

MEDICOS ESPECIALISTAS: REFLEXIONES SOBRE UNA RECIENTE JURISPRUDENCIA

BERGANZA.—... no haré yo mucho en tener por señal portentosa lo que oí decir los días pasados a un estudiante, pasando por Alcalá de Henares.

CIPIÓN.—¿Qué le oíste decir?

BERGANZA.—Que de cinco mil estudiantes que cursaban aquel año en la Universidad los dos mil oían Medicina... Infero, o que estos dos mil médicos han de tener enfermos que curar (que sería harta plaga y mala ventura), o ellos se han de morir de hambre.

(Miguel DE CERVANTES, *Novela y coloquio que pasó entre Cipión y Berganza, perros del Hospital de la Resurrección, que está en la Ciudad de Valladolid.*)

SUMARIO: Introducción.—I. ¿Cambio de criterio jurisprudencial?—II. Crítica del nuevo criterio.

INTRODUCCIÓN

Hace justamente dos años se publicó en esta REVISTA (núm. 116, mayo-agosto de 1988) un artículo con mi firma, bajo el título *Régimen Jurídico de las Especialidades Médicas*. Respecto del contenido de dicho artículo me limitaré ahora a recordar que examinaba los sucesivos sistemas formativos conducentes a la obtención del título de médico especialista (en tres fases diferenciadas: la consolidación del sistema de control universitario por la legislación de 1955-57; la implementación, en los años setenta, de un sistema paralelo, y ajeno a la Universidad, en las instituciones sanitarias de la Seguridad Social —el que dio en llamarse sistema MIR—, coexistente con el anterior; y el intento, por vía reglamentaria, a través de los Reales Decretos 2015/78 y 127/84, de establecer un sistema único, absolutamente desvinculado de la Universidad, y basado en la idea del *numerus clausus*, frente a la concepción tradicional de que la especialización es un derecho de todo licenciado en Medicina); examinaba asimismo las reacciones de los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo que, comenzando por la Audiencia Nacional (Sentencias de 26 de mayo de 1986, 7 de julio de 1986, 17 de marzo de 1987...), habían encontrado luego un eco más amplio en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo (*Sentencias de 7 de febrero y 27 de mayo de 1987, 28 de marzo de 1988*; seguidas meses después de aquel artículo por las de *18 de noviembre de 1988, 7 de marzo de 1989*, etc.); y ter-

minaba por apuntar un argumento adicional en relación con la eventual inconstitucionalidad de la regulación reglamentaria.

La posición de la Jurisprudencia entonces estudiada no era otra que la de ampliar la aplicabilidad de la legislación de 1955-57 a aquellos médicos que hubieran iniciado su formación especializada con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto 127/84, partiendo para ello de los siguientes argumentos fundamentales: *a)* la retroactividad es materia reservada a la Ley y, por tanto, excluida de la potestad reglamentaria de la Administración, cuya potestad derogatoria tiene que respetar, en todo caso, los derechos adquiridos; *b)* la derogación de las disposiciones precedentes a la Ley General de Educación en esta materia está sujeta a los límites establecidos en la Disposición Final 4.ª, 1, de dicha Ley, límites que no fueron cumplidos por el Decreto 2015/1978, ni por las disposiciones complementarias o de desarrollo del mismo, por lo que la Ley de 1955, aunque degradada a norma reglamentaria, siguió vigente; y *c)* el Real Decreto de 11 de enero de 1984 viene a confirmar lo precedente al derogar expresamente la Ley de 1955, lo que no tendría sentido en otro caso.

Esa Jurisprudencia, en suma, constituyó un correctivo temporal a la pretensión de la Administración de establecer un sistema único, basado en el *numerus clausus*, pero su incidencia ha sido, en la práctica, muy relativa, ya que la Administración se ha negado, sistemáticamente, a extender ese criterio jurisprudencial a los cientos de médicos formados en sus respectivas especialidades al margen de aquél, limitándose (y no sin notorias resistencias) a la ejecución de las Sentencias en relación con los que fueron parte en los procesos correspondientes.

I. ¿CAMBIO DE CRITERIO JURISPRUDENCIAL?

Bajo la apariencia de una simple matización a la doctrina anterior, una nueva línea jurisprudencial parece abrirse a partir de la *Sentencia de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo, de 23 de mayo de 1989* (Ar. 4059), en la que fue Ponente (como en las sucesivas Sentencias de la misma Sala a que nos vamos a referir) el señor MARTÍNEZ SANJUÁN.

