

**LA CONTROVERTIDA NATURALEZA JURÍDICA DE LA
FUNDACIÓN SANITARIA HOSPITAL DE MANACOR Y
LA MODIFICACIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE SU
PERSONAL**

*Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears,
de 29 de junio de 2010*

E. MACARENA HERNÁNDEZ BEJARANO*

SUPUESTO DE HECHO: La Confederación Sindical de CC.OO. presenta ante el Juzgado de lo Social en las Illes Balears demanda de conflicto colectivo contra la Fundación Hospital de Manacor. El objeto del conflicto se centra en la Resolución del Director Gerente de la citada Fundación de 28-10-2008 en la que se convoca un procedimiento extraordinario para acceder al modelo de carrera profesional del personal laboral de dicha Fundación con categorías profesionales sanitarias que no requieren titulación universitaria así como del personal no sanitario.

Dicha Resolución tiene como base el Plan de ordenación de recursos humanos del Servicio de Salud de las Illes Balears por el que se pretende la integración, con carácter voluntario, en la condición de personal estatutario al personal laboral y funcionario que prestan servicios en los centros sanitarios del Servicio de Salud de las Illes Balears.

El Juzgado de lo Social nº 4 de Palma de Mallorca no entra a conocer el fondo del asunto por estimar la excepción de incompetencia de la jurisdicción social formulada por la parte demandada.

RESUMEN: Contra la resolución del Juzgado de lo Social nº 4 la Confederación Sindical de CC.OO. interpone recurso de suplicación sosteniendo la competencia del orden social para entrar a conocer la cuestión litigiosa -una de las bases de la resolución del Director Gerente de la Fundación Hospital de Manacor que afecta a personal laboral que viene prestando servicios en dicha institución sanitaria- apoyándose en la doctrina contenida en la STS de 4-10-2000.

* Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

El Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears resuelve estimando el recurso de suplicación interpuesto y declarando la competencia del orden social para conocer el asunto. En sus argumentos el Tribunal no se apoya en la Sentencia citada por la parte actora, por no serle de aplicación al supuesto en cuestión (al carecer de la condición de órgano de la Administración Central la Fundación Hospital de Manacor y de carácter administrativo la resolución del Director Gerente de la Fundación Hospital de Manacor). Para resolver la cuestión el Tribunal atiende, siguiendo la STS de 11-3-1993 a la naturaleza del acto impugnado y a la naturaleza de su regulación sin que resulte decisoria para mantener un pronunciamiento favorable la materia –laboral- sobre la que versa la actuación.

A través de este comentario no se persigue realizar un análisis centrado en el conflicto de jurisdicciones del personal que presta servicios en centros sanitarios de la red del Sistema Nacional de Salud sino que, tomando como base el fallo del Tribunal y la institución afectada, una fundación sanitaria (fórmula de gestión del Sistema Nacional de Salud de características complejas y singulares), lo que se pretende es aclarar la confusión existente en torno a la naturaleza jurídica de las fundaciones sanitarias constituidas al amparo de la anterior Ley de Fundaciones, la L. 30/1994, de 24 de noviembre, teniendo en cuenta lo anterior, determinar el adecuado procedimiento para modificar el régimen jurídico aplicable a su personal.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. LAS FUNDACIONES SANITARIAS COMO TÉCNICA DE ORGANIZACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS SANITARIOS
3. DIFERENCIAS CON LAS FUNDACIONES PÚBLICAS SANITARIAS
4. EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL PERSONAL DE LA FUNDACIÓN HOSPITAL DE MANACOR
5. LA DETERMINACIÓN DEL CARÁCTER Y DE LA REGULACIÓN APLICABLE A LA RESOLUCIÓN DEL DIRECTOR GERENTE DE LA FUNDACIÓN HOSPITAL DE MANACOR

1. INTRODUCCIÓN

El modelo organizativo sobre el que se asienta actualmente nuestro sistema sanitario público tiene su base en la L.14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad – LGS-, una ley que, dictada en desarrollo del art.43 de la Constitución, inició la transformación del sistema sanitario de Seguridad Social existente hacia un Sistema Nacional de Salud de estructura descentralizada -en servicios de salud autonómicos- que condensa los principios, los rasgos y el catálogo prestacional básicos de común aplicación en todo el territorio español (art. 44 y 50 LGS) y que responde al reparto competencial Estado- CC.AA establecido en los arts. 149.1.16 y 148.1.21 de la Constitución.

Dentro de esta estructura organizativa la citada ley diseñó un modelo

de gestión de los servicios sanitarios que se asentaba sobre las bases de una gestión directa de dichos servicios, si bien permitía la posibilidad de determinadas fórmulas de gestión indirecta, es decir, que la prestación de tales servicios sanitarios se llevase a cabo a través de entes privados, ajenos al sistema, mediante su vinculación al sistema sanitario público previa la suscripción de convenios singulares y conciertos (arts. 66, 67 y 90 LGS). Asimismo y por lo que respecta al personal de tales servicios la LGS dispuso la creación de un Estatuto-Marco (art. 84 LGS) en el que quedaría recogido el régimen jurídico que sería de aplicación al personal sanitario y no sanitario que, por aquél entonces, mantenían diferentes regulaciones jurídicas estatutarias y preconstitucionales¹.

Sin embargo, las tradicionales fórmulas administrativas de gestión y financiación para hacer frente a las nuevas realidades se consideraron inadecuadas por el Informe de la Comisión de Análisis y Evaluación del Sistema Nacional de Salud, -conocido como Informe Abril- (1991) el cual, reconoció que factores como: el envejecimiento de la población, la mejora del nivel de vida, el aumento en la demanda de los servicios y su elevado coste constituían aspectos que incidían de forma negativa en la prestación de unos servicios eficaces, eficientes y de calidad sostenidos con unos recursos limitados. Por otro lado, el Informe Abril señalaba como factor causante de la desmotivación de algunos de los profesionales del sector la vigente regulación estatutaria del personal al no dar respuestas a los problemas reales que se derivaban de las relaciones del personal en este ámbito y máxime cuando se pretendía incorporar exigentes criterios de productividad y eficiencia.

