 de Guadalajara 2 de febrero de 2016 que consideró ajustado a Derecho el cese de los recurrentes, todos ellos médicos con nombramiento Interino para prestar sus servicios en distintos centros de salud o servicios de urgencia. El cese viene motivado por la incorporación a esas mismas plazas de facultativos especialistas de medicina familiar y comunitaria, titulación de la que carecían los recurrentes.

Las circunstancias que en su momento justificaron este tipo de nombramientos habían desaparecido, en concreto la inexistencia de profesionales en bolsa de trabajo con la especialidad que se requería, y la urgente necesidad de cubrir estas plazas. De otro lado los interesados, pese al tiempo transcurrido, no habían obtenido la titulación necesaria, por lo que resultaba correcto acordar el cese motivado, como ya se ha señalado, por la entrada en la bolsa de profesionales que si ostentaban la especialidad requerida.

Este criterio es ahora el que no comparte el TSJ de Castilla-La Mancha, que en su Sentencia del pasado 21 de noviembre de 2016 estima el recurso de apelación de un médico, personal estatutario interino de atención continuada, y anula la resolución de cese. El médico cesado únicamente contaba con la titulación de licenciado en medicina, y la Gerencia de Atención Integrada de Guadalajara procedió a su cese una vez que se incorporó un facultativo especialista de medicina familiar y comunitaria procedente de la bolsa de trabajo (nombramiento de interinidad).

La Sentencia ya resulta desconcertante cuando en su FJ 3º “Normativa aplicable” señala como normativa de referencia la Ley 4/2011 de 10 de marzo, del Empleo Público de Castilla-La Mancha, así como el EBEP. No es hasta el FJ 5º cuando declara “Es conveniente efectuar una mención al artículo 9 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Marco...”

Al margen de esta apreciación, y ya entrando en el fondo del asunto, la Sala declara la nulidad del cese a partir de una interpretación literal del art. 9 del Estatuto Marco, que en su apartado segundo establece en relación con el nombramiento de personal interino que “...se acordará el cese del personal estatutario interino cuando se incorpore personal fijo, por el procedimiento legal o reglamentariamente establecido, a la plaza que desempeñe, así como cuando dicha plaza resulte amortizada”. El contenido de este artículo es el que se incluye asimismo en el nombramiento del médico cesado, de modo que según la Sentencia, “lo que no se puede pretender es cesar al personal estatutario interino por otro de su misma condición, pues ni se ha procedido a cubrir la plaza como personal fijo, ni se ha llevado a cabo la amortización...”.

Según se desprende de la relación de hechos probados, el nombramiento realizado al médico en cuestión establecía que el desempeño de la plaza se llevaría a cabo hasta tanto se procediera hasta la cobertura de la plaza por el personal fijo mediante el procedimiento de selección o provisión o se produzca la amortización, sin incluir en cambio la cláusula adicional que para este tipo de supuestos se contempla en las Instrucciones que fueron aprobadas por el Sescam de fecha 19 de junio de 2008. Según dichas Instrucciones:

“En los nombramientos o contratos de médicos no especialistas, además de la propia condición resolutoria inherente a la vinculación temporal, coyuntural o extraordinaria, deberá incluirse la siguiente previsión:

En atención al carácter excepcional y transitorio de este nombramiento/contrato, será también causa de finalización del mismo la incorporación, incluso temporal, de un Médico con el título de Especialista en Ciencias de la Salud de la categoría y plaza correspondiente”.

Lo relevante es que el TSJ de Castilla-La Mancha no se hace eco de la consolidada jurisprudencia del TS conforme a la cual (SSTS de 1 de abril de 2003, de 18 de julio y 26 de julio de 1997, así como las de 21 de marzo, 21 de mayo y 14 de octubre de 1996), según la cual el desarrollo de funciones de especialistas por médicos que carecen de tal titulación (o no la tienen reconocida en nuestro país) es posible siempre que concurren las siguientes condiciones: intento de cobertura de plazas por especialistas, carencia absoluta de especialistas, y necesidad de garantizar la continuidad asistencial a la población protegida. A sensu contrario, la desaparición de tales circunstancias justificaría la legalidad del cese. En este sentido, y a modo de ejemplo, véase entre otras, la STSJ de Baleares nº 104/2014, de 25 de febrero, recurso de Apelación núm. 269/2013.

Se trata de un caso muy similar al que ahora nos ocupa pero con un final bien distinto, una médico no especialista a la que se hizo un nombramiento temporal para cubrir una plaza de médico cardiólogo *“hasta que se proceda a su cobertura mediante el procedimiento de selección o provisión, ya sea con carácter definitivo o por reingreso provisional”*. Poco tiempo después se acuerda el cese de la interesada por existir un médico especialista que sí reúne todos los requisitos.

Pese a que nada se haya previsto en este sentido en el acto del nombramiento, la Sala declara que sí cabe aplicar la doctrina del TS que considera que los ceses de los médicos no especialistas para ocupar por razones excepcionales puestos de especialistas puede producirse cuando se designa a un facultativo con el título correspondiente, independientemente de que se haya introducido o no esta condición resolutoria en el contrato.

Además, como establece el TSJ de Baleares, este tipo de nombramientos interinos del art. 9 del EM deben ser puestos en relación con el art. 4 de la LOPS en cuanto establece la regla general de la necesaria disposición de los títulos de especialidad requeridos para el desempeño de los puestos de trabajo.