Sin discutir los Fundamentos de la Jurisprudencia precitada (y *aparentemente* respetándola), la Sentencia a que nos referimos introduce una afirmación radicalmente opuesta al sentido de protección de los derechos adquiridos que subyace en aquélla, al afirmar que «el legislador (en puridad, la Administración, pues el Poder legislativo ha sido apartado de toda regulación de la materia desde hace más de treinta años), estableció un régimen jurídico intertemporal, regulador en orden a la expresada formación médica y obtención de las titulaciones correspondientes que por incidencia de la nueva normativa no hubieran terminado de producir los efectos normalmente previstos en aquélla; ahora bien, el reconocimiento de dichas situaciones jurídicas individualizadas en relación con la nueva normativa, habría de encontrar por su propia

naturaleza un límite temporal, a partir del cual las situaciones nuevas habrían de regularse por la normativa que entraba en vigor (citando, a continuación, las correspondientes normas reglamentarias)... Pues bien, de la interpretación en su conjunto de toda la normativa jurídica en la materia aplicable al expresado régimen transitorio de obtención del título de especialista, se infiere que es constante la voluntad de las citadas normas de condicionar la concesión del Título de Especialistas para los que lo soliciten por este sistema transitorio el *haber iniciado antes de 1 de enero de 1980* formación especializada en Centros con programa de formación de especialista».

Que la Sentencia precedente no respeta el criterio de la jurisprudencia anterior, resulta, en suma, de dos datos esenciales: 1.º introduce el criterio de que la retroactividad o irretroactividad de las normas depende de lo que ellas mismas establecen, contra el principio general de irretroactividad de las normas reglamentarias que consagra nuestro ordenamiento jurídico (art. 3.2 del Código civil; art. 9 de la Constitución); y contra lo que expresamente habían establecido reiteradamente las Sentencias sobre esta materia, empezando por la Sentencia de 7 de febrero de 1987, donde se nos recuerda (y no creemos haga falta decir que ésta nos parece la buena doctrina) que:

«La retroactividad es materia reservada a la Ley formal, y, por tanto, queda excluida de la potestad reglamentaria de la Administración, cuya potestad derogatoria, en todo caso, tiene que respetar los derechos adquiridos».

Muy por el contrario, la sentencia que comentamos apela a un valor omnímodo del «legislador» (sin matizar siquiera entre el Legislador, con mayúscula, y el poder reglamentario del Gobierno) para fijar «límites temporales», que supuestamente habrían de deducirse de «su propia naturaleza» (¿de qué naturaleza?). Argumento este último de una especial peligrosidad porque equivale a conceder a la Administración una patente de retroactividad de sus normas, sin más que invocar la propia naturaleza de la materia a que aquéllas se refieran, ¿hará falta decir que toda benevolencia en punto de irretroactividad de las normas atenta contra la seguridad jurídica, como valor esencial del Estado de Derecho?; y 2.º conduce a un resultado por completo distinto del que la Jurisprudencia precedente había establecido, que era el de que, iniciada la especialidad *con anterioridad a la vigencia del Decreto de 1984* (esto es, antes del 31 de enero de 1984), el interesado tenía derecho a completarla de acuerdo con el régimen jurídico precedente de la legislación de 1955-57 (doctrina explícita de la *Sentencia de 15 de febrero de 1988* y que, según explica en su único fundamento jurídico el Tribunal Supremo, «tiene su razón en lo prevenido en el art. 9.3 de la Constitución española, y en el art. 3.2 del Código Civil y 23 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado»).

Sin ningún miramiento para el hecho de que se refería a situaciones nacidas con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto 127/84, y con la implícita filosofía de la retroactividad «por su propia naturaleza», la *Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 1989* (también Ponente el señor MARTÍNEZ SANJUÁN) impone la aplicación retroactiva de aquel Real Decreto, y de su Disposición Transitoria, haciendo así imposible, en la práctica, el acceso al título de Médico especialista a quienes hubieran iniciado la especialidad antes de su entrada en vigor y la hubieran finalizado seis meses después, o en adelante, de dicha fecha, pues tal plazo de seis meses era la segunda condición exigida como plazo de prescripción por la disposición precitada, afirmando que:

«Como ya tiene declarado esta Sala, que ahora enjuicia..., del espíritu del anterior régimen transitorio en la materia, derogado por el Real Decreto 127/1984, de 11 de enero, así como de una concreta interpretación de la disposición transitoria primera, de este último —en lo que aquí importa— se infiere que, para la obtención de la titulación de actual referencia, a partir de la vigencia de esta última normativa —*amén de que la solicitud ha de presentarse dentro del plazo de seis meses, contados a partir de su entrada en vigor*— es necesario acreditar por el solicitante... cuando la petición se funde en una formación especializada, el cumplimiento del requisito de que ésta se haya iniciado... *antes del 1 de enero de 1980.*»