De ahí que el citado Informe considerase necesario una descentralización de las funciones de los principales actores del Sistema: financiación, compra de los servicios sanitarios, gestión y provisión, así como la necesidad de evolucionar hacia fórmulas de gestión empresariales más flexibles y eficaces que dotasen de autonomía a los centros sanitarios, optimizasen los recursos disponibles e incrementasen la calidad de sus servicios. Y ello resultaba posible, según el Informe, con la adaptación de los servicios sanitarios hacia fórmulas de gestión privadas pero manteniendo la naturaleza de servicio público puesto que “el carácter de servicio público no está determinado por la forma jurídica en que se organiza, sino básicamente por la naturaleza de la función, por el ori-

¹ D. 3166/1966 de 23 de diciembre por el que se regula el Estatuto Jurídico del personal médico de la Seguridad social; O. de 26-4-1973 que regula el Estatuto del personal auxiliar sanitario titulado y auxiliar de clínica de las instituciones sanitarias de la Seguridad Social; O. 5-7-1971 por la que se regula el Estatuto del personal no sanitario al servicio de las instituciones sanitarias de la Seguridad Social. Dichos estatutos quedaron derogados por la Disposición derogatoria única de la L.55/2003 de 16 de diciembre por la que se regula el Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud.

gen público de los recursos que la financian y, en el caso concreto del Sistema Nacional de Salud, por la igualdad de todos los ciudadanos en el acceso a la asistencia”².

Por lo que respecta al personal el Informe consideraba necesario realizar modificaciones en la vinculación del personal y dotar de mayor autonomía decisoria a los responsables de las instituciones asistenciales de manera que éstos pudieran ajustar la plantilla de sus centros sanitarios a los recursos presupuestarios disponibles, lo cual, según el Informe “requiere que se les devuelvan previamente las competencias de dirección y autoridad suficientes para exigir disciplina y establecer incentivos”. Y así el informe distinguía entre el personal actual y el futuro. Para los primeros se recomendó incrementar su flexibilidad de manera que, respetando sus derechos básicos adquiridos y garantizando su retribución básica y la carrera profesional, se permitiera a los responsables de los centros sanitarios establecer retribuciones complementarias y mecanismos de recompensa y sanción. Para el personal de nuevo ingreso el Informe recomendó la laboralización del vínculo.

Sobre la base de tales recomendaciones se dictó, primero, el RDL 10/1996 de 17 de junio sobre habilitación de nuevas formas de gestión, dentro del ámbito de actuación del por aquel entonces vigente INSALUD y transformado posteriormente en la L.15/1997, de 25 de abril, posteriormente la L.50/1998 de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, y más tarde el reglamento de desarrollo de la L.15/1997, el RD 29/2000, de 14 de enero, sobre nuevas formas de gestión que, centrado en el ámbito del INSALUD, ampliaron, el trazado inicial establecido en la LGS incorporando otras formas de gestión jurídico-privadas tanto directas como indirectas de los centros y servicios sanitarios mediante la utilización de entes interpuestos con personalidad jurídica propia: empresas públicas, sociedades estatales, fundaciones, fundaciones públicas sanitarias, concesiones y consorcios. Esta habilitación, configurada como un listado abierto, admitía la utilización de cualquier otra entidad de naturaleza o titularidad pública reconocida en derecho siempre que quedase garantizado el servicio a los intereses generales y su pleno sometimiento a la Ley y al Derecho (art. 103.1 Constitución).

La proliferación de estas nuevas fórmulas, tanto en centros de nueva creación como algunos de los ya existentes, comenzó a convivir con el resto de centros públicos y con los centros privados vinculados a la red sanitaria pública. Esta coexistencia de la gestión pública con la privada traducida en diferentes personas jurídicas públicas, privadas o mixtas, cada una de ellas de diferente tipo y régimen, unida a las competencias sanitarias asumidas por las

² Vid. Cita en el Informe Abril, pág.30.

CC.AA³ conforman un complejo mapa sanitario, no sólo a nivel de gestión, sino también y, por lo que a nosotros nos interesa resaltar, en materia de régimen jurídico aplicable y de vinculación del personal, de tal forma que, por los mismos servicios, según la personificación adoptada por el centro sanitario en el que el personal preste sus servicios y según también cuál sea la Comunidad Autónoma en la que se ubique el centros sanitario en cuestión el personal puede quedar vinculado por un régimen jurídico diferente: estatutario, laboral o funcional, y con unas condiciones salariales y de trabajo también diferentes, situación que plantea problemas, como es el que se recoge en la Sentencia objeto de este comentario en donde se cuestiona el orden jurisdiccional competente para resolver la aplicación de un complemento salarial para el personal -laboral- que presta servicios en un Hospital constituido bajo la forma de una Fundación sanitaria.

2. LAS FUNDACIONES SANITARIAS COMO TÉCNICA DE ORGANIZACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS SANITARIOS

La figura fundacional como técnica organizativa para la realización de actividades de interés ha sido un recurso utilizado por la Administración pero que experimentó un notable interés dentro de la esfera pública desde que el art. 6.4 de la L. 30/1994 de 24 de noviembre de Fundaciones reconociera capacidad a las personas jurídico públicas para crear fundaciones siempre y cuando su régimen jurídico no se lo impidiese (actualmente art. 8.4 L.50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones).

El reconocimiento que se reguló en aquella Ley de Fundaciones permitió a los entes públicos –estatales, autonómicos y locales- organizar sus actividades públicas utilizando esta institución como fórmula privada de gestión habitual⁴, a pesar de la polémica doctrinal suscitada en torno a la “huida” hacia estas formas de organización jurídico-privadas por parte de la iniciativa pública⁵.

El ámbito sanitario ha sido uno de los sectores donde se puede observar ese creciente interés por la utilización de esta institución, en particular desde

³ Una vez finalizado el proceso de traspaso de competencias sanitarias del INSALUD a las CC.AA. que aún se encontraban pendientes de ellas y que eran todas aquellas que accedieron a la autonomía por la vía del art. 143 de la Constitución.

