

 MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES	SECRETARÍA DE ESTADO DE LA SEGURIDAD SOCIAL
	DIRECCIÓN GENERAL DE ORDENACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL

# HACIA UN NUEVO MODELO DE GESTIÓN DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL

**RESPONSABLE: PROF. ANTONIO VICENTE SEMPERE NAVARRO**

Investigación financiada mediante subvención recibida de acuerdo con lo previsto en la Orden TAS/1051/2005, de 12 de abril (subvenciones para el Fomento de la Investigación de la Protección Social –FIPROS-)

La Seguridad Social no se identifica con el contenido y/o conclusiones de esta investigación, cuya total responsabilidad corresponde a sus autores.

# HACIA UN NUEVO MODELO DE GESTIÓN DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL

**Investigación realizada por el Grupo de Investigación sobre El control de la incapacidad temporal. Subvención dirigida a actividades de estudio e investigación en el ámbito de la protección social (FIPROS 2005). Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Orden TAS/1051/2005, de 12 de abril**

**Investigadores:**

**Antonio Vicente Sempere Navarro  
José Luis Tortuero Plaza  
Rodrigo Martín Jiménez  
Jordi García Viña**

# S U M A R I O

## **I.- UNA APROXIMACIÓN A LA PROBLEMÁTICA DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL Y SU REPLANTEAMIENTO.**

- 1.- La deficiente estructura jurídica.
- 2.- Gasto *versus* control: un binomio complejo e incompleto.
- 3.- La incapacidad temporal como “refugio protegido”: una aproximación a su casuística y a los sujetos implicados.
- 4.- Los mecanismo de actuación: reducir el gasto con incremento de gasto y complejidad administrativa.

## **II. LA UBICACIÓN HISTORICA DE LAS REFORMAS DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL: DE LOS PROYECTOS A LAS REALIDADES.**

- 1.- Los proyectos de reforma y el control de la incapacidad temporal.
- 2.- El Estado de la cuestión y las primeras reformas
  - 2.1. El control de la incapacidad temporal: la legalidad vigente hasta la reforma del RD 575/97.
    - 2.1.1 El control de los facultativos de la seguridad social en caso de contingencias comunes.
    - 2.1.2 El control de los facultativos de la seguridad social en caso de contingencias profesionales.
    - 2.1.3 El control sanitario por parte de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social.
    - 2.1.4 Los controles de la situación de la Incapacidad Temporal de los Empresarios.
  - 2.2 El alcance de las reformas de 1.994: la incorporación de las mutuas.
  - 2.3 Las modificaciones introducidas por la Ley 13/1996, de 30 de diciembre.

## **III. LA MODERNIZACIÓN DE LOS MECANISMOS DE GESTIÓN Y CONTROL MEDIANTE EL RD 575/97, DE 18 DE ABRIL.**

- 1.- Declaraciones médicas de baja y alta a efectos de la prestación de incapacidad temporal.
  - 1.1 Declaraciones médicas de baja.
  - 1.2 Partes de confirmación o continuación de la baja
  - 1.3 Partes médicos de alta.
  - 1.4 Las facultades de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales.
- 2.- Obligaciones de Entidades públicas y privadas, así como de los beneficiarios, respecto a la prestación por incapacidad temporal.
  - 2.1 Obligaciones de los Servicios de Salud.
  - 2.2 Obligaciones de los trabajadores
  - 2.3 Obligaciones de las empresas
- 3.- Actos de control y seguimiento de la prestación por incapacidad temporal
- 4.- Las propuesta de alta en los procesos de incapacidad temporal.
- 5.- La duración de la incapacidad temporal: la prórroga de la misma y de sus efectos.
  - 5.1 La primera prórroga de la incapacidad temporal.
  - 5.2 El agotamiento de la incapacidad temporal, por el transcurso del plazo máximo
  - 5.3 La demora en la calificación de la incapacidad permanente: la segunda prórroga de los efectos de la incapacidad temporal
- 6.- La cooperación y la coordinación en la gestión de la incapacidad temporal

#### **IV. UN PASO MÁS EN LA BÚSQUEDA DEL CONTROL: LA REFORMA DEL 97-98**

- 1.- La reforma del Artículo 131. bis LGSS por la Ley 66/1.997, de 30 de diciembre, (Ley de Acompañamiento a la Ley de Presupuestos de 1.998).
- 2.- La adaptación reglamentaria de la reforma.

#### **V.- LA REFORMA DEL 2006**

- 1.- La duración de la incapacidad temporal.
  - 1.1.La prórroga de la incapacidad temporal y el órgano competente.

- 1.2 La iniciación de un expediente de incapacidad permanente.
  - 1.3 El alta médica a los exclusivos efectos de la prestación económica de incapacidad temporal.
  - 1.4. La cláusula de blindaje.
  - 1.5. Una primera valoración aproximativa.
- 2.- De la segunda prórroga a la declaración provisional de incapacidad permanente.
    - 2.1 Las relaciones entre la incapacidad temporal y la incapacidad permanente: la temporalidad algo mas que un calificativo.
    - 2.2 El alcance de la reforma
  - 3.- Sobre la extinción y los nuevos procesos de it.
  - 4.- La similar o diferente patología en los procesos de incapacidad temporal: el olvidado principio de conjunta consideración de las contingencias protegidas

## **VI.- REFORMA Y CONTRARREFORMA EN EL PROYECTO DE LEY DE MEDIDAS EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL.**

- 1.- Introducción
- 2.- La duración de la incapacidad temporal
  - 2.1 La primera prórroga
  - 2.2 La cláusula de blindaje
  - 2.3. Procedimiento para la resolución de la disparidad de criterios médicos.
    - 2.3.1. - Impugnación del alta medica expedida por el Instituto Nacional de la Seguridad Social.
    - 2.3.2. - Procedimiento ante la cláusula de blindaje
    - 2.3.3 Algunas consideraciones sobre el procedimiento:
  - 2.4. El alta médica a todos los efectos
  - 2.5 El órgano competente y la ausencia de las Mutuas de accidente de trabajo y enfermedades profesionales.
- 3.- La contrarreforma: de la incapacidad permanente con carácter provisional a la segunda prórroga.
  - 3.1. La extinción de la incapacidad temporal por agotamiento del plazo máximo.
  - 3.2. La segunda prórroga
  - 3.3. Extinción de la obligación de cotizar
  - 3.4. La revisión de las altas médicas expedidas por las entidades colaboradoras.
- 4.- Recapitulación sobre el estado de la cuestión tras la reforma del 2007.

4.1.- Mecanismos de control durante los primeros doce meses: singular referencia al alta médica

4.1.1 Competencias de las Entidades Gestoras y de las Mutuas: la propuesta de alta en las contingencias comunes

4.1.2. Competencias propias de los servicios médicos de las entidades gestoras: el alta condicional en las contingencias comunes

4.1.3 Competencias propias de las Mutuas en las contingencias comunes: una asignatura pendiente.

4.1.4 Competencias de las Mutuas en los procesos derivados de contingencias profesionales durante los 12 primeros meses.

4.2. - Mecanismos de control a partir de los 12 meses: competencia exclusiva de la entidad gestora.

4.2.1. Competencias de las Entidades Gestoras al agotamiento de los doce meses

4.2.2 Competencia de la entidad gestora a partir de los 18 meses.

## **VII.- RELACIONES ENTRE EL DESEMPLEO, LA INCAPACIDAD TEMPORAL Y LA MATERNIDAD/PATERNIDAD: EL ART. 222 DE LA LGSS.**

1.- Introducción.

2.- Relaciones entre el desempleo, la incapacidad temporal y la maternidad: caracterización y evolución histórica.

2.1. La coordinación de contingencias.

2.2 La ubicación histórica.

2.3 El origen de la confusión

2.4 La reforma del art. 222 por la Ley 66/1997 y la primera referencia singular a la maternidad.

2.5 La nueva ordenación del art. 222 de la LGSS operada por la Ley 24/2001: una oportunidad perdida.

2.5.1 La incapacidad temporal y el desempleo.

2.5.2 La maternidad y el desempleo.

2.5.3 El desempleo, la incapacidad temporal y la maternidad.

3.- El desempleo y la ley de Igualdad.

3.1 Los bloques reformados: una valoración general.

3.2 Los silencios históricos: la coordinación con el subsidio del desempleo.

3.3 Coordinación de contingencias: la maternidad, la paternidad y el desempleo.

- 3.3.1 La maternidad/paternidad y el desempleo.
- 3.3.2 El desempleo y la maternidad/paternidad.
- 4.- El desempleo y el proyecto de ley de medidas en materia de Seguridad Social.
- 5.- La extinción del contrato y la obligación de cotizar.

## **VIII.- LA DIMENSIÓN CONSTITUCIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, LA SALUD Y LA ASISTENCIA SANITARIA.**

- 1.- Enmarque constitucional de la Seguridad Social, la salud y la asistencia sanitaria.
  - 1.1 Los resortes constitucionales.
  - 1.2 La incardinación de la Seguridad Social y la salud-sanidad en los principios rectores de la política social y económica.
  - 1.3 La Seguridad Social y la sanidad desde la óptica competencial a la luz de la jurisprudencia constitucional.
    - 1.3.1 Importancia del tema
    - 1.3.2 Enunciado
    - 1.3.3 La “legislación básica” en materia de Seguridad Social y las “bases” de la sanidad.
    - 1.3.4 El régimen económico de la Seguridad Social.
  - 1.4 La posible integración de la sanidad en el concepto de Seguridad Social y sus consecuencias.
- 2.- Asistencia sanitaria y prestaciones farmacéuticas.

## **IX. EL ORDEN COMPETENCIAL EN MATERIA DE SANIDAD: ESTADO Y COMUNIDADES AUTÓNOMAS.**

- 1.- Las competencias del Estado.
  - 1.1 Introducción
  - 1.2 La legislación básica
  - 1.3 La coordinación general de la sanidad.
  - 1.4 Las funciones del Estado en materia de coordinación sanitaria.
  - 1.5 Los instrumentos para la coordinación sanitaria.
- 2.- Las competencias autonómicas.
  - 2.1 Introducción.
  - 2.2 Las competencias de las Comunidades Autónomas en la Constitución.
  - 2.3 Las competencias sanitarias en los Estatutos de Autonomía.

2.4 Regulación de las autonomías de primer grado.

2.5 Regulación de las autonomías de segundo grado.

3.- Traspasos de competencias, funciones y servicios.

3.1 Traspasos de competencias, funciones y servicios en materia de sanidad y farmacia.

3.2 Los traspasos de competencias sanitarias de la Seguridad Social: servicios y funciones del INSALUD.

3.3 Conclusiones sobre los decretos de transferencias.

## **X. SOBRE LA DELIMITACIÓN DE COMPETENCIAS PARA EXPEDIR LOS PARTES MÉDICOS.**

## **XI. IDEAS PARA UN DEBATE**



## **I.- UNA APROXIMACIÓN A LA PROBLEMÁTICA DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL Y SU REPLANTEAMIENTO.**

La problemática que afecta a la ordenación y al control de la incapacidad temporal, es compleja en si misma<sup>1</sup> y exige clarificar los condicionamientos sociales y jurídicos sobre los que opera, con la finalidad de fijar el rumbo de las posibles reformas futuras o, al menos, evidenciar algunos de los elementos que proporcionan la complejidad anunciada.

### **1.- La deficiente estructura jurídica.**

No es nuevo decir que la incapacidad temporal, al igual que otras contingencias de la seguridad social, tiene una ordenación sumamente compleja, caótica y desordena, que dificulta su comprensión y aplicación, situándonos en un espacio de inseguridad jurídica difícilmente justificable.

Las viejas y nunca pacíficas contingencias de incapacidad laboral transitoria e invalidez provisional, fueron reformadas por la Ley 42/1994, de 27 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, que procedió a la redenominación de la contingencia – incapacidad temporal- y a reformar parcialmente su régimen jurídico, suprimiendo formalmente la invalidez provisional. A la referida reforma habría que añadir otras anteriores (por ejemplo, la efectuada en materia de cuantía de la prestación y responsables del pago por la Ley 42/1992, de 24-XI, cuya constitucionalidad fue declarada por STCO 34/1994, de 10 –II) y posteriores ,por ejemplo, la efectuada en materia de extinción de la prestación económica por las Leyes 66/1997, de 30 de diciembre y 24/2001, de 27 de diciembre y por el RDL 6/2000, de 23 de junio. Junto a ellas, la mas reciente incorporada por la Ley 30/2005, de 29 de diciembre de Presupuestos Generales del Estado para el año 2006 y las incorporadas al Proyecto de Ley de Medidas en Materia de seguridad Social que rectifica parcialmente las reformas del 2006. Las reformas referidas, aunque importantes, no son la únicas, todavía habría que añadir otras múltiples reformas directas de alcance reglamentario y otras indirectas que proceden de la reforma de otras contingencias, de materias e instituciones que son comunes al Sistema, o finalmente, de normas procedentes de otras parcelas del ordenamiento, singularmente del Estatuto de los Trabajadores.