De nuevo, pues, el mismo argumento, pero esta vez explícitamente referido al Real Decreto 127/84, como legitimación de la aplicación de un régimen jurídico. Y de nuevo la acrítica veneración a lo dispuesto en una norma reglamentaria, pues ya no es sólo el dato de su retroactividad, constitucional y legalmente recusable, sino la alegría (la *lindeza*, que dirían nuestros clásicos) con que una simple norma reglamentaria se permite introducir plazos fugacísimos de prescripción de derechos subjetivos de los ciudadanos, como si los títulos fuesen poco menos que un gracioso obsequio del Ministerio de Educación y Ciencia, discrecionalmente disponibles por la Administración...

Pero hasta aquí no se había hablado de cambio de criterio, sino que todo ello era doctrina aparentemente continuadora de la Jurisprudencia precedente, aunque conducente, en su resultado, a opuestas conclusiones, y en su fundamentación, a una negación solapada de la doctrina de irretroactividad de las normas reglamentarias por aquélla sostenida.

La primera vez que empezamos a oír hablar de un eventual *cambio de criterio* es en la *Sentencia de la misma Sala 3.ª, de 6 de junio de 1989* (también Ponente, el señor MARTÍNEZ SANJUÁN). La tesis es aquí reiterativa de que, como la *solicitud* del título es posterior a la entrada en vigor del Real Decreto 127/84, es esta norma (y no la que regía durante

el tiempo en que el aspirante se formó) la que ha de resultar aplicable, y, por consiguiente, su exigencia de haber iniciado la formación especializada antes del 1 de enero de 1980. Y refiriéndose a la doctrina sentada por el Tribunal Supremo con anterioridad, termina señalando que (Fundamento Jurídico Cuarto):

«No es de aplicación al supuesto de actual referencia la doctrina, alegada por el recurrente, contenida en las Sentencias de esta Sala de 5 de febrero y 27 de mayo de 1987, al no contemplar estos supuestos idénticos a los al presente considerados; mas aunque hubiera una semejanza entre unos y otros, lo argumentado en esta Sentencia siempre significaría un *fundado y razonado cambio de criterio* que esta Sala efectúa, sirviendo de base para ello todos los argumentos expuestos en la presente.»

La analogía de las situaciones y supuestos de hecho contemplados por la Jurisprudencia precedente y por la Sentencia que comentamos es tan evidente que lo que realmente hace esta última es consolidar el *cambio de criterio* iniciado con las anteriores Sentencias, aunque sin calificarlo de tal. En lo que ya no estamos de acuerdo, con todo el respeto que nos merece la Sala sentenciadora, es en que tal cambio sea *fundado*, cuando tan directamente ataca los fundamentos del orden jurídico y constitucional.

La *Sentencia de la Sala 3.ª de 10 de octubre de 1989* (también Ponente, como en todas las anteriores, el señor MARTÍNEZ SANJUÁN) reitera la misma doctrina que las anteriores, y la misma cautela del eventual «razonado y fundado cambio de criterio», que, sin embargo, no afirma de manera radical, añadiendo sólo, como fundamento extrajurídico, que «el legislador (de nuevo califica con tal título al poder reglamentario del Gobierno) pretendía sólo avanzar, hasta conseguir al fin, y en un próximo futuro, la mejor legislación posible en la referida materia, siguiendo para ello tanto la experiencia de nuestro entorno cultural como la obtenida en el nuestro...», una consideración valorativa, en fin, que explica, quizá mejor que los argumentos jurídicos, el porqué se opta por dar eficacia retroactiva a una regulación reglamentaria frente a la precedente regulación legal.