⁴ Vid. Piñar Mañas J.L. y Real Pérez A.: “Derecho de Fundaciones y voluntad del fundador”, Edit. Marcial Pons, Madrid 2000, pag.204. También en Piñar Mañas J.L. “Las fundaciones sanitarias. De la perplejidad a la confusión, pasando por la demagogia”, Revista General de Legislación y Jurisprudencia nº1, enero-febrero 2000, pag. 77.

⁵ En relación a las posiciones doctrinales que se barajan al respecto, vid. un resumen de las mismas en Domínguez Martín M.: “Formas de gestión de la sanidad pública en España”, Edit. La Ley, 1ª edic., Madrid, noviembre 2006, pags.131 y ss.

que el RDL 10/1996 convertido, más tarde, en L. 15/1997 y su reglamento el RD 29/2000, de 14 de abril incorporase las fundaciones como una nueva fórmula para la gestión de los servicios públicos sanitarios.

Partiendo de esa habilitación inicial dispuesta en el RD 10/1996, de 17 de junio, - y, por lo tanto, antes de que se transformase en la L. 15/1997 y de que se dictase el RD 29/2000, de 14 de abril –desarrollo reglamentario de la anterior, en cuyo art. 40 quedó reconocido expresamente la capacidad del INSALUD para constituir fundaciones- el INSALUD procedió a crear fundaciones para la gestión de sus servicios sanitarios. Las primeras fueron las fundaciones Hospital de Manacor y Hospital de Alcorcón⁶.

El art. 38 del RD 29/2000 las calificó como un tipo de organizaciones sanitarias sin ánimo de lucro constituidas por el INSALUD para la gestión y administración de centros, servicios y establecimientos sanitarios de protección de la salud o de atención sanitaria y cuyo patrimonio se destina a la realización de fines sanitarios de interés general.

En otros términos, se tratan de fundaciones privadas, con personalidad jurídica propia e independiente del ente público que la crea⁷. Es decir, son entes privados, lo cual significa que están sometidas al Derecho privado, a pesar de que fueron constituidas por un ente público, el INSALUD -organismo público autónomo dependiente del Ministerio de Sanidad-. Al ser fundaciones privadas y no públicas su regulación difiere de la que se establece para los entes públicos. Y así el RD 29/2000, en su art. 39, dispuso que su régimen jurídico vendría dado por lo dispuesto en sus estatutos y con carácter supletorio por la Ley de Fundaciones, por aquel entonces la Ley 30/1994 y hoy la Ley 50/2002 -concretamente el Capítulo XI que regula las fundaciones del sector público- (D.A.4^a), así como por las demás disposiciones estatales o autonómicas que les fuese de aplicación.

Pero si son fundaciones privadas la cuestión que se llegó a plantear fue la siguiente ¿cómo es que la exposición de motivos del RDL 10/1996 identificó a las fundaciones creadas por entes públicos y reguladas por la L.30/1994 como entes públicos, dotados de personalidad jurídica pero diferentes de los entes públicos que se contienen en el art. 6 de la –entonces vigente- Ley General Presupuestaria? Y más aún ¿cómo es posible que la exposición de motivos de la L.15/1997, dictada en desarrollo del RDL 10/1996, reconozca que “la entrada en vigor del citado Real Decreto-ley 10/1996 ha permitido al Instituto Nacional de la Salud la puesta en marcha de algunas iniciativas en materia de

⁶ En la Resolución de 21-1-1997 (BOE 6-2-1997) se contiene el Acuerdo de 22-11-1996 del Consejo de Ministros por el que se procedió a la autorización, de la citada Fundación Hospital de Manacor y a la aprobación de su Estatuto de funcionamiento.

⁷ En este sentido vid. Piñar Mañas J.L. “Las fundaciones sanitarias. De la perplejidad a la confusión, pasando por la demagogia”, *op.cit.*, pag. 77.

gestión y, en concreto, la constitución de fundaciones de naturaleza o titularidad pública?

La respuesta a esta cuestión vino dada por un sector doctrinal que interpretó la titularidad pública de las fundaciones -creadas por entes públicos pero amparadas por la L.30/1994- no en el sentido de titularidad dominical sino en el hecho de que, por un lado, la iniciativa de su creación viniese de parte de un órgano público y no privado y por otro, en el patrimonio que compone la fundación que es público y no privado⁸. Desde esta óptica puede interpretarse el contenido de lo dispuesto en la L. 15/1997 y en su reglamento el RD 29/2000 cuando ambas normas se refieren a la exigencia de que los nuevos entes que se constituyan para la gestión de los servicios sanitarios deben de ser de titularidad pública, entre ellos las fundaciones. Es decir, cuando ambas se refieren al término “titularidad” ha de interpretarse no referido o limitado a titularidad dominical de la propia fundación que se crea, sino al hecho de que la iniciativa para su creación (constitución y capital) provenga de un ente público⁹. Y esta interpretación es la que también se deduce del art. 55 de la L.7/2010 de 21 de julio, del sector público instrumental de Illes Balears que establece que “son fundaciones del sector público de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears las fundaciones constituidas con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de la Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears o sus entes instrumentales, y también aquellas otras cuyo patrimonio fundacional, con carácter permanente, está integrado en más de un 50% por bienes o derechos cedidos por entidades del sector público autonómico”. Dichas fundaciones del sector público se rigen por el ordenamiento jurídico privado, excepto en los aspectos a que se refiere esta Ley y demás normativa de derecho público que les sea de aplicación¹⁰.

Recientemente el art. 2 de la L.7/2010 de 21 de julio del sector público instrumental de Illes Balears las califica como “organismos de titularidad pública de naturaleza institucional con personificación privada”.

Pese a lo anterior, la naturaleza jurídica de estas fundaciones sanitarias sigue sin quedar clara para muchos que la identifican con una fundación de naturaleza pública, lo cual plantea problemas en orden a confundir el régimen jurídico aplicable a esta figura, el régimen jurídico de su personal, así como el orden jurisdiccional aplicable en cuestiones que afecten a su personal.