---

<sup>1</sup> En general, sobre el régimen jurídico de la incapacidad temporal, puede verse, TORTUERO PLAZA, J.L. “la incapacidad temporal para el trabajo en la seguridad social”, Madrid, Tesis Doctoral, 1.987; DESDENTADO BONETE, A. y TEJERINA ALONSO, J. I. *El subsidio de la incapacidad temporal. Cuantía, nacimiento, duración y extinción* en “Tribuna Social”, núm. 44-45, 1.994, pág. 54 y ss; MARTÍN VALVERDE, A. *Incapacidad laboral transitoria e Invalidez Provisional: legislación y jurisprudencia*, “Actualidad Laboral”,núm. 39, 1.994, pág. 601 y ss; TORTUERO PLAZA, JL, “la incapacidad temporal, contingencia y situaciones protegidas:un análisis teórico, en Tribuna Social, num. 44/45, 1994; PÉREZ ALONSO, M. A., “La incapacidad temporal”, Valencia, Tirant lo Blanch, 1.995; DUEÑAS HERRERO, L.F. *La contingencia de incapacidad (laboral) temporal en el régimen general de Seguridad Social*, en Relaciones Laborales”, num.4, 1.996, pág. 30 y ss; GARCÍA MURCIA J. y ROMÁN VACA, E. *Nuevas pautas de la regulación de la incapacidad temporal*, en “Aranzadi Social”, num.2, 1.996, pág. 2.505 y ss. TORTUERO PLAZA J.L. y SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y. “La incapacidad temporal. Régimen jurídico y negociación colectiva”, Madrid, edit. Fundación MAPFRE, 1.996, pág. 29-49.

Toda esta complejidad normativa se ha producido manteniéndose la ordenación reglamentaria procedente del desarrollo de la Ley de Seguridad Social de 1966 (singularmente el D. 3158/1966, de 23 -XII y la O. 13-X-1967, que han encajado múltiples reformas) que convive con todo un elenco de normas reglamentarias posteriores de distinta procedencia y alcance (desde el D. 1646/1972, de 23-VI, pasando por el RD 53/1980, de 11-I, hasta los mas recientes sobre gestión y control, el RD 575/1997, de 18-IV, modificado por el RD 1117/1998, de 5 -VI), incluida la aplicación de las modernas tecnologías para la presentación en soporte informático de los partes médicos (O Tas/ 399/2004, de 12-II). Sobre esta anacrónica y compleja estructura normativa, han impactado reformas procedentes de la invalidez permanente, la maternidad, el riesgo durante el embarazo, la jubilación parcial, el desempleo..., lo que dificulta su comprensión. Finalmente, algunas de las reformas producidas, singularmente las que han afectado a la LGSS, no han tenido desarrollo reglamentario, dejando vacíos normativos que se resuelven por circulares internas de las entidades gestoras o por decisiones jurisprudenciales no siempre afortunadas.

La ordenación descrita no sólo alcanza al régimen general, sino también a los especiales, cuya normativa está anclada en la historia y que en gran medida remiten a la ordenación del régimen general, sin perjuicio de reformas que incorporan novedades y extensiones de la protección (por ejemplo, el régimen de autónomos), remitiéndose para ello al régimen general, esto es, al caos normativo, donde sus titulares (los trabajadores por cuenta propia) no tienen presencia.

En esta contingencia, como en las restantes que integran el Sistema, es inaplazable y urgente la elaboración de un reglamento general de prestaciones económicas que ofrezca una ordenación modernizada, unitaria, armonizada, coherente y sistemática.

Otra de las asignaturas pendientes es la coordinación entre contingencias, que adquiere especial significación en la incapacidad temporal. En efecto, se trata de una materia minimizada en la vieja ordenación del conjunto de contingencias, cuando no inexistente, y sin embargo, su escenografía es de extremada complejidad. En este orden, la incapacidad temporal es el mejor ejemplo para poner de manifiesto que el conjunto de contingencias que integran el Sistema no constituyen espacios cerrados y yuxtapuestos, sino espacios abiertos e interrelacionados entre si. Así, la incapacidad temporal puede producirse durante la situación de desempleo, tanto en su nivel contributivo como asistencial, durante los periodos de descanso por maternidad y en las licencias parentales, durante las situación de riesgo durante el embarazo..., el beneficiario puede ser un pensionista de invalidez, en sus distintos grados, de viudedad, de orfandad, de jubilación parcial,...puede estar en situación de pluriempleo o pluriactividad. En pocas ocasiones, salvo en las reformas mas recientes, por ejemplo en materia de maternidad, nos encontramos con reglas que coordinen los supuestos referidos y, cuando lo hacen, la variada finalidad de la norma, minusvalora o entorpece la coordinación, baste como ejemplo el inacabado artículo 222 de la LGS, que pretende coordinar las situaciones de incapacidad temporal, maternidad y paternidad con el desempleo, cuya línea de reforma es constante, lo fue por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, lo ha sido por Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres y volverá a ser reformado por la Ley de Medidas en Materia de Seguridad Social, como veremos.

## 2.- Gasto versus control: un binomio complejo e incompleto.

El constante y alarmante incremento del gasto en incapacidad temporal ha propiciado que las principales reformas de los últimos años se hayan centrado casi en exclusividad sobre la ordenación de los mecanismos de control, bajo la hipótesis de que un mayor control conducirá a una reducción del gasto. No obstante, las reformas no se plantearon la problemática existente en forma sosegada y reflexiva, sino más bien conducidas por la obsesión razonable del gasto y la idea de que el fin justifica cualquier medio. En este orden, el aluvión normativo, producido entre el año 1997 y el año 2007, buscó la reordenación de los mecanismos de control con la finalidad de alcanzar el resultado económico deseado.

No hay que olvidar, sin embargo que al analizar los datos de crecimiento del gasto es necesario considerar la influencia de factores externos que influyen cuantitativamente en el gasto como son la evolución del número de afiliados y la evolución de los salarios de los que dependen las bases de cotización de los trabajadores. Con todo y teniendo en cuenta tales magnitudes, el gasto en incapacidad temporal sigue siendo desmesurado. El periodo de mayor incremento se situó en los años 2002 a 2004, donde con un incremento de los salarios que oscilo entre el 3,6 y el 3,9 por 100 y un ascenso de la población protegida del 7,73 por 100 para todo el periodo, el gasto en incapacidad temporal se incremento con un 11,82% para el 2003, con un 12,45% para el 2003 y con un 14,45%. , para el 2004<sup>2</sup>. Los incrementos de gastos se han reducido a partir del 2005, aunque todavía tienen una magnitud considerable, para el 2006 el incremento es del 12,33 por 100 y la previsión para el 2007 es del 9,9 por 100. Sin embargo, en términos globales, a los incrementos referidos habría que añadir en montante de los Fondos destinados al ahorro en incapacidad temporal con los que se financia los acuerdos de colaboración con las Comunidades Autónomas, que más adelante analizare.

Si globalizamos el gasto en incapacidad temporal, a los datos referidos habría que añadir el impacto económico que supone para el empresario y referido a las siguientes materias: el coste de los días cuarto a decimoquinto de la baja<sup>3</sup>, el mantenimiento de la obligación de cotizar, los gastos de sustitución del trabajador, las mejoras pactadas en los convenios colectivos, los gastos para ejercitar el control., en fin , un volumen de gasto nada despreciable, que normalmente se silencia cuando la referencia se hace al “gasto público”.

La construcción del binomio control-gasto hace referencia a una problemática extensa y variada. En efecto, cuando para reducir el gasto apostamos por un mayor control, estamos poniendo de manifiesto varias cuestiones, por un lado, que el controlador no

---

<sup>2</sup> Los datos pueden verse en PANIZO ROBLES, J. A., «La Seguridad Social en los comienzos de 2006 (comentario a las novedades incorporadas a la Ley 30/2005, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2006 y en otras disposiciones legales y reglamentarias de reciente promulgación), *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, núm. 275 y en GRANADO MARTINEZ, O., El control de la incapacidad temporal en el Instituto Nacional de la Seguridad Social, en *La Economía de la Seguridad Social*, III Congreso de la Asociación de Salud y Seguridad Social publicadas por la editorial Laborum, Madrid 2006págs,147 a 158 .

<sup>3</sup> El gasto de las empresas durante los primeros diez días de baja ascienden a 3.000millones de Euros, según declaraciones del secretario de Estado de seguridad Social ([www.cincodias.com](http://www.cincodias.com))

ejerce satisfactoriamente su función y, por otro, que el controlado utiliza el instituto de forma no siempre correcta.

### **3.- La incapacidad temporal como “refugio protegido”: una aproximación a su casuística y a los sujetos implicados.**

Al margen de eufemismos, es frecuente imputar a los trabajadores del uso incorrecto de la incapacidad temporal, en el sentido de que es utilizada o mantenida temporalmente, al margen del efecto incapacitante que la caracteriza. La imputación no es nueva, más bien es consustancial a la contingencia misma y de ella hemos hecho un tópico que incluso constituye guía y razón de las reformas legislativas. No obstante, sería conveniente dar un paso más y preguntarse, cuáles pueden ser las causas de la utilización presuntamente indebida del instituto y cuáles podrían ser las soluciones. En este orden, no solo debemos valorar el importante impacto económico que tiene sobre el sistema público de protección social y sobre las empresas, sino también, y así se ha reconocido, los importantes impactos colaterales. En efecto, el absentismo causado por la incapacidad temporal, tiene importantes repercusiones que afectan a la productividad y competitividad de las empresas, a los espacios organizativos, a la gestión de personal...<sup>4</sup> Todo ello es suficiente para plantearse soluciones que sobrepasen los espacios de control.

Al margen de episodios fraudulentos, lo cierto es que la incapacidad temporal constituye una especie de “refugio protegido” para los trabajadores, al que acuden para dar respuesta a un sin fin de problemas que carecen de cauces adecuados en la ordenación de la relación laboral. En efecto, circunstancias personales, familiares, laborales..., que exigen disponer de un tiempo para su resolución o encauzamiento, carecen normalmente del cauce adecuado. Basta con traer a colación la parquedad de permisos regulados en el artículo 37 del Estatuto de los Trabajadores. Las circunstancias descritas conducen, posiblemente, a que los trabajadores busquen el tiempo necesario en institutos impropios que sin embargo, le ofrecen “cuartada”, “protección económica”, “protección jurídica”, “confidencialidad”...

Igualmente, la incapacidad temporal se ha convertido en un instrumento de respuesta ante los vicios del mercado laboral. En efecto, la incapacidad temporal se utiliza para mitigar los efectos de la temporalidad y de la rotación, para cubrir la ausencia de protección por desempleo o para complementar el tiempo acreditado de protección, ante las dificultades de encontrar empleo. No debemos olvidar la función social impropia que cumple el instituto, cuyo lugar de imputación se encuentra en el uso y abuso de la contratación temporal, poniendo al trabajador en una situación límite que justifica socialmente la búsqueda de espacios de protección.

Todavía existen otros espacios de imputación, como pueden ser las actividades económicas de carácter estacional (pesca, agricultura, hostelería...) con impacto desigual

---

<sup>4</sup> Sobre estos planteamientos con cita de los postulados de la Fundación Europea para la mejora de las Condiciones de Vida y Trabajo al hilo de lo planteado en el texto, MERCADER UGUIA, JR., *El control de la incapacidad temporal (historia de una sospecha)*, en Revista de Relaciones Laborales, Tomo I/2004, pags413.

entre las distintas Comunidades Autónomas<sup>5</sup>, donde la incapacidad temporal actúa como remedio para paliar las situaciones de carencia de rentas<sup>6</sup>

También la utilización de la incapacidad temporal adquiere niveles relevantes en regímenes especiales donde no existe la protección por desempleo, como es el caso de los regímenes de trabajadores autónomos y de empleados de hogar. Nuevamente la contingencia cumple funciones que son impropias, así dar cobertura a los periodos de baja actividad económica de los trabajadores autónomos, o cubrir los espacios de carencia de rentas de los empleados de hogar ante la posible o anunciada extinción del contrato.

Finalmente, la defectuosa ordenación de otras contingencias, como por ejemplo, la complejidad del riesgo durante el embarazo, la inexistencia de cobertura en el riesgo durante la lactancia (ambas reformadas reciente y acertadamente por la LOI) , la defectuosa ordenación de la relación entre incapacidad temporal y la incapacidad permanente, la imputación a la incapacidad temporal de las anomalías durante la gestación, la desviación de contingencias profesionales hacia contingencias comunes..., convierten a la incapacidad temporal en lugar de recepción de situaciones ajenas.

Todo lo anterior, sin perjuicio de los espacios de fraude, en sentido más grotesco, bien directamente realizados por el trabajador, bien con la colaboración interesada o la imposición del empresario (utilización de la incapacidad temporal de los trabajadores para cubrir periodos de baja actividad económica, o simplemente para reducir costes laborales), bien para afrontar regulaciones de empleo y despidos pactados.

Las situaciones descritas constituyen tan sólo la punta del *iceberg* y su resolución no se consigue simplemente con medidas endurecedoras de los mecanismos de control. Sin duda, éstos podrán producir sus efectos, pero la existencia de la problemática de fondo continuará propiciando la búsqueda de soluciones impropias por parte de los afectados.