No es nuestro propósito entrar en una discusión sobre las «excepciones» que, según la Administración, acompañan al nuevo régimen formativo (y que tan globalmente comparte la última sentencia citada). Sólo nos permitiremos apostillar que se diferencia del anterior en un punto fundamental, en el de que desvincula para siempre a los especialistas de la Universidad, privando a la sociedad del fundamental control que suponía, al término de los estudios de especialización, el examen final ante un Tribunal constituido por Catedráticos, profesores y expertos de la especialidad, designado por la Facultad de Medicina correspondiente, y en que, en lugar de eso, los Decretos de 1978 y 1984 han

arbitrado un examen *ex ante* al inicio de la formación especializada (un test que, como mucho, prueba la capacitación, inteligencia y dotes específicas del aspirante antes de iniciarla), pero desconociendo el control final de la Universidad, de modo que el tiempo demostrará cuál era el mejor sistema, seguramente para postular, ante el descontrol que supone dejar en manos de cada Jefe de Servicio de los Hospitales Públicos, sin garantía ninguna de su capacitación y dedicación docentes, una vuelta al anterior sistema formativo; también entre sus virtudes está la de establecer un rígido *numerus clausus* que nada tiene que ver ni con las necesidades sanitarias de la población ni con el derecho a la educación y a la formación de los Licenciados, y mucho con los intereses de ciertos grupos de presión profesionales que, gracias a la reducción drástica de la competencia profesional por reducción del número de especialistas, aspiran a consolidar consultas y clínicas privadas con honorarios «a la americana» (de los que se ha dicho, gráficamente, que «con una sola intervención quirúrgica permiten acumular una fortuna de tipo medio o arruinar a una familia de clase media»).

II. CRÍTICA DEL NUEVO CRITERIO

La simple confrontación de las Sentencias a que acabamos de referirnos con la precedente Jurisprudencia del Tribunal Supremo (por ahora parece que mayoritaria) nos permite afirmar que estamos ante dos corrientes jurisprudenciales antitéticas (una de las cuales, la última, se va afirmando casi «subrepticamente»). Parece evidente que ésta no desvirtúa, por lo demás, los dos fundamentales argumentos esgrimidos por la primera, para que se aplique la legislación precedente, la irretroactividad de las normas reglamentarias, de una parte, y el incumplimiento de los requisitos derogatorios que al respecto impuso la Ley General de Educación, de otra. La simple referencia a estos argumentos debiera bastar para que la segunda línea jurisprudencial fuera recusada. Sin embargo, creo que los solos argumentos de aquella Jurisprudencia son insuficientes para resolver una cuestión que no es sólo de Derecho intertemporal, sino una cuestión jurídica extraordinariamente compleja, en la que se incluyen necesarias reflexiones sobre la jerarquía de las normas, de una parte, y sobre el alcance y límites de la «deslegalización», de otra.

A) Comencemos por recordar que toda deslegalización ha de ser expresa, y concreta, en relación con una materia determinada, sin que sean admisibles ni las deslegalizaciones genéricas ni las tácitas, porque, como nos recuerda la doctrina más solvente, con tales fórmulas se abocaría, pura y simplemente, en desconocimiento o violación de los principios de legalidad, jerarquía de las normas, y reserva de Ley. La aplicación de tan elementales reglas implica, sencillamente, que en una materia como la de especialidades médicas (regulada por una Ley

formal, la de 20 de julio de 1955, y varias disposiciones complementarias y de desarrollo), sólo cabría admitir una deslegalización cuando se lleve a cabo por virtud de otra Ley, de manera expresa y concreta. *Y esto es lo que no hace la disposición final 4.ª, 1, de la Ley General de Educación* (Ley 14/1970, de 4 de agosto), que se limita a señalar que:

«1. A partir de la publicación de la presente Ley, todas las disposiciones anteriores, cualquiera que fuere su rango, *que venían regulando las materias objeto de la misma*, regirán únicamente, en cuanto fueren aplicables, como normas de carácter reglamentario hasta que vayan entrando en vigor las respectivas disposiciones que se dicten en ejercicio de esta Ley, en cuyo momento quedarán totalmente derogadas.

2. En estas disposiciones de aplicación se relacionarán las normas que vayan quedando derogadas.

3. Anualmente el Gobierno, a propuesta del Ministerio de Educación y Ciencia, previo informe del Consejo de Estado, promulgará un Decreto definitorio de las disposiciones derogadas en vigor.»