La naturaleza de la Fundación Hospital de Manacor es privada. Y ello se confirma con lo dispuesto en el art. 47 de la reciente L.7/2010 al clasificar a las fun-

⁸ Vid. cita de esta corriente doctrinal en Domínguez Martín M.: “Formas de gestión de la sanidad pública en España”, op. cit., pag. 131.

⁹ Vid. Socías Camacho J.M.: “Fundaciones del sector público. En especial, el ámbito sanitario”, Edit. Iustel, 1ª edic., Madrid 2006., pags.124-125.

¹⁰ Semejante redacción es la que se contiene en el art. 44 de la L. 50/2002 al definir a las fundaciones del sector público estatal

daciones del sector público de Illes Balears como “organismos de naturaleza privada de titularidad pública”. Este error interpretativo queda patente en la sentencia comentada, concretamente en el Fundamento Jurídico 2º en donde el TSJ de Illes Balears afirma que la Fundación Hospital de Manacor es de naturaleza pública.

Ahora bien, el hecho que se reconozca naturaleza privada a esta Fundación no impide que la misma se someta a determinadas reglas y límites que la Administración impone a sus órganos públicos, puesto que se trata de una fundación creada por un ente público y no privado. Por ello, esta tipología de fundaciones posee determinadas peculiaridades que impiden su absoluta identificación con el resto de fundaciones privadas que no son creadas por entes públicos. En ello radica su peculiaridad, es decir, en lo que algunos califican como: fundaciones con un “régimen jurídico híbrido, privado y público”¹¹.

En la actualidad la Ley del sector público instrumental de Illes Balears, la L. 7/2010 de 21 de julio (BOIB 29-7-2010) en su D.A. 3ª establece que estas fundaciones se regirán por su normativa específica y, supletoriamente por lo dispuesto para las fundaciones del sector público autonómico. En su defecto, le será de aplicación la D.A 4ª de la Ley de Fundaciones, la L.50/2002 que reconoce la aplicación supletoria de su Capítulo XI “fundaciones del sector público estatal” para las citadas fundaciones sanitarias.

No son pocos los aspectos diferenciales propios de esta institución que las distancian de las fundaciones privadas y que el RD 29/2000 ya vino a señalar: la adecuación de estas organizaciones en materia de contratación a los principios de publicidad y concurrencia (art. 43 RD 29/2000), la vinculación constante con la Administración –en este caso la Sanitaria- en lo que respecta a la composición de sus órganos: en relación al protectorado (primero el Ministerio de Sanidad y luego la Administración Sanitaria autonómica) y en relación con el patronato (primero miembros del INSALUD y con el traspaso de competencias autonómicas miembros de los respectivos Servicios Públicos de Salud), la regulación administrativa aplicable en los supuestos de responsabilidad por daños (art. 35 RD 29/2000 y D.A. 12º L.30/1992) entre otros, o el sometimiento a lo dispuesto en la Ley General Presupuestaria en lo que se refiere a su régimen presupuestario, económico-financiero, contable, de intervención y de control (art. 45 del RD 29/2000)¹².

No obstante lo anterior, queremos resaltar haciendo referencia a la Fundación Hospital de Manacor otros aspectos que son los relativos a su procedimiento de creación, su ámbito territorial, la titularidad de su patrimonio, el régimen jurídico de su personal y sus límites de actuación.

¹¹ Vid. Piñar Mañas J.L. y Real Pérez A.: “Derecho de Fundaciones y voluntad del fundador”, Edit. Marcial Pons, Madrid 2000, pag.244.

¹² En este sentido vid. Socías Camacho J.M.: “Fundaciones del sector público. En especial, el ámbito sanitario”, op.cit., pags. 159-160

1.- Procedimiento de creación: un aspecto particular a esta modalidad fundacional es la formación de la voluntad del fundador que, por sí sola no basta para la constitución de la fundación como sucede con el resto de fundaciones privadas, sino que, como requisito previo a su formación se precisa la autorización del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma en la que se creen –antes de los traspasos sanitarios el Consejo de Ministros-¹³. Ese fue el procedimiento que se siguió para la constitución de la Fundación Hospital de Manacor. En efecto, la Resolución de 21-1-1997 (BOE 6-2-1997) dio publicidad al Acuerdo de 22-11-1996 del Consejo de Ministros por el que se procedió a la autorización, de la citada Fundación Hospital de Manacor y a la aprobación de su Estatuto de funcionamiento.

Dado que por aquellas fechas la fundación Hospital de Manacor se constituyó con carácter estatal, el Protectorado de la misma quedó en manos del Ministerio de Sanidad¹⁴. Sin embargo, cuando se procedió al traspaso de las competencias sanitarias del INSALUD a la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, a partir de ese momento, la fundación Hospital de Manacor pasó a ser competencia de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears siendo la Administración Sanitaria autonómica –Consejería de Salud y Servicio Público de Salud- la que procedió a ejercer las funciones de Protectorado que hasta ese momento ostentaba el Ministerio de Sanidad (art. 2 Estatuto de la Fundación en relación con art. 55.3 L.7/2010).

2.- *Ámbito territorial*: a diferencia de lo que puede suceder con otras fundaciones privadas que tienen circunscritas su ámbito de actuación a un espacio geográfico o territorial delimitado, en el caso de esta tipología fundacional al ostentar, en un principio, la competencia de la misma el Estado justificaba que su ámbito de actuación se extendiese por todo el territorio nacional. Es decir, el ámbito funcional se justificaba en base al ámbito competencial. Por esa razón en los estatutos de la Fundación Hospital de Manacor se reconocía el ámbito territorial estatal de la misma, especialmente referido a la actividad docente e investigadora en los campos de la sanidad y de la salud pública (art. 3 Estatuto). No obstante lo anterior y a pesar de que, actualmente, la competencia de la fundación corresponde a la Administración Sanitaria autonómica de las Islas Baleares y que la fundación desarrolla fundamentalmente sus actividades sanitarias en el territorio autonómico, hay que subrayar que su ámbito funcional no se circunscribe al territorio autonómico justificación que se encuentra, no ya en el ámbito competencial, que sabemos que es autonómico, sino en

¹³ Vid. en este sentido Piñar Mañas J.L.: “Las fundaciones sanitarias. De la perplejidad a la confusión, pasando por la demagogia”, *op.cit.*, pag. 78.