#### **4.- Los mecanismo de actuación: reducir el gasto con incremento de gasto y complejidad administrativa.**

Las reformas conducentes a potenciar los mecanismos de control no han resuelto el problema originario, que afecta básicamente a las incapacidades derivadas de enfermedad común y accidente no laboral. En efecto, en estos supuestos las funciones de control están residenciadas en los facultativos y en los servicios de inspección sanitaria del sistema publico de salud y sin embargo, las prestaciones económicas se ubican en el ámbito competencial de la seguridad social, bien a través del Instituto Nacional de la Seguridad Social, del Instituto Social de la Marina o de las Mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Si bien, el nacimiento, duración,

---

<sup>5</sup> Se calcula que un 50 por 100 del gasto del sistema sanitario canario del 2006 se invierte en sufragar las bajas laborales . asi se puso de manifiesto en el II Congreso de la Sociedad Canaria de Medicina Asistencial laboral, (Canarias24horas.com).

<sup>6</sup> A esta situación ( y a otras) aportando datos diferenciales de las Comunidades Autónomas , refiere MERCADER UGUIA, JR., *El control de la incapacidad temporal (historia de una sospecha)*, en Revista de Relaciones Laborales, Tomo I/2004, pags408.

extinción, control y pago de la prestación, son las dos caras de una misma moneda, nuestro ordenamiento las contempla competencialmente como dos monedas distintas, que constantemente se pretenden unir, pero bien es sabido que los polos del mismo signo se repelen.

La dirección de las reformas que se han efectuado, en la última década, 1997-2007, han contribuido a multiplicar los “servicios médicos actuantes” en esta materia. En efecto, junto a los Servicios médicos y la inspección del Sistema de Salud, con funciones omnicomprendidas, se crean con funciones simplemente controladoras los servicios médicos de las Entidades Gestoras y, se han incorporado al control a los servicios médicos de las Mutuas de Accidentes de Trabajo. Igualmente, la reorientación competencial que se ha producido hacia el Instituto Nacional de la Seguridad Social, lleva implícita un importante reforzamiento de los equipos médicos, tanto en las unidades de incapacidad temporal, como en los Equipos de Evaluación de Incapacidades. Todo ello, supone un incremento del gasto nada despreciable, por su carácter constante y progresivo.

La multiplicación de los servicios médicos actuantes, con competencias autónomas y diferencias, ha exigido abrir otra línea de actuación a través de Convenios de colaboración para el control de la incapacidad temporal con las Comunidades Autónomas, con resultados más o menos significativos. Estos Convenios se han efectuado por el periodo 2002-2004, para el año 2005 y finalmente para el trienio 2006-2008 y contemplan un Programa de actividades de modernización y mejora de la gestión y control de la incapacidad temporal, así como la identificación de objetivos de control del gasto. Los referidos Convenios están previstos en la disposición adicional undécima de la LGSS y se han establecido de acuerdo con lo previsto en el artículo 3.1.c) del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, y en el artículo 6 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Finalmente, el artículo 4 de la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, por la que se regulan las medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía, contempla la creación y dotación de un Fondo denominado Programa de ahorro en incapacidad temporal destinado a la mejora y control de la prestación por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes. En los últimos años, la dotación del Fondo ha sido de 300,36 millones de euros para el 2006 y de 310,01 millones de euros, para el 2007.

Igualmente se ha puesto en práctica medidas procedimentales, entre ellas el denominado: Aplicativo de Trabajo Informatizado de las Unidades Médicas del INSS (ATRIUM). En efecto, en las Direcciones Provinciales del Instituto Nacional de la Seguridad Social no existía un procedimiento homogeneizado del trabajo que realizan las Unidades Médicas, ante lo cual se diseñó un procedimiento informático que pretende no sólo homogeneizar la gestión sino además permitir seleccionar para citar a reconocimiento médico a los trabajadores con criterios efectivos.

Finalmente, se acomodó el sistema de Remisión Electrónica de los Datos (RED) para la gestión de la incapacidad temporal, de forma que las empresas incorporadas al mismo deben utilizar dicho procedimiento informático para remitir a la Entidad Gestora o a la Mutua las copias de los partes médicos de baja, confirmación de la baja y de alta que les presenten los trabajadores.

## II. LA UBICACIÓN HISTÓRICA DE LAS REFORMAS DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL: DE LOS PROYECTOS A LAS REALIDADES.

### 1.- Los proyectos de reforma y el control de la incapacidad temporal.

La incapacidad temporal ha sido objeto de una intensa labor reformista que ha supuesto una cadena de modificaciones legislativas centradas, con carácter prioritario, en la búsqueda de una mayor eficiencia en el control de esta prestación. La proporción en el volumen de gastos, el presunto nivel de fraude<sup>7</sup> y la comúnmente aceptada facilidad para obtener “baja médica” o mantenerla en el tiempo, han propiciado un conjunto desmesurado, desproporcionado y anárquico de reformas legislativas obsesionadas con un único fin: controlar y reducir el gasto<sup>8</sup>. De esta forma, las medidas de mejora de la eficiencia en el control y gestión de la incapacidad temporal van a convertirse en el objetivo principal de los sucesivos proyectos de reforma y de la actuación legislativa sobre esta prestación, por delante de intenciones de perfeccionamiento del marco regulatorio de la incapacidad temporal, su actualización o de completar su ordenación<sup>9</sup>.

En este sentido podemos remontarnos incluso al denominado “Libro Rojo”<sup>10</sup>, que ya en 1.981<sup>11</sup> señalaba las deficiencias en el diseño del control de la incapacidad temporal “...

---

<sup>7</sup> Vid. MERCADER UGUINA, J.R. “El control de la incapacidad temporal (historia de una sospecha)”, cit, pag. 404..

<sup>8</sup> TORTUERO PLAZA, J.L. *Las Mutuas y la Incapacidad Temporal*, en “Tribuna Social”, núm. 100, abril 1.999, pág. 22-31.

<sup>9</sup> En muchas ocasiones hemos advertido que la ordenación incompleta o inacabada de la contingencia deja espacios que por sí mismos llaman al fraude. Ello quiere decir que además de ordenar mecanismos de control efectivos y razonables, es necesario reordenar con idénticos criterios su estructuración jurídica. Sobre estos aspectos, TORTUERO PLAZA, J.L. *Supuestos legales de desempleo en el ordenamiento español: una valoración crítica*, en “Relaciones Laborales”, núm. 13, 1.994, pág. 23-26 y *Aspectos jurídicos de las prestaciones: el desempleo y las pensiones*, Bilbao, Fundación BBV, (Economía Pública), 1.996, pág. 11,13,14,15 y 16.

<sup>10</sup> “*Criterios para la racionalización y mejora de la Seguridad Social*”. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Ed. multicopiada. 1981.

Ya desde el año 1977 con el muy conocido como “Libro Blanco”, los diversos documentos elaborados, en diferentes momentos, fueron conocidos por el color de las tapas de la correspondiente edición. Así, posteriormente se publicarían los libros “Rojo”, “Verde”, “Amarillo” o “Naranja”.

<sup>11</sup> Ello no quiera decir que en épocas anteriores no se propusieran o no se establecieran medidas de lucha contra el fraude en la protección social. Al contrario, la necesidad de articular medidas que frenaran o evitaran el uso indebido en las prestaciones de incapacidad temporal es una constante en todos los documentos de reforma de la Seguridad Social que, desde el año 1977, se articulan en nuestro país.

Un análisis de la conveniencia de control de la incapacidad temporal, contenida en los diferentes intentos de reforma de la Seguridad Social, se encuentra en PANIZO ROBLES: “*El control de la incapacidad temporal: A propósito del Real Decreto 575/1997, de 18 de abril*”. Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Nº 4. 1997. Págs. 86-87. A su vez, el texto del Pacto de Toledo se encuentra recogido en MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL: “*Informe de la Ponencia para el análisis de los problemas estructurales del sistema de la Seguridad Social y de las principales reformas que deberán acometerse. Pacto de Toledo*”. Madrid. 1996.

*de una parte, al otorgar unas generosas prestaciones económicas por enfermedad (al menos comparativamente con las que se conceden en otras situaciones o contingencias) y, de otra, al carecerse de un sistema de control efectivo que posibilite e, incluso, facilita el que se incrementen las ausencias no justificadas en el trabajo, simulándose una incapacidad y sabiéndose que esa conducta no le va a soportar al interesado daño económico alguno, habida cuenta de que entre las prestaciones de la Seguridad Social y las consecuentes a cargo del empresario se le van a garantizar iguales ingresos a los obtenidos durante la actividad"<sup>12</sup>. Y esta situación es la que lleva a proponer, más que medidas de reducción de la protección<sup>13</sup>, a que se condicione su otorgamiento a "...reforzar los controles médicos que, de manera eficaz, permitan verificar y atestiguar la verdadera consecuencia de la incapacidad"<sup>14</sup>.*

En el mismo sentido, la importancia de la mejora en los sistemas de controles administrativos, es subrayada en el llamado "*Libro Verde*"<sup>15</sup> "...para hacerlos más rigurosos y, desde luego, más efectivos en relación con la incapacidad, de modo que se reafirme el principio de que la Seguridad Social no tiene como misión básica la lucha contra el fraude, sino la protección suficiente y eficaz de la protección"<sup>16</sup>. Tras unas tímidas actuaciones en esta materia, entre las que cabe señalar la Orden de 6 de abril de 1983, así como las disposiciones que la desarrollan y la complementan, a través de la cual se articularon diferentes mecanismos de control de la prestación de la entonces incapacidad laboral transitoria, y entre ellos, su tratamiento informatizado, y la creación de determinadas Comisiones de seguimiento de la evolución de la prestación, tanto a nivel provincial como central, el control del gasto generado por la incapacidad laboral continúa siendo materia pendiente en la agenda del legislador.

Por último, el "*Libro Naranja*"<sup>17</sup> sigue insistiendo en que uno de los mayores problemas que plantea la prestación de incapacidad laboral transitoria es "...el nivel de fraude que se origina tanto por parte de los trabajadores a través de procesos de incapacidad simulados o prorrogados artificialmente, con la colaboración o connivencia de bajas médicas de complacencia, como por parte de las empresas, a través de deducciones indebidas en el pago de las cotizaciones."<sup>18</sup>

---

<sup>12</sup> "*Libro Rojo*", pág. 407.

<sup>13</sup> Hay que tener en cuenta que, apenas un año antes (el denominado "*Libro Rojo*" data de 1981) se había producido una reducción de la cuantía de la protección por incapacidad laboral transitoria, derivada de enfermedad común y accidente no laboral. Por Real Decreto 53/1980, de 11 de enero, la cuantía de la prestación en la indicadas contingencias, y durante los días 4º al 20, ambos inclusive, pasó del 75 por 100 de la correspondiente base reguladora a suponer el 60 por 100 de dicha magnitud.

<sup>14</sup> "*Libro Rojo*", pág. 409 y ss.

<sup>15</sup> "*Propuestas de medidas de racionalización y mejora de la Seguridad Social*". Madrid. 1981. Documento elaborado por la Administración en cumplimiento del punto V.2. del Acuerdo Nacional sobre el empleo.

<sup>16</sup> "*Libro Verde*" pág- 13.

<sup>17</sup> "*Documento Base para la reforma de la Seguridad Social para la Comisión Tripartita del Acuerdo Económico y Social*". Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Madrid. 1.985

<sup>18</sup> "*Libro Naranja*". pág. 42



Aún cuando en todos estos informes se dejaba clara la necesidad de acometer reformas de calado que permitieran un mayor control del gasto destinado a la protección por la contingencia de incapacidad temporal, hasta el año 1.994 las actuaciones en esta materia fueron escasas y de corto alcance en cuanto a los resultados obtenidos. Las reformas consistieron, en síntesis, en disminuir la protección (de 75 al 60 por 100 de la base reguladora) de los días cuarto a vigésimo de la baja (1.980) y en trasladar al empresario el abono de la prestación durante los días cuarto a decimoquinto (1.992). Por distintas razones todas las medidas fueron poco operativas. En unas ocasiones por la medida en sí misma, en otras, por su deficiente estructuración técnico-jurídica y, respecto a todas ellas, por la absoluta falta de sintonía entre la ordenación general y su reflejo en la protección complementaria recogida en la negociación colectiva<sup>19</sup>. Ante el retraso de la protección inicial y la reducción de su intensidad durante los procesos cortos, la reacción se centró en desplazar a la negociación colectiva el coste de la reducción. Dicho de otra forma, la posible operatividad de las medidas quedó reducida, al ser asumido el coste de la misma por el empresario y a su exclusivo cargo. Y ello, con el agravante de que la igualación o, incluso, la superación de la cuantía de la protección pública se realizará, en la inmensa mayoría de los casos, sin contrapartida, esto es, sin vinculación a los índices de absentismo o a otro parámetro similar<sup>20</sup>.

Escasa operatividad tuvo también la reforma de 1.992, que determinó el pago por el empresario y a su exclusivo cargo, de la prestación correspondiente a los días cuarto a decimoquinto de la baja. En esta ocasión la ineficacia de la reforma vino determinada por defectos en su configuración jurídica, ya que al mantener su naturaleza prestacional despojaba al empresario de cualquier posibilidad de control directo con efectos jurídicos<sup>21</sup>. El empresario simplemente asumía la obligación, por imperativo legal, de pagar la prestación, sin que esta reforma signifique en ningún caso una modificación de la conceptualización de la prestación<sup>22</sup>. La constitucionalidad de esta norma fue declarada por TCo 34/94, de 10 de noviembre<sup>23</sup>.