Aun obviando lo excesivamente genérico de los términos de la deslegalización, que la harían recusable desde una mínima posición de estricta garantía de la legalidad, y aplicando sus términos literales, la deslegalización se ciñe, exclusivamente, a las *materias objeto de la Ley General de Educación*, esto es, a las que directamente aparecen reguladas en la misma, y no cabe extender analógicamente la deslegalización (en perjuicio del principio de legalidad) a otras materias más o menos semejantes o conexas, pero no reguladas en ella. Pues bien, ni un solo precepto de la Ley General de Educación regula, que sepamos, la formación médica especializada, ni el sistema de obtención de los títulos de especialista regulado en la Ley de 1955 y concordantes tiene nada que ver, ni de cerca ni de lejos, con las fórmulas y sistemas educacionales regulados en la Ley General de Educación ni puede considerarse que es materia regulada por el simple hecho de que el artículo 39.4 de la Ley General de Educación se refiere al *certificado* acreditativo de estudios de especialización, abiertos a los graduados universitarios de los diferentes ciclos, certificado que nada tiene que ver con el título de médico especialista, y que es independiente del mismo. El hecho de que los Decretos 2015/78 y 127/84 invoquen, como fundamento de la potestad normativa del Gobierno para regular la materia de que tratamos, la referida *disposición final 4.ª, 1*, de la LGE pone de manifiesto, simplemente, que se ha hecho en uso abusivo del precepto, extendiéndolo más allá de sus límites legales, mediante una conexión indebida y analógica que choca con el principio de legalidad, y constitucionalmente recusable.

La consecuencia de todo ello es, pura y simplemente, la nulidad

de pleno derecho de las disposiciones reglamentarias que, partiendo de una supuesta pero inexistente deslegalización, han pretendido regular una materia hasta entonces regulada por y reservada a la Ley, contraviniendo dicha regulación e incluso con pretensiones derogatorias.

De modo y manera que a los fundamentos jurídicos recogidos por la doctrina del Tribunal Supremo en relación con la subsistencia de la legislación de 1955 y concordantes debería añadirse, a nuestro juicio, el fundamental de que no cabe siquiera plantear el efecto derogatorio de disposiciones reglamentarias que, por lo expuesto, son nulas de pleno derecho.

B) Permítasenos reiterar, en fin, que hay una razón adicional para que el Real Decreto 127/84 no deba ser aplicado, y es su radical inconstitucionalidad, por contravenir de manera inequívoca la reserva de Ley establecida en el artículo 36 de la Constitución.

Lo que el Real Decreto 127/84 establece, en efecto, no es otra cosa que una regulación autónoma de la formación médica especializada, y de obtención del título correspondiente, título que es condición necesaria y suficiente para el ejercicio profesional de la Medicina en la especialidad de que se trate, y sin el cual no puede ejercerse la misma. Se trata, por consiguiente, de una regulación reglamentaria cuyo objeto es el ejercicio profesional de una de las profesiones tituladas más importantes y conocidas, como la medicina.

Puede parecer sorprendente que, preexistiendo una norma con rango de Ley que regulaba la cuestión (la de 1955 tan citada), se pretenda, luego, sustituir tal regulación (no sólo complementarla o desarrollada) por sucesivas normas reglamentarias (los Reales Decretos 2015/1978 y 127/1984), con pretensiones incluso derogatorias.

El aparente fundamento jurídico de esta operación, por virtud de la cual un Reglamento pretende derogar una Ley formal, se encuentra en el mecanismo de la denominada *deslegalización*, por virtud de la cual, en definitiva, una norma con rango de Ley (en este caso, Ley General de Educación de 1970, disposición final 4.^a) degrada o rebaja a rango reglamentario la normativa contenida en preexistentes normas con rango de Ley.

Ya hemos dicho antes que tal fundamento no existe, porque la supuesta deslegalización nada tiene que ver con la regulación de las especialidades médicas. Pero aun suponiendo que tal óbice fuera inexistente, la deslegalización no es siempre posible, teniendo como límite fundamental e ineludible aquellas *materias que se encuentran reservadas a la Ley por la Constitución*, ya que ésta se infringiría por virtud tanto de una remisión normativa «en blanco» al Gobierno o, lo que es lo mismo, por una deslegalización. El Profesor GARRIDO FALLA, muy sucintamente, plantea el problema en estos términos:

«¿Es lícita esta técnica legislativa después de la Constitución? La duda, al menos, se suscita; y, desde luego, debe rechazarse en materias reservadas a la Ley» (en *Tra-*

tado de Derecho Administrativo, vol. I, Parte General, 11.^a ed., pág. 234).

Por su parte, señala el Profesor GARCÍA DE ENTERRÍA:

«La técnica deslegalizadora plantea un grave problema en relación con las materias constitucionalmente reservadas a la Ley. Esta reserva de una materia a la Ley se infringiría evidentemente, si pretendiese cumplirse con una ley, de contenido puramente formal, operante en el ámbito abstracto del rango, Ley que justamente viene a entregar la regulación de la materia de que se trate a los Reglamentos.»

«Puede concluirse que la deslegalización como técnica abstracta y general no es compatible con el principio de las materias reservadas.»