¹⁴ El art. 34 de la L.50/2002 establece que será la Administración General del Estado, en la forma que reglamentariamente se determine, quien ejerza el Protectorado de las fundaciones del sector público de competencia estatal.

su ámbito material, es decir, en el servicio público de carácter general que se presta a todos los ciudadanos con independencia de la Comunidad Autónoma de residencia –los sanitarios, entre los que se incluye la promoción de la salud, la prevención de enfermedades y rehabilitación, la docencia y la investigación en el ámbito de las ciencias de la salud y la formación y actualización de los conocimientos especializados del personal de los servicios sanitarios (servicios reconocidos por el art. 10 RD 29/2000)-, así como la integración de esta Fundación dentro de la red de centros y servicios sanitarios que conforman el Sistema Nacional de Salud y que permite garantizar el derecho de todos los ciudadanos a la protección de la salud¹⁵.

3.- Titularidad del patrimonio de la fundación: A diferencia de lo que sucede con el resto de fundaciones privadas en donde la fundación es la titular de todos los bienes que integran su patrimonio, pues así lo dispone el art. 20 de la L.50/2002 para las fundaciones estatales, cuando se trata de fundaciones creadas por entes públicos, en su patrimonio pueden integrarse bienes cuyo titular sigue siendo el órgano público que las creó y que cede el uso de los mismos a la fundación para el cumplimiento de la finalidad para la cual se ha constituido (art. 44 letra b, L. 50/2002). Esta particularidad aparece en la fundación Hospital de Manacor que, al ser creada por el INSALUD, entidad gestora de la Seguridad Social, incorporó en el patrimonio de la misma –en régimen de cesión de uso- bienes inmuebles perteneciente a la Tesorería General de la Seguridad Social cuya titularidad aún hoy, a pesar de los traspasos de competencias, se sigue conservando¹⁶.

4.- El personal: dado que las fundaciones poseen sus específicas normas reguladoras -sus Estatutos- es en ellos donde queda determinado el régimen jurídico por el que se regulará su personal, siempre y cuando respete la regulación general prevista para las mismas. Así quedó reconocido en el art. 18 del RD 29/2000. En base a lo anterior, y conforme a lo dispuesto en el art. 44 del citado Real Decreto y del art. 20 del Estatuto de la Fundación Hospital de Manacor se establece el Derecho Laboral para la regulación de las relaciones con su personal, aspecto sobre el que volveremos más adelante.

Por lo que respecta al procedimiento a seguir para la contratación de personal y teniendo en cuenta que se fundó por una persona jurídico-pública la L.50/2002 establece un límite al que deben de sujetarse esta modalidad de fundaciones y es que en el procedimiento de selección de personal deberá respetar los principios constitucionales aplicables a todo el ámbito del sector público de igualdad, mérito, capacidad y publicidad, principios estos a los que se refiere el art. 20 del Estatuto de la Fundación Hospital de Manacor y a los que hace

¹⁵ Vid. art. 1 en relación con art. 44 de la LGS

¹⁶ Vid. art. 16 RD 29/2000 en relación con el art. 3 de los Estatutos de la Fundación y D.A. 7ª de la LGS

referencia el art. 49 de la L.7/2010.¹⁷

5.- Límites de actuación: Al carecer de la condición de ente público la Fundación Hospital de Manacor su objeto es muy concreto y sujeto a límites: sólo se constituyen para la gestión y administración de los centros, servicios y establecimientos sanitarios de protección de la salud o de atención sanitaria sin que, por lo tanto, puedan realizar ningún tipo de potestad pública. Así se estableció en el art. 38 del RD 29/2000, en consonancia con lo dispuesto en el art. 46 de la 50/2002. Éste último prohíbe a las fundaciones del sector público estatal el ejercicio de potestades públicas limitándolas al ejercicio de actividades de interés general correspondientes al ámbito competencial del ente público que la fundó. En los estatutos de la Fundación Hospital de Manacor (art. 6) quedan establecidos sus fines, los cuales se encuentran en consonancia con los fines que se contienen en el art. 10 del RD 29/2000¹⁸.

3. DIFERENCIAS CON LAS FUNDACIONES PÚBLICAS SANITARIAS

Acabamos de hacer referencia a las fundaciones sanitarias que se crearon por el INSALUD en virtud de la habilitación concedida por el RDL 10/1996, cuyas características propias y particulares respecto del resto las fundaciones privadas hemos intentado condensar en el epígrafe anterior. Sin embargo, el tratamiento de las mismas resultaría incompleto si no se hace referencia a las fundaciones públicas sanitarias y se establecieran sus diferencias con ella, puesto que su misma terminología –fundaciones-, su mismo ámbito de actuación –el sanitario- e incluso su vinculación –aunque diferente- con la Administración Pública pueden plantear problemas de confusión e incluso de identificación entre ellas.

Las fundaciones públicas sanitarias irrumpen en el panorama sanitario meses después de dictarse la L.15/1997 y de que fuesen creadas las fundaciones Hospital de Manacor y Alcorcón.

¹⁷ Vid. también el art.21 del RD 29/2000 y el art. 46.4 L.50/2002.

¹⁸ El art. 6 de los Estatutos de la Fundación Hospital de Manacor establece que los fines de la misma serán los siguientes: a) La prestación de servicios sanitarios, la promoción de la salud y la prevención de la enfermedad, en coordinación con la asistencia primaria y especializada y los diversos niveles sociosanitarios; b) La prestación de servicios sociosanitarios; c) La docencia referida a las ciencias de la salud, así como las actividades de investigación, estudio y divulgación relacionadas con las mismas, colaborando con la Universidad y demás instituciones competentes en esta materia; d) La participación en programas de protección de la salud, prevención de enfermedades, asistencia sanitaria y sociosanitaria y rehabilitación; e) La formación y actualización de los conocimientos especializados del personal sanitario y en particular de los de la propia Fundación; f) Cualquier otro relacionado con las finalidades citadas, que se acuerden por el Patronato; g) Promocionar el desenvolvimiento de los recursos sanitarios a través de acciones y programas propios o con entidades concertadas.