A pesar del escaso alcance de las iniciativas emprendidas la mejora en el control de la incapacidad temporal continuó reflejándose en los documentos de reforma de la Seguridad Social como una de las asignaturas pendientes de la mejora de la eficiencia del sistema, y así por ejemplo aparece en la Recomendación 13 del "Pacto de Toledo",

---

<sup>19</sup> Sobre la protección complementaria de la incapacidad temporal y su reflejo en la negociación colectiva, ver GARCÍA NINET, J.I. *La prestación complementaria e I.L.T., e invalidez provisional e invalidez permanente en la negociación colectiva de los años 1.990-1991-1992*, en "III Congreso nacional del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social", Valencia, 1.993, págs. 95 y ss, y TORTUERO PLAZA J.L. y SANCHEZ-URÁN AZAÑA, Y. *La incapacidad temporal. Régimen jurídico y negociación colectiva*, Madrid, edit. Fundación MAPFRE, 1.996, caps. II y IV.

<sup>20</sup> Una demostración empírica de lo afirmado puede verse en TORTUERO PLAZA J.L. y SANCHEZ-URÁN AZAÑA, Y. *La incapacidad temporal. Régimen jurídico y negociación colectiva*, cit. Caps. II y IV.

<sup>21</sup> Con distintos criterios se pronunció la doctrina, al respecto, ver, DESDENTADO BONETE A. y TEJERINA ALONSO, J.I. *El subsidio de la incapacidad temporal. Cuantía, nacimiento, duración y extinción*, cit. Págs. 44-45 y GARCÍA NINET, J.I. *Sobre los doce días de I.L.T. a cargo del empresario por contingencias comunes*, en "Tribuna Social", núm. 40, 1.994, págs. 57 y ss; y MARTÍN VALVERDE, A. *La incapacidad laboral transitoria...* cit. Págs. 601 y ss; ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J.L. "Instituciones de Seguridad Social", Madrid, edit. Civitas, edic. 16, pág. 264, entendimos que "control y pago no pueden disociarse en una ordenación pretendidamente razonable."

<sup>22</sup> ALVAREZ DE LA ROSA, M. *Incapacidad temporal y maternidad*, en "Tribuna Social" n° 53, pág. 13.

<sup>23</sup> ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J.L. "Instituciones de Seguridad Social", cit. Pág. 249 y ss.

que señala "la necesidad de adoptar las medidas destinadas a mejorar la gestión de las prestaciones por incapacidad temporal, al objeto de frenar las causas de fraude dentro del sistema público en el acceso y permanencia de las prestaciones".<sup>24</sup>

En base a la referida Recomendación, el capítulo X del Acuerdo para la mejora y desarrollo del sistema de protección social de 2001 se dedica a la lucha contra el fraude y en materia de Incapacidad temporal, establece lo siguiente: En el marco de la Recomendación 13ª del Pacto de Toledo, resulta preciso continuar con las medidas de mejora de gestión de la incapacidad temporal de modo que, dando cobertura a las situaciones reales de imposibilidad de acceder al trabajo en caso de enfermedad o accidente, se evite la utilización indebida de esta prestación:

En este objetivo:

- Se establecerán las medidas necesarias que impidan la concatenación abusiva de la IT con la prestación de desempleo.
- Se articularán las medidas que eviten la prolongación indebida de la prestación, en los casos en que el trabajador que es llamado a reconocimiento médico por los servicios médicos de la Entidad responsable del pago de la prestación, no acuda a los mismos sin causa justificada.
- Se incrementarán las medidas de coordinación necesarias entre las Entidades responsables del pago de la prestación de IT y el INSALUD y los Servicios de Salud, que permitan un mejor control de las situaciones de IT.

Por último y teniendo en cuenta las Recomendaciones de la renovación del Pacto de Toledo del 2003, la incapacidad temporal vuelve a estar presente en el Acuerdo sobre Medidas en materia de Seguridad Social, suscrito el 13 de julio de 2006 por el Gobierno, la Unión General de Trabajadores (UGT), la Confederación Sindical de Comisiones Obreras (CCOO), la Confederación Española de organizaciones Empresariales (CEOE) y la Confederación Española de la Pequeña y Mediana Empresa (CEPYME), que, a su vez, trae su causa de la declaración para el Diálogo Social firmada por los mismos interlocutores el 8 de julio de 2004.

En efecto, conforme a la letra b) del número 5, de título Prestación de incapacidad temporal en el Acuerdo se establecía que:

*"Se procederá al análisis de la regulación jurídica de la prestación de incapacidad temporal, así como de sus modalidades de gestión, con la finalidad de definir con mayor precisión las funciones de los Servicios de Salud y de las Entidades que gestionan la prestación económica, respecto de los procesos de incapacidad, a fin de evitar que, debido a diagnósticos diferentes de unos y otras, puedan producirse situaciones de desprotección de los trabajadores".*

---

<sup>24</sup> Un análisis del "Pacto de Toledo" o "Informe de la Ponencia para el análisis de los problemas estructurales del sistema de la Seguridad Social y de las principales reformas que deberán acometerse", el origen del mismo, así como su tramitación parlamentaria, puede verse en la publicación del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social: "Informe de la Ponencia para el análisis de los problemas estructurales del sistema de la Seguridad Social y de las principales reformas que deberán acometerse. Pacto de Toledo". Col. Seguridad Social. Madrid. 1996.

Como se ha podido observar la reforma y el control de la incapacidad temporal ha sido una constante histórica en la evolución de la seguridad Social de los últimos treinta años, casi coincidiendo con la propia historia del Instituto Nacional de la Seguridad Social.

## **2. El Estado de la cuestión y las primeras reformas**

Los mecanismos de control de la incapacidad temporal venían recogidos en el Capítulo IV de la Orden de 13 de octubre de 1967, por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de la prestación de incapacidad laboral transitoria, reformada por la Orden de 21 de marzo de 1974, y completada por la de 6 de abril de 1983, que dicta normas a efectos de control de la situación de incapacidad laboral transitoria en el sistema de la Seguridad Social.

La normativa de Seguridad Social establece una serie de obligaciones a los facultativos, a los trabajadores y a las empresas, cada uno de ellos con distintas finalidades.

Respecto a los primeros, porque el marco de esta prestación no puede dissociarse del contenido de la protección por asistencia sanitaria de la protección económica del sistema. Como ha señalado parte de la doctrina<sup>25</sup>, el derecho a la prestación económica nace por mediación del parte médico expedido, continúa por los partes de confirmación/o de continuación y finaliza o se extingue con el parte de alta. Por ello, el derecho a la prestación económica requiere que existe la necesidad de asistencia sanitaria, y que esa asistencia sea prestada por los servicios sanitarios de las Seguridad Social, puesto que esa ausencia provoca el que no se genere derecho a la prestación económica.

Por lo que se refiere a los trabajadores está claro que su objetivo es doble: de una parte, para que dé a conocer a su empresario, y de un modo formal, la causa de la baja que va a originar la suspensión del contrato de trabajo y, de otra, a que se le reconozca el correspondiente subsidio económico.<sup>26</sup>

Por último y en cuanto a las empresas, por las obligaciones y derechos que se derivan de la colaboración obligatoria en el ámbito de la prestación económica de la incapacidad temporal, concretadas, básicamente, en la asunción, por cuenta de la Seguridad Social, del pago de la prestación a sus trabajadores, así como del derecho de compensarse de

---

<sup>25</sup> Entre otros, puede verse ALMANSA PASTOR, J.M. "*Derecho de la Seguridad Social*", 1991, pág. 415 y ss.

<sup>26</sup> La línea jurisprudencial actual y de siempre exige para la eficacia de la suspensión del contrato de trabajo la expedición de los partes oficiales de baja y alta, ya que "*a través de los partes de baja y alta de la Seguridad Social se probará no solo el hecho de estar incapacitado para el trabajo, sino también la involuntariedad del caso, su temporalidad, y el hecho de estar recibiendo asistencia sanitaria de la Seguridad Social*". Vid. VIDA SORIA, J: *La incapacidad temporal del trabajador como causa de suspensión del contrato de trabajo*. En *Tribuna Social*, nº 44/45, pags. 18 Y 19.

ese pago, a través de las correspondientes deducciones de las cantidades abonadas de las cotizaciones a ingresar en la Tesorería General de la Seguridad Social.

## **2.1. El control de la incapacidad temporal: la legalidad vigente hasta la reforma del RD 575/97.**

Teniendo en cuenta que la prestación económica de la Seguridad Social por incapacidad temporal se condiciona a la necesidad de asistencia sanitaria, y a que dicha asistencia sea prestada por los servicios sanitarios públicos, es fácil comprender que las actuaciones de control en ese propio ámbito sanitario se revelen como una parte básica de los mecanismos establecidos para la constatación de la existencia de una dolencia determinada y de la intensidad de la misma, en un grado tal que justifique la baja en el trabajo.

Las Ordenes de 13 de octubre de 1967 y de 6 de abril de 1983 han constituido, hasta la promulgación del Real Decreto 575/1997, las normas fundamentales a efectos del control médico de la prestación por incapacidad temporal, en las que se distingue según sea la contingencia, común o profesional, que origina aquélla.

### **2.1.1 El control de los facultativos de la seguridad social en caso de contingencias comunes.**

Los mecanismos de control descansan en tres partes médicas, denominados, respectivamente, de baja, de confirmación de la baja y de alta, partes que, cumplimentados en los documentos o modelos aprobados, deben expedirse inmediatamente después de practicado el oportuno reconocimiento médico al trabajador.

El "*parte de baja*" debía expedirse el mismo día del reconocimiento del trabajador, y por triplicado ejemplar, con destino uno de ellos a la Inspección de Servicios Sanitarios de la Seguridad Social, y los otros dos para el trabajador, uno para su propio conocimiento, y otro para su entrega a la empresa, dentro del plazo de los cinco días de la expedición.

El parte de "*confirmación de la baja*" se expedía a partir del cuarto día de la baja, y los sucesivos partes se extendían con periodicidad semanal; estos partes también se formalizaban por triplicado ejemplar con destino a los órganos y entes ya señalados en el parte de baja. En consecuencia al trabajador se le entregan dos partes, uno de los cuales debe entregar a la empresa, dentro del plazo de los dos días, contados a partir de su expedición.

Por último, el "*parte de alta*" se expedía el día del reconocimiento, y debía ser presentado ante la empresa en el plazo de cinco días, a partir del día siguiente al que fue expedido.

Aunque los partes de baja, confirmación de la baja o de alta, eran expedidos por el facultativo que prestó la asistencia sanitaria, la Inspección de Servicios Sanitarios de la Seguridad Social, órgano al que iba destinado uno de los ejemplares de dichos partes,

podía, en todo momento y por medio de las actuaciones oportunas, verificar el estado de salud del interesado, así como decretar el alta o la baja de aquél, para lo que podía contar con la colaboración de los servicios médicos de empresa. Actuación que queda reforzada en virtud de las disposiciones contenidas en la Orden de 21 de marzo de 1974.

Uno de los temas básicos en este ámbito es la consecuencia del cumplimiento o incumplimiento de los plazos establecidos para la expedición y presentación de los partes médicos. En algunos pronunciamientos judiciales<sup>27</sup> se configuran los retrasos en la presentación de los partes como causa de sanción del trabajador, cuya gravedad depende de la propia reiteración del incumplimiento así como del conocimiento previo por parte del empresario de la enfermedad del trabajador, puesto que la no presentación de los partes puede calificarse como ausencia en el trabajo, pues, en caso contrario, la presentación de los partes se revela como una justificación de esa ausencia.<sup>28</sup>

### **2.1.2 El control de los facultativos de la seguridad social en caso de contingencias profesionales.**

En los casos de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, existían cuatro partes: parte de asistencia sanitaria por accidente de trabajo, parte médico de baja, de continuación de la incapacidad y parte médico de alta.

El régimen jurídico de los partes es similar al señalado con anterioridad, si bien el parte de asistencia sanitaria se extiende por la propia empresa, indicando los extremos que señala el artículo 20 de la Orden de 13 de octubre de 1967. El parte debe extenderse por triplicado ejemplar, conservando la empresa uno como comprobante. Los otros dos tenían como destinatarios el médico o el centro sanitario que preste la asistencia sanitaria, a efectos de justificar con uno de ellos la asistencia y los honorarios cuando así procedan, y el otro para acompañar al cargo de todos los gastos, a efectos de la entidad que cubra la contingencia del accidente. Cuando por la urgencia no sea posible extender el parte de asistencia sanitaria, la empresa posteriormente y con carácter inmediato, entregará dos copias a quién haya atendido al accidentado, conservando la copia del trabajador.

Con independencia de los partes de baja, a efectos de la incapacidad temporal, se ha de cumplimentar los partes de accidentes de trabajo<sup>29</sup>. El parte debe cumplimentarse por la empresa (o por el trabajador autónomo agrario o del mar), enviando el original y dos copias, dentro del plazo máximo de los 5 días siguientes a la fecha de la accidente, a la aseguradora de los riesgos profesionales, quien dentro del plazo de 10 días hábiles a su recepción, entregará ante la Dirección Provincial de Trabajo la copia, a efectos de informática -y con destino a los servicios centrales del Departamento-, así como la

---

<sup>27</sup> Vid. STSJ Andalucía (Sevilla) de 10 de enero de 1994, STSJ Castilla-León (Valladolid) de 14 de septiembre de 1993 o STSJ Cataluña, de 18 de mayo de 1993.