«La jurisprudencia constitucional ha hecho suya esta tesis, que parece por ello definitivamente establecida. Así, la sentencia de 31 de mayo de 1982 precisa que, salvo una justificación muy específica que acredite plenamente que las circunstancias de extraordinaria necesidad y urgencia concurrentes legitiman este tipo de norma, los Decretos-leyes no pueden acordar deslegalizaciones “que no afrontan directamente la solución” de esa necesidad, ni la someten a plazo. Más categóricamente, la sentencia de 16 de noviembre de 1981, antes citada, declara inconstitucionales determinados preceptos de la Ley vasca sobre el Centro de Contratación de Cargas que creaban un canon de servicio habilitando al Gobierno Vasco para determinar todos los elementos del tributo por entender que “esa habilitación constituye una deslegalización, una simple transferencia, al Gobierno de la atribución del Parlamento Vasco para crear tributos”, atribución ésta que “debe ser ejercida, sin embargo, conforme a la Constitución y las Leyes, y la Constitución (arts. 31.2 y 133.2) exige que el establecimiento de tributos se haga precisamente con arreglo a la Ley, lo que implica la necesidad de que sea el propio Parlamento Vasco el que determine los elementos esenciales del tributo, siquiera sea con la flexibilidad que una tasa de este género requiere. La Ley impugnada —concluye la sentencia— que se limita a hacer una remisión en blanco al correspondiente reglamento no respeta, ciertamente, esta reserva constitucional”, por lo que incurre en inconstitucionalidad» (vid. del autor *Curso de Derecho Administrativo*, I, págs. 275 a 277).

Pues bien, éste es el caso de la materia que nos ocupa, donde el artículo 36 de la Constitución ha impuesto una categórica reserva de

Ley de todo cuanto se refiera al ejercicio de las profesiones tituladas («La Ley regulará —dice el precepto— el ejercicio de las profesiones tituladas»). Siendo tales aquellas en que el «título» académico o profesional constituye la base delimitadora del ámbito propio de cada profesión, pues, como ha señalado el profesor SAINZ MORENO, «la exigencia de ese título implica una limitación a la libertad profesional», y en tal sentido se contraponen a las «profesiones libres»; no, en cambio, a las llamadas profesiones liberales, que suelen ser, paradójicamente, profesiones tituladas. Y el mismo autor añade que:

«La atribución al legislador de la misión de regular por ley el ejercicio de las profesiones está plenamente justificada. La experiencia muestra que las decisiones básicas en este ámbito están sometidas a la presión de grupos profesionales que aspiran a mejorar su posición o a defender la que ya tienen frente a otros grupos y que incluso se anuncian huelgas para conseguir que un título profesional tenga el carácter de título universitario como vía para defender una posición profesional frente a otros titulados universitarios. Es ineludible, pues, que el legislador asuma plenamente la competencia que en esta materia le atribuye la Constitución, y regule “por Ley” las cuestiones fundamentales que afectan al ejercicio de las profesiones.»

Y más adelante, que:

«El problema práctico más importante que este artículo plantea surge de una situación en la que gran parte de las normas que regulan el ejercicio de las profesiones tienen carácter reglamentario [pues] cuando entró en vigor el artículo 36 de la Constitución y con ello el mandato legal de que “por Ley” se regule el ejercicio de las profesiones, la realidad jurídica ofrecía una situación muy compleja, integrada por normas de todo rango y aprobadas en épocas históricas diversas...»

¿En qué medida ha resultado afectada esta situación por lo dispuesto en el artículo 36? Parece claro que cualquier norma dictada antes de la Constitución conforme al sistema de fuentes entonces vigente continúa siendo válida después de entrar en vigor la Constitución, aunque no tenga el rango que ésta exige para su validez, pero siempre que no contradiga materialmente sus preceptos. En relación al pasado, la cláusula derogatoria de la Constitución (Disposición Derogatoria 3) sólo afecta a las disposiciones que se opongan a lo establecido por ella, entendiéndose por oposición una contradicción material. El sentido de la cláusula derogatoria es, obviamente, im-

pedir la vigencia de disposiciones del pasado que infrinjan los valores superiores del ordenamiento jurídico...

La eficacia, pues, del artículo 36 se manifiesta a partir del momento de la entrada en vigor de la Constitución: a la Ley corresponde regular el ejercicio de las profesiones tituladas, cualquiera que sea el rango de las normas que hasta ahora han venido rigiendo. Estas normas, en cuanto que no se opongan a la Constitución, continúan vigentes, pero en lo sucesivo la regulación de esta materia queda sometida al nuevo sistema.