Las consecuencias resultan un tanto *“curiosas”*, y nos abocan a la misma situación que ya criticara nuestro Alto Tribunal Supremo cuando afirmara al respecto:

“justamente lo que resalta de todo ello es la grave anomalía jurídica que supondría aceptar que un médico que no tiene la condición de especialista no pueda ser sustituido por quien sí tiene la titulación necesaria, dadas las exigencias legales de que la plaza se cubra por personal idóneo, y el hecho de que la defensa del interés general en aspecto tan trascendental como lo es la sanidad, exige imperativamente llegar a dicha conclusión»; «razones de Derecho público las que justifican que un médico interino ocupante de plaza de especialista sin serlo, pueda ser cesado para nombrar en su lugar un médico interino con la necesaria especialización, frente a las razones de orden privado que lo impedirían cual ocurre en supuestos en los que tal especial situación no concurre”.

En efecto las consecuencias derivadas de este criterio resultan un tanto absurdas: las Instituciones Sanitarias que tengan en su plantilla médicos sin título de especialistas pero con nombramiento de interino, deben respetarlos hasta que se proceda o bien a la cobertura de la plaza por personal fijo titulado especialista, o bien hasta su amortización, y ello aunque tengan la posibilidad real y efectiva de disponer como personal temporal de médicos titulados especialistas. Obviamente este planteamiento práctico que acabo de esbozar, derivado necesariamente de la aplicación de la STSJ que ahora nos ocupa, colisionaría frontalmente con el criterio del TS:

1º.- Personal cuya presencia en nuestras IISS tan solo resultaría posible de forma absolutamente excepcional y provisional, en cambio va a continuar prestando sus

servicios como “interino” pese a existir la posibilidad de cubrir esas funciones con médico especialista.

2º.- Recordemos que el TS justificó la licitud de la cláusula de cese del personal médico no especialista, en “su conformidad con el interés público que atiende la entidad demandada, en tanto que organismo gestor de la asistencia sanitaria, asistencia que ha de prestarse a los beneficiarios con las mayores garantías de calidad, de las que forma parte la posesión de un título”.

SEXTO.- Igualmente hay que destacar la nula repercusión penal que reviste la formalización de este tipo de nombramientos, pues como ya se han encargado de señalar de forma reiterada los tribunales de justicia, la realización de actos que se consideran propios de una especialidad por parte de quién dispone únicamente del título de licenciado en Medicina que le habilita para el ejercicio de la profesión médica con carácter general, no se subsume en el tipo delictivo del intrusismo.

No cabe aplicar el inciso segundo del art. 403 CP a los médicos no especialistas y ello porque la única profesión colegiada es la de médico, y no la de especialista, salvando el caso de la odontología que constituye un supuesto específico. Si bien es cierto que quien ejerce la medicina o cualquiera de sus especialidades sin ostentar el título de médico comete un delito de intrusismo, no se puede llegar a la misma conclusión respecto del titulado en medicina que ejerce una especialidad sin titulación especial.

En efecto el inciso primero del precepto resulta inaplicable pues legalmente el título de especialista no es un título académico, ya que esta denominación ha de reservarse para las titulaciones reconocidas por la normativa universitaria.

SÉPTIMO.- Por último se ha criticado igualmente que los médicos extracomunitarios no especialistas de la sanidad pública tengan contrato laboral. La contratación laboral de este colectivo responde a la necesidad de dar cumplimiento a lo dispuesto en el art. 57 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.

Es cierto que algunas CCAA han optado por formalizar con estos profesionales nombramientos administrativos como personal estatutario, pero por que previamente han incluido esta opción en una Ley autonómica. Tal ha sido el caso de la Ley de Cantabria 2/2017, de 24 de febrero, de Medidas Fiscales y Administrativas, ha contemplado la posibilidad de incorporar en las plantillas de las Gerencias como personal estatutario a médicos extracomunitarios. Este colectivo solo podría ser contratado conforme a la legislación laboral según el EBEP. La justificación de esta modificación legal descansa en “...la escasez de facultativos que puedan adquirir la condición de personal estatutario constituye una realidad y un importante problema del sistema sanitario público de Cantabria que debe afrontarse adoptando todas las medidas que resulten necesarias para dotar al sistema de

todos los recursos necesarios con el objetivo de garantizar un sistema lo más eficaz posible y que sea capaz de cubrir las necesidades sanitarias de toda la población”.

En concreto han modificado la Ley de personal estatutario de dicha CA y han introducido este nuevo apartado en el artículo relativo al requisito de nacionalidad para participar en los procesos selectivos:

“Los extranjeros que no cumplan los requisitos establecidos el párrafo anterior únicamente podrán acceder, en igualdad de condiciones, a la condición de personal estatutario en aquellas categorías en las que la titulación requerida para el acceso sea exclusivamente una especialidad médica”

Más recientemente la Rioja se suma al grupo de CCAA que mediante habilitación legal, permiten hacer nombramientos estatutarios al personal sanitario extracomunitario (art. 8 de la Ley 2/2018, de 30 de enero, de Medidas Fiscales y Administrativas para el año 2018). Dicho precepto establece:

En el ámbito de los procesos de selección de personal estatutario dependiente del Servicio Riojano de Salud y en desarrollo del párrafo a) del apartado 5 del artículo 30 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud , los extranjeros que no cumplan los requisitos establecidos en el citado apartado podrán acceder, en igualdad de condiciones, a la condición de personal estatutario en aquellas categorías en las que la titulación requerida para el acceso sea exclusivamente una especialidad médica

Así pues todo apunta a que estamos ante un nuevo intento de resucitar una vieja polémica interesada, cuando lo que probablemente habría que hacer es adoptar definitivamente las medidas oportunas a nivel estatal para zanjar esta problemática.