<sup>28</sup> Vid. GETE CASTRILLO, P.: "Presentación de partes de confirmación de la ILT". RL. Tomo II, año 1.986, pág. 1486 y ss.

<sup>29</sup> Los modelos de partes de accidentes se regulan en la Orden TAS 2.926, de 19 de noviembre (BOE nº 279, de 21 de noviembre de 2.002).

correspondiente a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social; las otras dos copias son para la propia empresa y para el trabajador.

Asimismo, la empresa debe cumplimentar el parte de enfermedad profesional<sup>30</sup>, se produzca o no la baja para el trabajo, por cuadruplicado, remitiendo, dentro de los 3 días siguientes a la fecha del diagnóstico, dos ejemplares a la entidad aseguradora de los riesgos profesionales, que remitirá uno a la autoridad laboral, en el plazo de 24 horas siguientes a su recepción, entregando otro al trabajador, conservando el cuarto ejemplar como justificante.

### **2.1.3 El control sanitario por parte de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social.**

Ningún problema se plantea con la incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales. La necesaria conexión entre la prestación económica y la prestación de asistencia sanitaria, ante señalada, lleva a que el control de la prestación se realice en el ámbito de la propia Mutua, puesto que es la Entidad no solo la responsable de la prestación económica, sino también la que dispensa los cuidados de salud<sup>31</sup>. Por ello, la expedición de los partes médicos, o los distintos informes médicos corresponde realizarlos a los servicios médicos de la propia Entidad, y, en estos casos, no es preciso remitir las copias del parte de baja ni a la Inspección Sanitaria del correspondiente Servicio Público de Salud, ni a la Entidad gestora.

### **2.1.4 Los controles de la situación de la incapacidad temporal por parte de los empresarios.**

Del hecho de que la situación de incapacidad temporal quede condicionada a la dispensación de asistencia sanitaria por parte de los Servicios de Salud, se deriva a que el control de la misma se lleve a cabo por los facultativos de tales Servicios. Sin embargo, no debe olvidarse el contenido del artículo 20.4 del Estatuto de los Trabajadores<sup>32</sup>, en el que se prevé determinada facultades del empresario en orden a la verificación del estado de salud del trabajador.<sup>33</sup>

---

<sup>30</sup> El nuevo modelo oficial aparece regulado por la Orden TAS 1/2007, de 2 de enero, por la que se establece el modelo de parte de enfermedad profesional, se dictan normas para su elaboración y transmisión y se crea el correspondiente fichero de datos personales, en desarrollo de las previsiones contenidas en RD 1299/2006, de 10 de noviembre por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de seguridad social, y se establecen criterios para su notificación y registro.

<sup>31</sup> Véase DURÉNDEZ SAEZ, I. :*"Régimen jurídico y control de la situación de incapacidad laboral transitoria derivada de enfermedad común"*. RL. 16, pág. 93 y ss.

<sup>32</sup> Vid. PANIZO ROBLES, J.L. "El control de la Incapacidad Temporal, A propósito del Real Decreto 55/1.997, de 18 de abril", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* nº 4, 1.997, pág. 81.

<sup>33</sup> Dicho artículo prevé expresamente que *"el empresario podrá verificar el estado de enfermedad o accidente del trabajador que sea alegado por éste para justificar sus faltas de asistencia al trabajo, mediante reconocimientos a cargo del personal médico. La negativa del trabajador a dichos reconocimientos podrá determinar la suspensión de los derechos económicos que pudieran existir a cargo del empresario en dichas situaciones"*.

Los Tribunales vienen reconociendo esa función del empresario de verificar el estado de salud del trabajador, entendiendo que el control que se reconoce a la propia Seguridad Social "no impide el ejercicio por parte de la empresa del derecho a controlar la realidad y evolución de una situación que, si bien es personal del trabajador en cuanto afecta a la salud, también incide en los intereses de la empresa en cuanto contratante del trabajador temporalmente incapacitado."<sup>34</sup> Caso de negarse el trabajador al control empresarial, derivado a través de los reconocimientos médicos, el empresario puede, sin dificultad, suspender el abono de los derechos económicos de los que es responsable directo, a su cargo y por su cuenta<sup>35</sup>, ya que la hipotética negativa del trabajador a someterse a dichos reconocimientos no está tipificada como causa de suspensión o de extinción de la prestación de la Seguridad Social.<sup>36</sup> Ahora bien, esta

---

<sup>34</sup> Vid. STSJ País Vasco, de 24 de enero de 1994 o la STSJ Andalucía de 12 de mayo de 1994.

Sobre el mismo tema, puede verse MONTOYA MELGAR, A : "*Dirección y control de la actividad laboral*" en "*Comentarios a la Leyes Laborales*", dirigida por BORRAJO DACRUZ, E, Madrid, 1985, pág. 145 y ss. MONTOYA MELGAR, A. "El poder de dirección del empresario (en torno al art. 20 ET)", en AAVV, *El Estatuto de los Trabajadores. Veinte años después*. REDT, nº 100, año 2.000 pág. 593 y ss. BALLESTER PASTOR, I. "La colaboración voluntaria de las empresas en la gestión de la Seguridad Social", *Tribuna Social* nº 112, 2.000, págs. 26; CRUZ VILLALÓN, *Estatuto de los Trabajadores comentado*, Ed. Tecnos, Madrid, 2.003, Pág.292.

<sup>35</sup> GARCÍA NINET J.I. "Dirección y control de la actividad laboral", en ALBIOL Y OTROS, *El Estatuto de los Trabajadores. Comentarios a la Ley 8/1980, de 10 de marzo*, Madrid, Edersa, 1.981, pág. 167. VICENTE PALACIO, M<sup>a</sup> ARANZAZU, "El control de la Incapacidad Temporal: el control en el ámbito de la relación laboral individual y en el ámbito de la Seguridad Social" en *Tribuna Social* nº 168, diciembre 2.004, pág.26. JOVER RAMÍREZ, CARMEN "La incapacidad temporal para el trabajo. Aspectos laborales y de seguridad social", Tirant lo Blanch, Año 2.006, pág. 170.

<sup>36</sup> Dado que, en los casos de enfermedad común y accidente no laboral, desde la reforma operada en el año 1992, el abono del subsidio de incapacidad temporal, durante los días 4º al 15, ambos inclusive, corre a cargo del empresario, surge la duda de si éste puede suspender dicha prestación, caso de que el trabajador no se someta al reconocimiento médico ordenado por aquél, en base a las previsiones del artículo 20.4. del Estatuto de los Trabajadores.

A tenor de la calificación jurídica que la LGSS otorga a la prestación a cargo del empresario, durante el

período señalado, como prestación de Seguridad Social, resulta difícil que pudiese ampararse la posibilidad de la suspensión del percibo de una prestación de la Seguridad Social, directamente por el empresario.

No obstante, una parte de la doctrina ha entendido que la posibilidad de suspender los complementos a cargo de la empresa, cuando el trabajador no se someta a los controles médicos ordenados por el empresario, se extiende también a los doce días de prestación a cargo de las empresas. En tal sentido, se pronuncia GARCÍA NINET, J.I. : "*Sobre los doce días de incapacidad laboral transitoria a cargo de las empresas por contingencias comunes. Algunas reflexiones*". *Tribuna Social*, nº 40, 1944. Véase también DURÉNDEZ SAÉZ, I. op. cit. pág. 97 y ss.

capacidad de suspensión dichos derechos económicos no alcanza a las situaciones en las que el trabajador no se haya negado a este reconocimiento ni cuando exista disconformidad respecto a la propia baja médica<sup>37</sup>.

A este respecto, el Reglamento de Colaboración de las Mutuas de Accidente de Trabajo y Enfermedad Profesional, aprobado por RD 1.193/95, de 7 de diciembre, disponía que, las medidas que pudieran tomar como resultado del control médico al que están obligados a someterse los trabajadores asegurados afectados por un proceso de incapacidad laboral, no pueden consistir en extinguir o suspender la prestación de forma unilateral por parte de la Mutua sino que deberán proponer esta decisión a la Inspección Médica del INSALUD o Servicio de Salud correspondiente de las CCAA, de forma que la emisión de partes médicos de baja, confirmación de baja y alta queda fuera de las competencias de los servicios médicos de las Mutuas<sup>38</sup>.

## 2.4 El alcance de las reformas de 1.994: la incorporación de las mutuas.

La Ley 42/1.994 supuso una modificación sustancial en materia de gestión de la incapacidad temporal, continuando la reducción del papel preponderante de las Entidades públicas en esta materia que comenzó en el año 1.992. Hasta este momento, y con las salvedades de la colaboración voluntaria de las empresas,<sup>39</sup> la gestión de la incapacidad temporal, derivada de contingencias comunes, era llevada a cabo en exclusividad por las Entidades gestoras de la Seguridad Social. Sin embargo, la Disposición Adicional Undécima LGSS, en la redacción que incorpora la Ley 42/1994<sup>40</sup>, prevé que las empresas puedan optar entre que la gestión de la prestación económica de incapacidad temporal, derivada de contingencias comunes, correspondiente a los trabajadores a su servicio, pudiera ser llevada a cabo por la Mutua

---

Sobre esta cuestión, vid. MORRO LÓPEZ, J.J.: "*Algunas cuestiones sobre la gestión y el control de la incapacidad temporal*" ó BURGOS GINER, M.A.: "*El control de la incapacidad temporal*", ambos en la obra colectiva dirigida por OJEDA AVILÉS, A. "*La Incapacidad Temporal*". Madrid, Tecnos. 1996, pág. 339 y ss. y 181 y ss., respectivamente. DESDENTADO BONETE, A. y TEJERINA ALONSO, J. I., *El subsidio de la incapacidad temporal. Cuantía, nacimiento, duración y extinción* en "Tribuna Social", núm. 44-45, 1.994, pág. 64 y ss. M. ALONSO OLEA y J.L. TORTUERO PLAZA, "Instituciones de Seguridad Social", Madrid, edit. Civitas, edic. 16, pág. 254.

<sup>37</sup> MORRO LÓPEZ J.J. *La gestión de la ILT*, en "Tribuna Social", nº 44/45, pág. 67.

<sup>38</sup> ERRANDONEA ULAZIA, E. *La gestión de la prestación por Incapacidad Temporal: problemas planteados en cuanto a la competencia para determinar la causa de la baja*, en "Tribuna Social" nº 83, noviembre de 1.997, pág. 47.

<sup>39</sup> De acuerdo con lo establecido en el artículo 77 LGSS, las empresas, individualmente consideradas, pueden asumir, en régimen de colaboración voluntaria, la gestión y pago de la prestación de incapacidad temporal. En el supuesto de incapacidad temporal derivada de accidentes de trabajo, esta colaboración lleva aneja la colaboración voluntaria en la asistencia sanitaria; por el contrario, en el caso de la incapacidad temporal derivada de contingencias comunes, la empresa puede optar entre asumir la incapacidad temporal y la asistencia sanitaria, o únicamente la prestación económica de incapacidad temporal. La colaboración voluntaria de las empresas en la gestión de la Seguridad Social está regulada en la Orden de 28 de noviembre de 1996.

<sup>40</sup> Vid. ESCUDERO RODRIGUEZ, R. y PALOMO BALDA, E., "Novedades de la Ley 42/1.994: en especial, en materia de contratos de fomento del empleo y a tiempo parcial, incapacidad temporal, maternidad e invalidez permanente", *Relaciones Laborales*, nº6, Tomo I, 1.995. Pág. 1.110 y ss.



con la que hayan concertado la cobertura de las contingencias profesionales<sup>41</sup>. De igual modo, los trabajadores por cuenta propia de los Régimen Especiales de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos y Agrario, pueden optar porque la prestación económica de incapacidad temporal sea llevada a cabo por una Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social.<sup>42</sup> Esta reforma marca un punto de inflexión en la instrumentalización de la gestión y control de la incapacidad temporal, abriendo un mayor abanico de competencias a entidades que, hasta ese momento, sólo habían mantenido atribuciones en el aseguramiento de los riesgos profesionales<sup>43</sup>. Esta asunción de nuevas funciones por parte de las Mutuas hubiera precisado un cambio de denominación de estas entidades<sup>44</sup>.

---

<sup>41</sup> PEREZ ALONSO, M.A. y MAGALLÓN ORTÍN, M., *La colaboración de las Mutuas de AT y EP en la gestión de la Incapacidad Temporal por contingencias comunes*, "Tribuna Social" nº 70.

<sup>42</sup> El apartado Cuatro del artículo 101 de la Ley 21/1993, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1994, permitió que los trabajadores por cuenta propia del Régimen de Autónomos pudiesen optar entre tener cubierta o no, dentro del ámbito de la acción protectora dispensada por la Seguridad Social, la prestación de incapacidad temporal, en línea semejante a la opción de que ya disponían, desde el año 1982, los trabajadores por cuenta propia del Régimen Especial Agrario.

A su vez, la Disposición Adicional Undécima de la Ley 22/1993, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, de reforma del régimen jurídico de la función pública y de la protección por desempleo, estableció que los trabajadores por cuenta propia (sin efectuar ninguna distinción del Régimen de encuadramiento) que hubiesen optado por dicha prestación en el ámbito de la Seguridad Social, podrían optar, a su vez, por formalizar dicha protección con la Entidad Gestora correspondiente, con una Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social y (aunque puede parecer sorprendente) con una Mutualidad de Previsión Social.