La cuestión que aquí se plantea consiste en determinar el alcance de esta reserva "a la Ley". ¿Cualquier disposición que afecte al ejercicio de una profesión tiene que tener rango de Ley? Parece claro que esto no es así. La reserva hay que entenderla en el sentido de que la regulación debe hacerse por Ley o en base a una Ley. Cabe, pues, el reenvío de la Ley a una norma reglamentaria si en esta Ley se marcan los criterios materiales del mismo, pero *sería inconstitucional, en cambio, la deslegalización de esta materia*. El legislador no puede hacer una remisión en blanco a la Administración para que ésta regule, según su criterio, el ejercicio de las profesiones, porque tal remisión supondría burlar el mandato constitucional de que sea la Ley, es decir, el legislador, quien regule el ejercicio de las profesiones tituladas» (en la obra colectiva *Comentarios a las Leyes Políticas, Constitución Española de 1978*, Ed. «Rev. de Derecho Privado», tomo III, págs. 535 a 537).

Si cuanto llevamos dicho hasta aquí es cierto y, por consiguiente, la deslegalización de cuestiones que tan directamente afectan al ejercicio profesional de la Medicina no es constitucionalmente admisible, la conclusión puede adivinarse: las regulaciones reglamentarias de la materia a que nos referimos, posteriores a la Constitución (y, entre ellas, la del Real Decreto 127/84), que traen su causa, exclusivamente, de una deslegalización anterior, son contrarias al artículo 36 de la Constitución y, por tanto, inconstitucionales. Y no se nos diga que en este caso la deslegalización es válida en el orden preconstitucional precedente (lo que podría amparar las disposiciones reglamentarias ulteriores hasta la entrada en vigor de la Constitución); pues no se trata de ello, sino de negar que tal deslegalización pueda seguir surtiendo efectos con posterioridad a la Constitución, amparando al Poder Ejecutivo para que autónomamente regule, como lo viene haciendo, una materia reservada a la Ley por la Constitución. La deslegalización contenida en la Ley General de Educación ha devenido inconstitucional a partir de la vigencia de la nueva Constitución española de 1978. O, si se quiere, se encuentra derogada por la Constitución, norma posterior

y de superior rango que la norma deslegalizadora. Razón por la cual su inaplicación (como inconstitucional o derogada) no depende del previo juicio de inconstitucionalidad del Tribunal Constitucional, sino de la decisión de los Tribunales de Justicia y, con mayor razón, del Tribunal Supremo. Y todo ello, dando por bueno que la deslegalización exista. Que no es el caso.

Y dígase, para terminar esta cuestión, que no es casual el que se haya elegido la vía reglamentaria para imponer una regulación de la obtención del título de Médico Especialista, sustrayéndola a un debate nacional. Las razones que el Profesor SAINZ MORENO aducía para justificar la reserva de Ley en esta materia han estado, desgraciadamente, presentes en la gestación de esta normativa reglamentaria. Las presiones corporativas de ciertos sectores de la Medicina especializada se dirigen, como es natural, a imponer un régimen de *numerus clausus* no sólo en el acceso a las Facultades de Medicina, sino en el momento ulterior a la finalización de la carrera, el de acceso a la formación especializada y de obtención del título de Especialista. Se aseguran así una demanda social creciente y una ausencia de competencia profesional. Que estas presiones han tenido éxito hasta el momento lo revela el hecho de la adopción de normas reglamentarias que efectivamente consagran ese modelo del *numerus clausus*, aun en perjuicio de los intereses sanitarios y sociales, que demandan muchos y buenos especialistas, y no lo contrario. (Resulta triste comprobar que algunos siguen pensando, siglos después, como los chistosos perros del Hospital de la Resurrección, de Valladolid...)

C) Lo erróneo de la tesis jurisprudencial que mantiene el efecto retroactivo y derogatorio del Real Decreto 127/84, no sólo resulta de lo anterior, sino que choca con la expresa previsión del Legislador (esta vez sí, con mayúscula), que por virtud de la *Ley General de Sanidad* (posterior al RD referido, pues fue aprobada el 25 de abril de 1986), decidió declarar subsistente la Ley de 20 de julio de 1955, ordenando una atípica refundición de ésta con las disposiciones reglamentarias ulteriores, con el fin de que el Gobierno las regularice, aclare y armonice (Disposición Final Primera). Cualquiera que fuese, pues, el inicial valor derogatorio que se quiera atribuir al Real Decreto de 1984, lo cierto es que, a partir de la entrada en vigor de la Ley General de Sanidad, tal efecto derogatorio (de existir) habría desaparecido.