La L. 50/1998 las crea y las regula como una nueva modalidad de gestión pública de los servicios sanitarios pero no las justifica. Ello se lleva a cabo, posteriormente, en el reglamento de desarrollo tanto de la L.15/1997 como del art. 111 de la L.50/1998, esto es, en el RD 29/2000.

Y así el RD 29/2000 justifica su creación en la necesidad de adaptar el contenido de la L.6/1997, de 14 de noviembre, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado -LOFAGE-, concretamente de las entidades públicas empresariales, a las particularidades que presenta el ámbito sanitario y preservar el régimen jurídico estatutario por el que ha de regirse su personal¹⁹.

Esta nueva figura, que adapta en su denominación el término “fundación”, se mantiene bastante lejos de lo que significa dicho término, pues con ella se está determinando a un órgano público que, hasta su desaparición, se adscribió al INSALUD.

A pesar de su denominación, no estamos ni ante fundaciones privadas ni ante fundaciones del sector público estatal sino ante una adaptación al ámbito sanitario de las entidades públicas empresariales, es decir, de una de las tres modalidades de organismos públicos previstas en la LOFAGE (art. 43) y que fueron creadas con dos particularidades respecto de los entes públicos empresariales: el procedimiento de creación que es por Acuerdo del Consejo de Ministros, a propuesta del Ministerio de Sanidad (art. 111.3 L.50/1998 y art. 64 RD 29/2000) en lugar de por Ley (art. 63 LOFAGE) y el régimen de su personal que, con carácter general, es estatutario (art. 111.5 L.50/1998 y art. 73 RD 29/2000) en lugar del laboral previsto para las entidades públicas empresariales (art. 55 LOFAGE).

Se trata de un ente público de naturaleza y titularidad pública, con personalidad jurídica, patrimonio y tesorería propios cuya regulación venía dada por lo dispuesto en el art. 111 de la L.50/1998 desarrollado por el RD 29/2000 -en el ámbito del INSALUD hasta su extinción-, por la normativa específica de las CC.AA. que las crean en sus respectivos territorios y supletoriamente, por lo dispuesto en la LOFAGE en relación a las entidades públicas empresariales (art. 63 RD 29/2000). En la actualidad, y para el caso de las Illes Balears las fundaciones públicas sanitarias se regularán por lo que se disponga en su normativa específica y supletoriamente por la L.7/2010 en relación a los entes públicos instrumentales autonómicos (D.A.3ª de la L.7/2010). Por lo tanto,

¹⁹ Algunas opiniones críticas en torno a la creación de esa nueva figura de gestión de la sanidad pública en Freire J.M.: “Comentario crítico sobre las Fundaciones Sanitarias Públicas” y Benito Anguita F.: “Nuevos modelos de organización y gestión en el ámbito sanitario: Fundaciones sanitarias públicas”, ambos artículos en la Revista Foro de Seguridad Social, nº 1, marzo 2000, publicada en la web <http://www.foross.org/>

- a) ni les resulta de aplicación lo dispuesto en la Ley de fundaciones (D.A. 3ª L.50/2002), ni lo previsto para las fundaciones sanitarias que se crearon en virtud de la Ley 30/1984, consideradas hoy como fundaciones del sector público.
- b) A raíz del traspaso de competencias del INSALUD al resto de autonomías que carecían de ellas las fundaciones públicas sanitarias que constituyan las CC.AA tendrán el régimen jurídico que en cada una de ellas se determine. Lo anterior da pie a que en cada autonomía se configuren fundaciones públicas sanitarias con regímenes jurídicos diferentes²⁰.

La posibilidad de utilizar esta figura sólo se ha llevado a cabo en Galicia que procedió a transformar las fundaciones sanitarias existentes en fundaciones públicas sanitarias²¹ y en las Illes Balears con la creación de la Fundación Pública Sanitaria de carácter asistencial Hospital Comarcal de Inca²². Por parte del INSALUD no se llegó a crear ninguna fundación pública sanitaria.

4. EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL PERSONAL DE LA FUNDACIÓN HOSPITAL DE MANACOR

En las Illes Balears la gestión de todos los servicios públicos sanitarios que integran su sistema sanitario público se lleva a cabo a través del Servicio Balear de Salud, un órgano público de carácter autónomo y personalidad jurídica propia que se adscribe a la Consejería de Salud de las Illes Balears.

En sus estatutos, aprobados por D. 39/2006, de 21 de abril (BOIB 29-4-2006) el Servicio Balear de Salud de salud reconoce la diferente vinculación que pueden mantener el personal que presta servicios en los centros sanitarios que lo conforman así como el régimen jurídico que les resulta de aplicación, a cada uno de ellos (arts. 53 y 54):

²⁰ Vid. Domínguez Martín M.: "Formas de gestión de la sanidad pública en España", op.cit pag.95.

²¹ Vid. D 276/2001, de 27 de septiembre (DOG 12-12-2001) por el que se transforman las fundaciones sanitarias de Galicia en fundaciones sanitarias de naturaleza y titularidad pública conforme a lo dispuesto en la disposición adicional séptima de la Ley 5/2000, de 28 de diciembre, de Medidas Fiscales y Régimen Presupuestario y Administrativo de Galicia, que estableció que la modificación de estas fundaciones y de sus correspondientes estatutos, así como la creación, modificación y extinción de nuevas fundaciones sanitarias, serían aprobadas por decreto del Consello de la Xunta, a propuesta del conselleiro de Sanidad y Servicios Sociales.

²² Creada por Acuerdo del Consejo de Gobierno de las Illes Balears el 17-3-2006 y publicado en el BOIB de 25-3-2006.