El contenido de la Disposición Adicional señalada pasó, en su integridad, a figurar como Disposición Adicional Undécima LGSS. Posteriormente, la Disposición Adicional Duodécima Uno de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de ordenación y supervisión de los seguros privados, dio nueva redacción a la Adicional Undécima LGSS, suprimiendo, dentro de las Entidades, entre las que podía el trabajador por cuenta propia formalizar la cobertura de la incapacidad temporal, la mención a las Mutualidades de Previsión Social.

La regulación de la gestión de la incapacidad temporal por las Mutuas se contiene en el Reglamento General sobre colaboración de las Mutuas, aprobado por Real Decreto 1993/1995. El ejercicio de la opción de la cobertura o no, dentro del ámbito de la Seguridad Social, por parte de los trabajadores por cuenta propia, se contiene en el Reglamento General de Inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en el sistema de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto 148/1996, de 26 de enero.

A partir de la Ley 66/1997, los trabajadores autónomos deben concertar la cobertura de la protección por incapacidad temporal con una Mutua con carácter obligatorio. Posteriormente, la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, mediante la introducción de una nueva disposición adicional, la trigésima cuarta, al texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, extiende la acción protectora por contingencias profesionales a los trabajadores incluidos en el Régimen especial de la Seguridad Social de trabajadores por cuenta propia o autónomos.

<sup>43</sup> BARBA MORA, ANTONIO *Incapacidad temporal*, Tirant lo Blanch, "Colección laboral", nº 104, año 2.000, pág.88. En el mismo sentido, GARCÍA MURCIA, J. y ROMÁN VACA, E, *Nuevas pautas en la regulación de la incapacidad laboral*, Op. Cit., pág. 2.520 y ss .

<sup>44</sup> JOVER RAMÍREZ, CARMEN "La incapacidad temporal para el trabajo. Aspectos laborales y de seguridad social", Tirant lo Blanch, Año 2.006, pág. 431; CRUZ VILLALÓN, J. "El nuevo régimen de gestión por las Mutuas de la Seguridad Social de la prestación económica por Incapacidad Temporal", *Relaciones laborales*, nº 4, 1.996, pág.350; SEMPERE NAVARRO, A.V. "La incesante metamorfosis de las mutuas patronales: ideas para el estudio", *TS*, Nº 100, 1.999, Pág.. 10.

A su vez, la ley, en el punto 3 de la Disposición Adicional 11ª, establece que reglamentariamente se desarrolle la regulación de la gestión de la incapacidad temporal por parte de las Mutuas, así como los instrumentos de gestión y control necesarios para la actuación eficaz en la gestión de la prestación económica por incapacidad temporal llevada a cabo, tanto por las Entidades gestoras como por las Mutuas, con pleno respeto a las competencias del sistema público en el control sanitario de las altas y las bajas<sup>45</sup>.

Adicionalmente, se prevé que las Entidades gestoras o las Mutuas puedan establecer acuerdos de colaboración con el INSALUD o los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas.

Dentro de las modificaciones llevadas a cabo por la Ley 42/1994, es interesante destacar el contenido del artículo 131 bis. LGSS, en el que se prevé la extinción de la prestación mencionada por distintas causas y, entre ellas, por el transcurso de los dieciocho meses de duración de la misma. Sin embargo, la propia Ley prevé que, a pesar de la extinción, los efectos de la incapacidad temporal puedan prorrogarse, en dos supuestos:

. Por el tiempo que tarde en procederse a la calificación de la incapacidad permanente, desde que la prestación se extingue por alta médica con propuesta de declaración de invalidez permanente, o por el transcurso del período máximo de dieciocho meses. En este último caso, es imperativa la calificación de la invalidez permanente, dentro del plazo de los 3 meses siguientes.

. En los casos, de demora "*expresa*" de la calificación de la invalidez permanente. El párrafo 2º del apartado 2, artículo 131 bis LGGS, prevé que, aún agotándose la incapacidad temporal por el transcurso del plazo máximo, sin embargo no se proceda de inmediato a la calificación de la invalidez permanente, sino que, en los casos en que continuase la necesidad de tratamiento médico, la situación clínica del interesado hiciese aconsejable demorar la mencionada calificación, ésta podrá retrasarse por el período preciso, que en ningún caso podrá rebasar los treinta meses siguientes a la fecha en que se haya iniciado la incapacidad temporal, abriéndose la denominada "segunda prórroga".

### **2.3 Las modificaciones introducidas por la Ley 13/1996, de 30 de diciembre.**<sup>46</sup>

Desde la reforma operada en 1.994, a través de la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, por la que se diseña esta

---

<sup>45</sup> DURÉNDEZ SÁEZ, I. *Régimen jurídico y control de la situación de ILT derivada de enfermedad común*, en "Relaciones Laborales", nº 16, año 1.994, págs. 93 y ss., CRUZ VILLALÓN, J. "El nuevo régimen de gestión por las Mutuas de la Seguridad Social de la prestación económica por Incapacidad Temporal", Op. Cit., pág.363; ERRANDONEA ULAZIA, E. "La gestión de la prestación por incapacidad temporal: problemas planteados en cuanto a la competencia para determinar la causa de la baja", Op. Cit., pág. 47.

<sup>46</sup> Un análisis del contenidos de las disposiciones que, en materia de Seguridad Social, se contienen en la Ley 13/1997, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, puede verse en PIÑEYROA DE LA FUENTE, A.J: "*Novedades en materia de Seguridad Social que incorpora la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social*". Actualidad Laboral. Madrid. 1997. nº 12, pag. 69-92.

contingencia subsumiendo las anteriores prestaciones de incapacidad laboral transitoria y de invalidez provisional, no se produce una actuación importante en esta materia hasta la promulgación del Real Decreto 575/1997, que responde al desarrollo de las previsiones legales contenidas en la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, y por el que se establece una serie de mecanismos que afectan a la gestión de la prestación por incapacidad temporal, así como a su control.

El contenido del apartado Tres de la Disposición Adicional Undécima LGSS, ha de ponerse en conexión con el artículo 78 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, que establece una serie de mecanismos adicionales, en la gestión y el control de la prestación de incapacidad temporal.

Los mecanismos adicionales previstos en la Ley son los siguientes:

- La colaboración entre el Instituto Nacional de la Seguridad Social y las Mutuas con los Servicios de Salud a que alude la Disposición Adicional Undécima LGSS, Se difiere al desarrollo reglamentario pero estableciendo que ese marco de colaboración debe *"..posibilitar la eficacia de sus actividades en este ámbito"*.
- Con la finalidad indicada y dentro del desarrollo reglamentario aludido, se deberán establecer mecanismos para que el personal facultativo sanitario de ambos sistemas puedan acceder a los diagnósticos que motivan la situación de incapacidad temporal, con las garantías de confidencialidad en el tratamiento de los datos.

Esta medida responde a la necesidad de conciliar, de una parte, la necesidad de conocer, por parte de la Entidad responsable de la prestación económica por incapacidad temporal, la causa que motiva la baja y, consecuentemente, el derecho a esa prestación, con la necesaria confidencialidad de determinados datos de carácter médico y concernientes al estado de salud del trabajador, de acuerdo con las previsiones contenidas, a tal efecto, en la Ley General de Sanidad y en la Ley de tratamiento automatizado de los datos de carácter personal.<sup>47</sup>

- La posibilidad de que los servicios médicos de la Entidad responsable de la prestación económica pueda efectuar propuestas de alta médica en los procesos de incapacidad temporal. El artículo 78 de la Ley 13/1996 es acorde con el contenido

---

<sup>47</sup> La Orden de 13 de octubre de 1967, ya preveía que en los correspondientes partes médicos de baja o confirmación/continuación de la baja se hiciese figurar el diagnóstico. No obstante, y máxime tras la promulgación de la Ley General de Sanidad, así como la Ley 5/1992, de tratamiento automatizado de los datos de carácter personal, esta exigencia había caído en desuso, tal vez, por la necesidad de adecuación a las exigencias legales sobre la confidencialidad de tales datos de carácter personal.

Por ello, la Ley 13/1996, y mediante disposición de rango adecuado, aborda la problemática planteada, posibilitando que los servicios médicos de las Entidades, gestoras o colaboradoras, responsables de la prestación económica, puedan acceder a los diagnósticos médicos, si bien respetando, en todo momento, la confidencialidad de los correspondientes datos.

de la Disposición Adicional Undécima LGSS, así como con las competencias que, respecto al control sanitario de los procesos de incapacidad temporal, corresponden a los Servicios de Salud. En efecto, las altas médicas en los procesos de incapacidad temporal sigue residiendo en los Servicios sanitarios. Sin embargo, y teniendo en cuenta las facultades (y obligaciones) que tienen, tanto el INSS como las Mutuas, respecto al control de la incapacidad temporal, se prevé que las mismas puedan efectuar propuestas de alta, que corresponderá resolverla a los Servicios de Salud.

No obstante, no se trata de una facultad genérica, sino que queda condicionada a dos requisitos esenciales, a saber: a) las propuestas de alta médica únicamente pueden ser efectuadas a través de los servicios médicos de que disponga la correspondiente Entidad, y b) que la propuesta debe tener un fundamento fáctico, y, por tanto, originarse como consecuencia de las actividades de control que pueden (y deben realizar) las entidades, públicas o privadas, responsables de la prestación económica, y a las que están obligados los beneficiarios de la prestación de incapacidad temporal.<sup>48</sup>

---

<sup>48</sup> Las facultades de control de la Entidad gestora, respecto a los beneficiarios de la incapacidad temporal, se encuentran regulados, especialmente, en la Orden e 13 de octubre de 1967, y en la Orden de 6 de abril de 1993.

Por lo que se refiere a las Mutuas, esos controles se detallan en el Reglamento de colaboración, aprobado por Real Decreto 1993/1996, que ha sido modificado parcialmente por el Real Decreto 576/1996, de 18 de abril.

### **III. LA MODERNIZACIÓN DE LOS MECANISMOS DE GESTIÓN Y CONTROL MEDIANTE EL RD 575/97, DE 18 DE ABRIL.**

El Real Decreto 575/1997, de 18 de abril, desarrolla el artículo 78 de la Ley 13/1996 y modifica determinados aspectos de la gestión y control de la incapacidad temporal<sup>49</sup>. Contiene reglas de aplicación general en el sistema de la Seguridad Social, con independencia de la Entidad que gestione la prestación. Pretende actualizar determinada normativa reglamentaria respecto a la gestión y control de la prestación de incapacidad temporal, a fin de adecuarla a la situación actual, así como a la modificación del ordenamiento jurídico; y, a su vez, se enmarca dentro de los programas de lucha contra el fraude de naturaleza social, como así expone su Exposición de Motivos que señala como "...Se trata de dotar de una mayor eficacia y transparencia a la gestión de IT, evitando los riesgos de abusos y fraudes,...". Paralelamente, el Real Decreto 576/1997, también de 18 de abril, introduce determinadas modificaciones en el Reglamento General de Colaboración de las Mutuas, y también contiene aspectos relacionados con la incapacidad temporal, si bien limitados en su aplicación a la gestión llevada a cabo, en esta prestación, por las mencionadas entidades colaboradoras.

#### **1.- Declaraciones médicas de baja y alta a efectos de la prestación de incapacidad temporal.**

El artículo 1º del Real Decreto 575/1997 no solo aborda la regulación de las declaraciones médicas de baja y de alta, a efectos de la incapacidad temporal, sino que, además, prevé toda una serie de mecanismos de control y verificación del mantenimiento en la alteración del estado de salud, que justifica la baja en el trabajo y la consiguiente percepción de la prestación económica por incapacidad temporal.

##### **1.1 Declaraciones médicas de baja.**

El artículo 1º del Real Decreto, en su apartado 1, establece de forma expresa que la declaración de la baja médica, a los efectos de la prestación económica de incapacidad temporal, se formule mediante la expedición del correspondiente parte médico de baja, expedido por el facultativo que haya efectuado el reconocimiento del trabajador afectado. Asimismo, el parte médico de baja se constituye como el acto que origina la iniciación de las actuaciones conducentes a la declaración o denegación del correspondiente subsidio. Por tanto, va a ser el parte médico de baja el acto administrativo que da origen a la iniciación de la prestación económica por incapacidad temporal (siempre que, además, se reúnan los requisitos adicionales que prevé la normativa vigente, respecto básicamente a la acreditación de un período de cotización determinado). Correlativamente, el parte médico de baja produce el efecto suspensivo del contrato de trabajo, en los términos establecidos en la legislación laboral.

Esta declaración médica de baja ha de constatarse en un "*parte*", es decir, en un documento que ha de tener una configuración determinada, (cuyo modelo se regula en la OM de 19 de junio de 1.997), sin que, a priori, pueda formalizarse esa declaración de

---

<sup>49</sup> Un análisis del Regalemtno puede verse en JA. PANIZO ROBLES, El control de la incapacidad temporal: A propósito del Real Decreto 575/1997, de 18 de abril en RMTyAS núm. 4,1997

baja en otro documento<sup>50</sup>. Lo cual tiene trascendencia a la hora tanto de que se inicien las actuaciones tendentes al reconocimiento de la prestación económica del sistema de la Seguridad Social, como para la constatación de que, ope legis, se ha producido la suspensión del contrato de trabajo, con la correspondiente suspensión de las obligaciones del trabajador (la prestación de los servicios) y la del empresario (de abono de los salarios).