D) Si las normas han de ser interpretadas (como lo quiere el art. 3.º, 1, del Código Civil) en relación con el contexto y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, no está de más que digamos algo acerca del uno y de la otra.

Todo el esquema reglamentario que ha pretendido instaurarse en esta materia obedece, como ya se dijo, a un cúmulo de intereses corporativos de ciertos especialistas ya instalados que, frente a una supuesta «avalancha» de nuevos especialistas, ha logrado arrancar del Ministerio de Educación y Ciencia y del Gobierno una regulación re-

glamentaria inspirada en el *principio del «numerus clausus»*. Frente a los principios constitucionales de libertad de enseñanza y libertad profesional o de trabajo se ha impuesto el increíble principio (que tanto recuerda al modelo soviético) de que sólo puede formarse un número máximo de especialistas cada año en España, reclutados a través de un procedimiento de tests entre los Licenciados en Medicina y Cirugía, procedimiento que impide en la práctica dicha formación especializada a la mayoría de entre ellos (se seleccionan unos pocos cientos en convocatorias anuales en las que se presentan más de veinte mil aspirantes y a las que otros muchos miles ni siquiera se atreven a concurrir). Tal planificación no obedece, por lo demás, a los intereses sanitarios de la población, ni a los intereses sociales, ni a los profesionales de la Medicina, sino que conduce a una creciente penuria de especialistas médicos, cuyo resultado y objetivo último no es otro que un oligopolio profesional, rompiendo así la orientación inversa que la Ley de 1955 perseguía de lograr el máximo número de especialistas posibles y asegurar el derecho de todo Licenciado en Medicina a especializarse, con el control público que suponía el que, tras el período de formación especializada, el aspirante debía someterse a un examen ante un Tribunal universitario de especialistas.

Piénsese lo que se quiera, en fin, de este procedimiento, lo que conviene subrayar es que, por consecuencia de la integración de España en las Comunidades Europeas, la falta de especialistas españoles tenderá a ser suplida por especialistas de los otros Estados miembros, atraídos por las inmejorables condiciones de oligopolio profesional que inauguró el Decreto 2015/1978, y ha fortalecido el Real Decreto 127/84.

Por exigencia de la normativa comunitaria europea, en efecto, se ha publicado recientemente en el «Boletín Oficial del Estado», correspondiente al día 15 de enero de 1990, el *Real Decreto 1691/1989, de 29 de diciembre*, «por el que se regula el reconocimiento de diplomas, certificados y otros títulos de Médicos y Médicos especialistas de los Estados miembros de la Comunidad Económica Europea, el ejercicio efectivo del derecho de establecimiento y la libre prestación de servicios». Pues bien, en el Anexo II de este Real Decreto se reconocen como habilitantes para ejercer como Especialista en España, entre otros, los siguientes títulos, diplomas o certificados: «certificado de especialización médica expedido por el Colegio de Médicos del *Land*» (República Federal Alemana); el «certificado de médico especialista cualificado» (Francia); el «diploma de médico especialista expedido por un Rector de Universidad» (Italia); el «certificado de admisión y de inscripción en el Registro de Especialistas» (Países Bajos); el «título de Especialista» expedido por el Colegio de Médicos (Portugal). Títulos y diplomas que recuerdan los que expedían los Colegios de Médicos en España antes de la Ley de 1955, que, en definitiva, estaban condicionados por la simple inscripción del colegiado como tal especialista, en virtud de una experiencia presunta de ejercicio de la especialidad en los años anteriores.

El resultado de este cruce de normativas es el absurdo de que muchos cientos de auténticos especialistas españoles, formados al margen del sistema MIR pero con acreditada formación y experiencia en la especialidad, no sólo no podrán ejercer como tales en el resto de Europa, sino que ni siquiera van a poder hacerlo en España, en tanto que los puestos y el vacío profesional que a ellos se les impide desempeñar se van a ocupar por miles de profesionales europeos que no acreditan una mínima formación comparable a la de nuestros profesionales, probablemente por aquellos que no encuentren lugar ni acomodo en sus respectivos países, por su deficiente especialización.

¿Hace falta comentar a dónde conduce, por tanto, la aplicación taxativa del criterio seguido en la Jurisprudencia que comentamos?

José María FERNÁNDEZ PASTRANA
Profesor Titular de Derecho Administrativo