- a) Personal funcionario, de carrera o interino, que se regirá por la Ley 2/1989, de 22 de febrero, de la Función Pública de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, y sus normas de desarrollo;
- b) Personal funcionario de régimen especial estatutario, fijo o temporal que se regirá por la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, y demás normas aplicables al personal estatutario
- c) personal laboral, fijo o temporal que se regirá por la legislación laboral común y los convenios colectivos que resulten de aplicación.

Concretamente, el personal de la Fundación Hospital de Manacor se rige por el Derecho laboral, pues así lo dispone el art. 20 de sus estatutos, en consonancia con lo dispuesto por el art. 44 del RD 29/2000 y por la regulación laboral prevista por el art. 49 de la L.7/2010 para el personal que presta servicios en las fundaciones del sector público autonómico de las Illes Balears.

A.- Adaptación de las condiciones salariales, de trabajo y de carrera profesional previstas para el personal estatutario:

Estas diferencias de regímenes jurídicos aplicables al personal que se encuentra prestando los mismos servicios, en un mismo ámbito territorial y dentro de una misma estructura sanitaria —el Servicio Balear de Salud— ha ocasionado la existencia de diferencias en las condiciones salariales y de trabajo entre el personal de este Servicio que se intentaron solventar primero con el Acuerdo de homologación y homogeneización de las condiciones laborales del personal de las fundaciones Hospital Manacor y Hospital Son Llàtzer celebrado en el 2004 entre la Consejería de Salud y los representantes de los trabajadores de dichas fundaciones en el que éstos últimos renunciaron a la negociación de las materias esenciales fijando como único foro de negociación la Mesa Sectorial de Sanidad. En este sentido, se acuerda la aplicación al personal laboral de estas fundaciones —a partir del 1 de enero de 2007— el régimen retributivo, la estructura salarial, las condiciones de trabajo, los acuerdos de acción social y las medidas de conciliación de la vida laboral y familiar que se contemplan para el personal estatutario.

Posteriormente, se dicta el Plan de Ordenación de los Recursos Humanos aprobado por Resolución del Director Gerente del Servicio de Salud de las Illes Balears el 10 de enero de 2007 (BOIB 25-1-2007) que estableció entre sus objetivos dar cumplimiento a lo dispuesto en la D.A. 5ª de la L. 55/2003 que regula el Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud, esto es, la homogeneización de las relaciones laborales del personal del Servicio de Salud mediante la unificación del régimen jurídico del personal a través de

la integración voluntaria y de forma gradual – por fases- en la condición de personal estatutario al personal laboral y funcionario de los distintos centros y establecimientos sanitarios del Servicio de Salud.

B.- Modificación del régimen de personal:

El Plan de Ordenación citado pretende el cambio de régimen jurídico del personal de las Fundaciones Hospital de Manacor y Son Llätzer al régimen estatutario mediante la integración directa del personal en las categorías y titulaciones equivalentes conforme al modelo de carrera profesional previsto en la regulación estatutaria²³. Para ello el Plan establece el carácter voluntario de la citada integración, la cual precisa de la solicitud previa del trabajador que acepte el cambio conforme a las condiciones pactadas con la representación legal de los trabajadores.

Dando cumplimiento a dicho plan se aprobó el Acuerdo de la Mesa sectorial de Sanidad de 26 de mayo de 2008 (ratificado por Acuerdo del Consejo de Gobierno de 4 de julio de 2008, BOIB 15-7-2008) por el que se estableció el procedimiento a seguir para acceder al modelo de carrera profesional aplicable tanto para el personal no sanitario como para el personal sanitario que no requiera de titulación universitaria del Servicio Balear de Salud.

A tenor de lo dispuesto en dicho Acuerdo el Director Gerente de la Fundación Hospital de Manacor procedió a dictar Resolución de 28 de octubre de 2008 en la que se convoca el procedimiento para que el personal de la citada Fundación se acogiera a lo previsto en dicho acuerdo. Y es, precisamente, esta Resolución la que es objeto de impugnación ante el Juzgado de lo Social por la representación de la Confederación Sindical de CC.OO, cuya sentencia recurrida en suplicación y estimada por el TSJ de las Illes Balears es la que da pie a este comentario.

Pero teniendo en cuenta que la Fundación posee unas normas de regulación interna en donde viene establecido el régimen jurídico de su personal, en este caso, laboral cualquier modificación que se quiera llevar a cabo respecto de su régimen jurídico, aunque se establezca de forma voluntaria para los trabajadores, debe de quedar reflejado en sus estatutos. De esta forma, entendemos que el proceso de integración voluntaria del personal laboral de la Fundaciones Hospital de Manacor y Son Llätzer a estatutario recogida en el Plan de Ordenación de los Recursos Humanos de las Illes Balears debe de tener su reflejo en los estatutos. En consecuencia, creemos que, antes de ini-

²³ La regulación estatutaria aplicable es la L.55/2003, de 16 de diciembre por la que se regula el Estatuto Marco del personal estatutario de los Servicios de Salud (BOE 17-12-2003), ya que las Illes Balears, aún no ha aprobado su correspondiente regulación autonómica tal y como establecía la D.A.4ª de la L. 5/2003, de 4 de abril, de Salud de las Illes Balear (BOE 8-5-2003).

ciar el citado proceso, se debe de realizar la correspondiente modificación en sus estatutos, lo cual exige el acuerdo previo del Consejo de Gobierno de las Illes Balears²⁴. En nuestra opinión, dicho procedimiento no puede efectuarse directamente por una Resolución del Director Gerente de la Fundación que, basándose en el Plan de Ordenación citado obvie la modificación estatutaria y convoque los procedimientos necesarios para adaptar el cambio voluntario del régimen jurídico laboral al régimen jurídico estatutario porque además contraviene lo dispuesto en el art. 11 de sus estatutos en donde se establece las funciones del Patronato, entre las que se encuentra, “fijar los criterios de actuación dentro del marco fijado por sus estatutos” y “aprobar la política de personal” funciones que el Director Gerente de la Fundación, cargo directivo nombrado por el propio Patronato, asume en esta resolución.