El parte debe ser expedido por el facultativo que haya prestado, en el ámbito de la Seguridad Social, la asistencia sanitaria al trabajador que padece la enfermedad o ha sufrido el accidente, sin que pueda ser extendido por otro profesional médico. No obstante, el propio ordenamiento prevé supuestos en que el parte médico de baja no tiene que ser expedido obligatoriamente por el facultativo que prestó la asistencia sanitaria al trabajador, como puede resultar de la intervención de la Inspección Médica, en los términos señalados en la Orden de 21 de marzo de 1.974.

Por último y teniendo en cuenta la trascendencia que los partes de baja juegan, no solo en el ámbito de la prestación económica de la incapacidad temporal, sino fundamentalmente en la suspensión del contrato de trabajo, se dispone que el parte de baja sea expedido inmediatamente después de efectuar el reconocimiento del trabajador.

Ahora bien, el propio artículo va más allá de una mera declaración de que el parte médico de la baja sea expedido por el facultativo que preste la asistencia sanitaria al trabajador, al establecer que la expedición de dicho parte debe ir precedida de un reconocimiento médico del trabajador, que permita constatar y determinar, de forma objetiva, la incapacidad temporal para el trabajo habitual, a cuyo efecto se requerirán al trabajador los datos necesarios que contribuyan a precisar el impacto de la patología objeto del diagnóstico, en definitiva, para realizar un juicio médico-legal.

Ha de entenderse que cuando la norma hace referencia al "*diagnóstico*", este término no debe ni puede valorarse solamente desde un punto de vista médico. Hemos señalado anteriormente que la incapacidad temporal no requiere únicamente una alteración del estado de salud del trabajador, sino que esa alteración tenga una intensidad determinada que le imposibilite acudir al trabajo, y no a cualquier trabajo, sino precisamente, al que desarrollaba en el momento de padecer la enfermedad o sufrir el accidente<sup>51</sup>.

Por ello, poniendo en relación el diagnóstico con la propia naturaleza de la incapacidad temporal, así como la necesidad de determinar de forma objetiva la incapacidad del interesado para la realización de las tareas o cometidos que venía desarrollando, el propio Real Decreto establece que en el parte de baja, al menos en el original (con destino al propio Servicio de Salud), así como en la copia que ha de remitirse a la Entidad, gestora o colaboradora, responsable del pago de la prestación económica, debe constar necesariamente el diagnóstico y la descripción funcional del trabajador, así como una previsión de la duración del proceso patológico.<sup>52</sup>

---

<sup>50</sup> Sin perjuicio de lo establecido en la Orden TAS/399/2004, de 12 de Febrero, sobre presentación en soporte informático de los partes médicos de baja, confirmación de la baja y alta, correspondientes a procesos de incapacidad temporal.

<sup>51</sup> JA. PANIZO ROBLES, El control de la incapacidad temporal...cit, pag 90

<sup>52</sup> El contenido del apartado 2 del artículo 1º del Real Decreto 575/1997 se adecua al contenido del artículo 78 de la Ley 13/1996, de modo que los servicios médicos de las Mutuas y de la Entidad gestora puedan tener acceso a los diagnósticos que fundamentan la incapacidad para el trabajo, si bien su

## **1.2 Partes de confirmación o continuación de la baja.**

Manteniendo la normativa anterior, el Real Decreto 575/1997 aborda la expedición de los partes médicos, mediante los cuales se verifica que subsiste la alteración de la salud, y que la misma sigue imposibilitando al trabajador para la realización de los cometidos funcionales.

La expedición de tales partes de confirmación o de continuación de la baja también se reserva a los facultativos que hayan prestado la asistencia sanitaria al trabajador, esto es, por el correspondiente facultativo del Servicio de Salud o por el del servicio médico de la Mutua y su contenido deberá ajustarse a las previsiones respecto a los partes médicos de la baja. Consecuentemente, ese parte de confirmación de la baja deberá ir precedido del reconocimiento del trabajador; deberá determinarse objetivamente que se mantiene la incapacidad para el trabajo; y, al menos los ejemplares para los propios Servicios de Salud y para la Entidad, gestora o colaboradora, responsable del pago de la prestación, deberán contener el diagnóstico, la descripción de las limitaciones en la capacidad funcional del trabajador y la previsión de la duración del proceso patológico.

En el supuesto de que la incapacidad temporal derive de una contingencia común, el primer parte de confirmación de la baja se extiende al cuarto día de la baja; el siguiente parte de confirmación deberá extenderse a los siete días del primero; los sucesivos con una periodicidad semanal. Por el contrario, si la incapacidad temporal deriva de una contingencia profesional, el primer parte de confirmación se expide a los siete días naturales siguientes al inicio de la incapacidad y los siguientes, con una periodicidad semanal.

Sin embargo, la novedad fundamental respecto a los partes de confirmación de la baja residen en los nuevos mecanismos de control a efectuar por el "*área sanitaria*" en los procesos de incapacidad temporal. En tal sentido, la norma reglamentaria prevé dos clases de control, cuya realización varía en el tiempo, así como también es distinto el responsable de la realización de tales controles adicionales:

. De una parte, un informe médico complementario. El tercer parte de confirmación de la baja debe ir acompañado de un informe médico complementario, que ha de expedir el mismo facultativo que formalice, a su vez, el parte de confirmación de la baja, en el que se describan las dolencias padecidas por el trabajador, el tratamiento médico prescrito, la evolución de las dolencias y su incidencia sobre la capacidad funcional del interesado y el pronóstico de su duración; asimismo, se deberá expresar en el informe médico complementario la duración probable del proceso.

Dicho informe complementario deberá acompañar, a su vez, al cuarto parte de confirmación de la baja que se expida, con posterioridad, a los sucesivos partes de confirmación, con una periodicidad de cuatro semanas.

---

utilización deberá adecuarse a la finalidad de la gestión y control de la incapacidad temporal, debiéndose garantizar la confidencialidad de tales datos, plasmada en la Ley General de Sanidad y en la Ley de tratamiento automatizado de los datos de carácter personal.

La finalidad de este informe es que se efectúe un reconocimiento más exhaustivo del estado de salud del trabajador, así como de las dolencias que sigue padeciendo y su incidencia en la realización de los cometidos o tareas que realizaba con anterioridad a la baja. Asimismo, que se efectúe una descripción más detallada de la incapacidad padecida, que la que puede resultar de los datos que se contengan en el parte médico, que posibilite, de igual modo, un mejor seguimiento del proceso patológico del trabajador.

. A su vez, se prevé la expedición de un informe de control, que deberá expedir la Inspección de Servicios Sanitarios de la Seguridad Social (o el órgano que haya asumido sus competencias, en los correspondientes Servicios de Salud), con una periodicidad trimestral, a partir del inicio de la baja.

Deba advertirse la distinta terminología utilizada para la calificación de los informes aludidos. El primero de ellos, que expide el facultativo que presta la asistencia sanitaria y con una periodicidad cuasi mensual, se califica de "*informe médico complementario*", mientras que el que ha de efectuar el órgano de inspección médica se denomina "*informe de control*". La distinta terminología da idea de la distinta finalidad y diferentes objetivos que pretenden cubrir esos informes.

Con el primero se pretende una verificación y un análisis más detallado de la alteración del estado de salud; con el segundo, se trata ya de controlar que sigue subsistiendo una alteración importante del estado de salud, que imposibilita al interesado para acudir a su trabajo, no obstante haber transcurrido un amplio período de tres meses desde el inicio de la baja. Por ello, la expedición de este informe de control sale del área de actuación de los facultativos que prestan la asistencia sanitaria, para residenciarse en el órgano de inspección y control de las actuaciones médicas.

El Real Decreto 575/1997 no establece el contenido mínimo de tales informes de control, limitándose a señalar que el órgano que lo expida deberá pronunciarse, expresamente, sobre todos los extremos que, desde un punto de vista médico, justifiquen la necesidad de mantener el proceso de incapacidad del trabajador, es decir, sobre la intensidad de la alteración de la salud que origina la necesidad de que el trabajador no acuda al trabajo y requiera del oportuno reposo, precisamente para el restablecimiento de ese mismo estado de salud.

. Por último, indicar que los informes aludidos (tanto el complementario médico, como el de control) deberán ser remitidos a la Entidad responsable de la gestión de la prestación, bien acompañando a los correspondientes parte de confirmación (informe médico complementario), bien por separado (informe de control).

### **1.3 Partes médicos de alta.**

La declaración médica de alta se formaliza a su vez en el correspondiente parte médico (apartado 4, artículo 1º), expedido por el facultativo correspondiente, esto es, por el facultativo del Servicio Público de Salud respectivo o por el del servicio médico de la Mutua, tras el oportuno reconocimiento del trabajador, señalándose que, como mínimo,



dicho parte deberá contener el resultado de ese reconocimiento y la causa que origina la causa del alta<sup>53</sup>.

#### **1.4 Las facultades de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales.**

La propia LGSS condiciona la incapacidad temporal a que se reciba asistencia sanitaria de la Seguridad Social. En coherencia con la premisa anterior, los partes médicos de baja, de confirmación de la baja o alta, se expiden por los facultativos del correspondiente Servicio de Salud, que presten esa asistencia sanitaria al trabajador.

No obstante, la cita a los Servicios de Salud podría dar lugar a una interpretación en el sentido de que sólo ellos pueden expedir tales partes médicos, incluido en el supuesto de que la prestación de asistencia sanitaria no fuese realizada directamente por tales Servicios, situación que puede acaecer en los casos en que la incapacidad temporal deriva de una contingencia profesional, y la cobertura de las contingencias profesionales fuese llevada a cabo por una Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, en cuanto que la empresa hubiese realizado en tal sentido la opción que le faculta el artículo 70.1 LGSS.

No sería lógico que la asistencia sanitaria requerida por el trabajador fuese facilitada por los medios sanitarios que tiene adscritos la Mutua, y que, por el contrario, los partes médicos de baja o alta tuviesen que ser expedidos por los facultativos del Servicio de Salud que no han llevado a cabo esa asistencia y que, consecuentemente, difícilmente se encontrarían en condiciones de valorar la alteración de la salud de aquél, así como la incidencia de la misma en la realización de los tareas o cometidos del trabajador.

En función de lo anterior, se establece que, en los casos en que la causa de la baja médica sea debida a un accidente de trabajo o a una enfermedad profesional, y el trabajador preste servicios a una empresa que tenga concertada con una Mutua la cobertura de las contingencia profesionales, los correspondientes partes médicos de baja, de confirmación de la baja o de alta, serán expedidos por los servicios médicos de la propia Mutua.<sup>54</sup>

---

<sup>53</sup> Vid. MATEU CARRUANA, M.J., “Efectos de la falta de requisitos formales en la emisión del alta médica en la Incapacidad Temporal” , *Aranzadi Social*, 2.004.

<sup>54</sup> El Real Decreto 575/1997 no aborda la problemática de que entidad expide los partes médicos de baja o alta, en los casos de las Empresas que colaboran voluntariamente en la gestión conjunta de la asistencia sanitaria e incapacidad temporal, en los términos señalados en los apartados a) y b), del número 1, del artículo 77 LGSS, puesto que, en el marco de esa colaboración voluntaria, las empresas asumen el compromiso de prestar la asistencia sanitaria a sus trabajadores, así como a abonar, a su cargo, la prestación económica de incapacidad temporal-

Como contrapartida a las obligaciones asumidas las empresas reducen las cuotas a ingresar mediante la aplicación de un coeficiente que, anualmente (y en generalmente en la Orden anual que desarrolla las normas sobre cotización a la Seguridad Social, desarrollando las previsiones de la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado) fija el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, de conformidad con las previsiones del artículo 62 del Reglamento General de Cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre.

Ningún problema se plantea, respecto a la expedición de los partes médicos de baja o de alta, en lo que se refiere a las empresas que colaboran voluntariamente en las contingencias de asistencia sanitaria e incapacidad temporal, derivadas de contingencias comunes, puesto que la normativa aplicable -

También procederá la expedición de los partes médicos por los correspondientes servicios de la Mutua en los casos de trabajadores por cuenta propia del Régimen Especial Agrario, cuando hayan concertado con dicha Mutua la cobertura de la incapacidad temporal, derivada de contingencias comunes.

Aunque de una lectura literal, e incluso sintáctica, del apartado 5 del artículo 1º del Real Decreto 575/1996, pudiese interpretarse que la facultad de expedición de los partes médicos corresponde a la Mutuas, en todos los supuestos de incapacidad temporal correspondientes a trabajadores por cuenta propia, cuando los mismos -en el ejercicio del derecho de elección previsto en el apartado 2 de la Disposición Adicional Undécima LGGS- hubiesen optado por formalizar con aquéllas la cobertura de la incapacidad temporal -cualquiera que fuese la contingencia de la que deriva- y no solo respecto a los trabajadores por cuenta propia del Régimen Agrario, en lo que se refiere a la incapacidad temporal derivada de contingencias comunes, se entiende<sup>55</sup> que dicha interpretación no es correcta por dos razones:

. Primera, de orden legal, ya que la Disposición Adicional Undécima LGSS reserva, en lo que respecta a la incapacidad temporal derivada de contingencias comunes, el control médico de las altas y bajas al Instituto Nacional de la Salud o a los correspondientes Servicios de Salud.