A nuestro juicio la cuestión es importante porque a través de la citada ordenación de los recursos humanos se está eliminando uno de los aspectos característicos de esta modalidad fundacional, que es el régimen jurídico laboral de su personal que, a su vez, hace que las distancie, en este aspecto, de las fundaciones del sector público autonómico (cuyo régimen de personal es el laboral) y las acerque a las fundaciones públicas sanitarias según la regulación prevista, con carácter general, en el RD 29/2000 (que establece la regulación estatutaria del personal) y a lo dispuesto en los estatutos de la Fundación Pública sanitaria Hospital Comarcal de Inca. Y llegados a este punto la cuestión a plantearse sería si en lugar de realizar este procedimiento no hubiese sido más adecuado y menos conflictivo proceder a establecer una regulación autonómica general aplicable a las fundaciones sanitarias de las Illes Balears transformando su naturaleza jurídica y adaptando sus estatutos hacia fundaciones públicas sanitarias tal y como hizo Galicia con sus fundaciones sanitarias, que, curiosamente, mantienen el régimen laboral para el personal de las mismas -sin seguir, por lo tanto, el régimen estatutario previsto en el art. 111 de la L.50/1998 y en el RD 29/2000-.

5. LA DETERMINACIÓN DEL CARÁCTER Y REGULACIÓN APLICABLE A LA RESOLUCIÓN DEL DIRECTOR GERENTE DE LA FUNDACIÓN HOSPITAL DE MANACOR

El objeto de conflicto del que parte la sentencia, como acabamos de comentar es la resolución del Director Gerente de la Fundación Hospital de Ma-

²⁴ La modificación de los estatutos de se debió de ajustar al procedimiento establecido en el art. 45 de la L.50/2002, puesto que se tratan de fundaciones sanitarias a las cuales se les aplica, en lo no dispuesto por su norma específica, lo previsto para las fundaciones del sector público. Actualmente la remisión normativa se realizaría al art. 57.3 de la L.7/2010.

nacor de 28 de octubre de 2008 en la que, con base en el Acuerdo de la Mesa Sectorial de Sanidad de 26 de Mayo de 2008, convoca un procedimiento extraordinario para realizar el encuadramiento inicial de grado y acceso al modelo de carrera profesional del personal de carácter no sanitario así como del sanitario que no requiere titulación universitaria.

El TSJ de las Illes Balears viene a reconocer a la jurisdicción social como la competente para resolver el conflicto planteado por la representación de CC.OO.

En sus argumentos el TSJ se apoya en el carácter y en la regulación aplicable a la resolución impugnada.

A) Carácter de la resolución: La sentencia de instancia del juzgado de lo social nº 4 otorga a la resolución impugnada carácter administrativo y, en base a ello, se declara incompetente para conocer el fondo del asunto. Sin embargo, el TSJ estima el recurso interpuesto por CC.OO. y reconoce que la jurisdicción social es la competente para resolver la cuestión litigiosa planteada.

Para el TSJ la resolución del Director Gerente de la Fundación Hospital de Manacor no es un acto administrativo. En efecto, la resolución objeto de controversia ha sido dictada por un cargo directivo contratado en régimen laboral por el Patronato de la Fundación para la gestión de la propia Fundación, la cual, tiene, además, naturaleza privada (que no pública como sostiene en sus argumentos el TSJ). En consecuencia, ni el Director gerente de la Fundación Hospital de Manacor es un cargo administrativo ni está investido de carácter público, luego sus actos carecen de carácter administrativo.

B) Regulación aplicable a la resolución impugnada: A mayor abundamiento el TSJ se apoya en su argumentación jurídica en el pronunciamiento seguido por el TS en Sentencia de 11 de marzo de 1993 en el que procede al análisis, no sólo del carácter del acto impugnado sino también de su regulación aplicable. En base a ello, distingue la naturaleza de la regulación aplicable, según sea acto en cuestión dictado por la propia Administración. Así pues, y según el TS si se trata de una convocatoria de acceso a la Administración Pública –aunque esta convocatoria lo sea para personal laboral- la Administración convocante está realizando una potestad administrativa en orden a la selección de personal que se encuentra sujeta al Derecho Administrativo. No sucede lo anterior cuando la propia Administración realiza otras convocatorias, por ejemplo, de promoción interna respecto de personal laboral con el que ya mantiene un vínculo de carácter empresarial sometido al Derecho Laboral.

Ahora bien, hay que tener en cuenta que la Fundación Hospital de Manacor es un órgano de naturaleza privada. Como tal figura jurídico-privada la regulación de los actos que dicte su personal –que es laboral- se somete al Derecho Laboral respetando, eso sí, las peculiaridades y límites de actuación que se derivan de ser un órgano instrumental de los servicios sanitarios públicos de las Illes Balears, de titularidad pública. De ahí que sus actuaciones

se limiten al ejercicio de actividades de interés general estándole vedadas el ejercicio de potestad administrativa –a diferencia de lo que sucede con el supuesto que contempla en la STS de 11-3-1993 y que viene a sustentar parte de la argumentación jurídica de la STSJ de las Illes Balears-. Pero teniendo en cuenta también que su titularidad es pública se deben someter a la Ley de la Función Pública de las Illes Balears en lo que respecta a los sistemas y procedimientos de selección de personal, pues así lo dispone el art. 23 de la L.7/2010 para los entes instrumentales del sector público de las Illes Balears²⁵. Sin embargo, y como afirma la STSJ comentada este no es el objeto del litigio sino la aplicación de un complemento salarial incluido en una convocatoria de acceso al modelo de carrera profesional del personal de dicha fundación y, por consiguiente, el orden jurisdiccional social es el que ha de ser competente para la resolución del pleito inicial.

²⁵ En art. 23.2 de la L.7/2010 establece que “en todo caso, y como mínimo, es de aplicación a todo el personal al servicio de estos entes la regulación establecida en el Estatuto básico del empleado público en cuanto a los deberes de los empleados públicos y el código de conducta, los principios éticos, los principios de conducta, los principios rectores del acceso al empleo público y las normas reguladoras de la reserva de cuota para personas con discapacidad”.