. Segunda, en base a los principios racionalidad y coherencia. Si se ha justificado el hecho de que las Mutuas expidan los partes médicos en los procesos de incapacidad temporal derivados de contingencias profesionales, en el hecho de que la asistencia sanitaria se presta a través de sus medios, no sería razonable que expidiesen esos partes, cuando la asistencia sanitaria se presta por los Servicios de Salud, situación que concurre en los supuestos de incapacidad temporal, derivada de contingencia comunes.

## **2.- Obligaciones de Entidades públicas y privadas, así como de los beneficiarios, respecto a la prestación por incapacidad temporal.**

---

básicamente, la Orden de 25 de noviembre de 1966- establece que dicha asistencia sanitaria sea llevada a cabo por personal sanitario que preste servicios en la Seguridad Social. Lógicamente, serán esos facultativos de la Seguridad Social, los que expidan los partes médicos de baja o alta.

Sin embargo, el propio artículo 7º de la Orden de 25 de noviembre de 1966 excluye de dicha obligación a aquellas empresas que tengan como finalidad, exclusiva o no, prestar asistencia sanitaria, en cuyo caso, sus propios facultativos podrán dispensar la asistencia sanitaria a los trabajadores de la empresa. De otra parte, cuando la colaboración voluntaria se proyecta sobre la asistencia sanitaria e incapacidad temporal, derivadas de contingencias profesionales, esa asistencia sanitaria a los trabajadores de la empresa es prestada directamente por los medios sanitarios de aquélla, sin que exista la obligación de que tal asistencia sea dispensada a través de personal de la Seguridad Social.

Las razones que explican y justifican que, en determinados casos, las Mutuas, a través de sus servicios médicos, expidan los partes de baja y alta, serían de aplicación, asimismo, a las empresas que colaboran voluntariamente con la Seguridad Social.

<sup>55</sup> Las reflexiones son de JA. PANIZO ROBLES, El control de la incapacidad temporal...cit, pag.92

El Real Decreto 575/1997 -artículo 2º- introduce una serie de obligaciones de los servicios sanitarios de la Seguridad Social y de las empresas, así como de los propios beneficiarios de las prestaciones económicas por incapacidad temporal. En la mayor parte de los casos, las obligaciones reproducen otras ya contenidas en la legislación anterior -básicamente en la Orden de 13 de octubre de 1967 y en la Orden de 6 de abril de 1983.

## **2.1 Obligaciones de los Servicios de Salud.**

Aparte de las obligaciones de los informes complementario y de control de la incapacidad temporal, analizados en el apartado anterior, las obligaciones de los Servicios de Salud se centran primordialmente en la expedición de los partes médicos de baja, de confirmación de la baja y de alta, dentro de unos plazos determinados, así como su entrega al trabajador o su remisión a las Entidad -gestora o colaboradora-responsable del pago de la prestación económica.

Se establece, siguiendo la legislación anterior, que los partes de baja, de confirmación de la baja o de alta, se expidan inmediatamente después del reconocimiento del trabajador y por el facultativo que efectuado ese reconocimiento. Una vez expedido el correspondiente parte médico, sobre el Servicio de Salud recaen, a su vez, dos obligaciones:

- Entregar, inmediatamente después de su expedición, al trabajador dos copias del parte médico al trabajador; una, para su entrega en la empresa, y otra, con destino a él mismo.
- Remitir directamente, y en el plazo de los cinco días siguientes a la expedición del parte médico, una copia del mismo a la Entidad responsable del pago de la prestación. Esta remisión directa de una copia del parte implica una novedad, respecto a la regulación anterior, puesto que actualmente dicha Entidad recibía copia del parte médico, a través de su remisión por parte de la empresa<sup>56</sup>, pero no directamente desde el Servicio de Salud.

La razón de que la Entidad gestora o colaboradora reciba una copia directamente del parte médico reside en el hecho de que esa copia debe llevar una serie de datos médicos, que no se incluyen en las demás copias.<sup>57</sup> La conveniencia de conciliar las necesidades de gestión en el control de la percepción de prestaciones públicas, con las exigencias derivadas de la confidencialidad en el tratamiento de los datos de carácter personal, obliga a esa remisión directa desde el Servicio de Salud a la Gestora (o a la entidad colaboradora) de la copia del correspondiente parte médico.

---

<sup>56</sup> Esa remisión debería efectuarla directamente por el trabajador, en los casos de trabajadores por cuenta propia, o en aquellos supuestos en que se haya extinguido el contrato de trabajo, estando con anterioridad el interesado en situación de incapacidad temporal.

<sup>57</sup> Al menos esa es la explicación de que el artículo 1º del Real Decreto 575/1997 se refiera -artículo 1º- a que la copia con destino a la Entidad gestora o a la Mutua "*deberá contener el diagnóstico y la descripción de las limitaciones de la capacidad funcional del trabajador, así como una previsión de la duración del proceso patológico*".

## **2.2 Obligaciones de los trabajadores.**

La obligación básica del trabajador es poner en conocimiento inmediato de la empresa de los partes de baja, de confirmación de la baja o de alta, en cuanto que son los actos que constatan la baja en el trabajo o su finalización y, consecuentemente, la suspensión del contrato de trabajo o su reanudación.

Una vez que el trabajador ha recibido del facultativo el parte médico respectivo, aquél debe entregar a la empresa la copia a ella destinada. Frente a la regulación anterior, se unifica el plazo para la entrega a la empresa del parte médico, que se fija en los tres días siguientes, contados a partir del día de la expedición.<sup>58</sup>

En definitiva, se reduce el plazo para la presentación de los partes de baja y alta ante la empresa, y se amplía ligeramente -un día- el de presentación de los partes de confirmación.

Por último advertir que si, durante el período de baja médica, se produjese la extinción del contrato de trabajo, las copias destinadas a la empresa, deberán ser presentadas directamente por el trabajador ante la Entidad gestora o colaboradora, según cual sea la responsable del pago de la prestación, dentro de los plazos señalados.

## **2.3 Obligaciones de las empresas.**

El Real Decreto 575/1997 apenas introduce novedades básicas sobre la legislación anterior, respecto a las obligaciones de las empresas, que se concretan en la recepción de determinadas copias de los partes médicos, la cumplimentación de una serie de datos, y la remisión de aquéllas a la Entidad responsable de la prestación.<sup>59</sup>

La empresa, en la copia del parte médico que le entregue el trabajador, deberá comprobar que el número de afiliación del trabajador consignados por el facultativo en los partes de baja, de confirmación o continuación de la baja o de alta, concuerdan con el que figuran en los documentos de afiliación del trabajador, procediendo a rectificarlo, en el caso de que figure erróneo, o a consignarlos nuevamente, cuando resulte inteligible.<sup>60</sup> A su vez, en el parte médico -y en su reverso- deberá consignar determinados datos pertenecientes a la empresa y al trabajador, destacando los correspondientes a la cotización, a efectos de la determinación de la base reguladora de la prestación económica por incapacidad temporal.

---

<sup>58</sup> La Orden de 6 de abril de 1983 -artículo 5º- distingue entre los partes de baja y alta, de una parte, y los partes de confirmación de la baja. Mientras que las copias de los primeros deben ser presentados por el trabajador en la empresa en el plazo de cinco días, contados desde su expedición, en el caso de confirmación de la baja, la copia debe ser presentada en el plazo de dos días.

<sup>59</sup> El artículo 2º del Real Decreto 575/1997 no establece directamente cuales son las obligaciones de las empresas en la comprobación de los partes, o en la cumplimentación de una serie de datos, sino que se remite a lo establecido en los artículo 6 y 7 de la Orden de 6 de abril de 1983.

<sup>60</sup> La insistencia que efectúa la Orden de 6 de abril de 1983 en el número de afiliación del trabajador se debe a que, al menos en aquel momento, constituía un dato esencial en las posibilidades de control informático de la Entidad, uno de los objetivos perseguidos por la promulgación de la misma.

Una vez cumplimentada la copia del parte médico, y debidamente sellada y firmada, la empresa la ha de remitir a la Entidad gestora o colaboradora, en el plazo de 5 días, contados a partir del mismo día de su recepción.

El artículo 2 del Real Decreto 575/1997 -siguiendo el precedente del artículo 17 de la Orden de 13 de octubre de 1967- establece que si la empresa ha asumido, en régimen de colaboración voluntaria, la gestión de la prestación económica por incapacidad temporal, no tiene la obligación de presentar ante la Entidad gestora o colaboradora la copia del parte.

Si la empresa incumpla las obligaciones señaladas anteriormente (tanto las de cumplimentación de datos como de remisión de las copias de los partes), pueden acaecerle una serie de consecuencias, como es la posibilidad de que incurra en una infracción, puesto que tal incumplimiento se tipifica como infracción de las señaladas en el artículo 13.4. de la Ley 8/1988, de 7 de abril, de infracciones y sanciones del orden social.

Otra novedad que introduce el Reglamento 575/1997 consiste en que la no remisión de las copias de los partes médicos por parte de las empresas puede dar lugar a que el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, a propuesta de la respectiva Entidad gestora o la Mutua, deje en suspenso las correspondientes deducciones por incapacidad temporal, efectuadas por la empresas en los boletines de cotización.<sup>61</sup>

Aunque la norma reglamentaria no lo señale expresamente, se entiende que la conducta reiterada de la empresa de remitir los partes, pero sin cumplimentar los datos a ella relativos, podrá dar lugar a la misma declaración de la suspensión. La causas que justificarían la suspensión en los supuestos de no remisión de las copias de los partes (la mayor eficacia en el control de la prestación), son predicables igualmente en los casos en que, aún remitiéndose los partes, la falta de los datos impide o dificulta ese control.

La suspensión será levantada en el momento en que la empresa proceda al cumplimiento del trámite que generó la suspensión. El levantamiento de la suspensión podrá efectuarse por quién acordó la misma -el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales-, a instancia de la propia empresa o de la Entidad gestora o colaboradora.

De la suspensión de la colaboración obligatoria o del levantamiento se dará traslado a la Tesorería General de la Seguridad Social, así como a la Entidad Gestora o a la Mutua.<sup>62</sup>

---

<sup>61</sup> La posibilidad de efectuar la deducción de las cantidades abonadas a los trabajadores por incapacidad temporal de las cuotas a ingresar, también queda vedada en los casos en que la empresa no presenta, en plazo, los correspondientes boletines de cotización. Véase, en tal sentido, lo dispuesto en el artículo 26 LGSS.

<sup>62</sup> El artículo 2º del Real Decreto 575/1997 debe ponerse en relación con el contenido del artículo 80 del Reglamento General sobre colaboración de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto 1993/1995, de 7 de diciembre, en la redacción dada por el artículo 1º del Real Decreto 576/1997, de 18 de abril.

De acuerdo con el contenido del apartado 4 del mencionado artículo 80, cuando debido a circunstancias concurrentes en una empresa, se considere necesario para el mejor control de los procesos

### **3.- Actos de control y seguimiento de la prestación por incapacidad temporal**

El Reglamento 575/1997 dedica tres artículos (los 3º, 4º y 6º) a regular determinadas actuaciones en orden al seguimiento y control de la prestación económica por incapacidad temporal, desarrollando parcialmente el contenido del artículo 78 de la Ley 13/1997 y el apartado Tres de la Disposición Adicional Undécima LGSS, actuaciones que se predicen tanto de las Entidades Gestoras como de las Mutuas.

Estas actuaciones pueden ser de orden administrativo, como -y aquí reside la mayor novedad, al menos en lo que respecta a las prestaciones derivadas de contingencias comunes- otras que podrían calificarse de naturaleza médica.

Dentro de las primeras, las normas reglamentaria establecen que las Entidades Gestoras o las Mutuas, según corresponda, ejercerán el control y seguimiento de la prestación económica por incapacidad temporal, pudiendo realizar las actividades que tengan por objeto la comprobación del mantenimiento de los hechos y las situaciones que originaron el derecho a la prestación, sin perjuicio de las competencias que corresponden a tales Entidades en materia de declaración, suspensión, anulación o extinción del derecho, y respetando en todo caso la competencia que le corresponden a los Servicios de Salud en orden al control sanitario de la alta y bajas médicas.<sup>63</sup>

Pero, además de esas facultades de orden administrativo, el artículo 3º del Real Decreto 575/1997 aborda los actos de comprobación que, desde una "*perspectiva médica*", puedan llevar a cabo los Servicios de Salud, las Mutuas o las Entidades Gestoras, a través de sus servicios médicos, para asegurar la continuación en la situación que dio lugar a la situación de incapacidad temporal. Y respecto a estos "*actos médicos de comprobación*", se prevé:

. Que los actos médicos de comprobación deben estar basados primordialmente tanto en los datos que fundamenten los partes de baja o de confirmación o continuación de la baja, como en los derivados de ulteriores reconocimientos y dictámenes realizados por unos y otros médicos.

. En tal sentido, tanto las Entidades Gestoras de la Seguridad Social, como las Mutuas, en ambos casos a través de sus servicios médicos, pueden llevar a cabo controles sanitarios de las personas que se encuentren en situación de incapacidad temporal, ampliándose de esta forma lo que ya estaba previsto con anterioridad solamente para las Mutuas.

. Con la finalidad de que las actuaciones médicas de comprobación cuenten con el mayor respaldo técnico, y tal vez para lograr, en la medida de lo posible, una actuación homogénea, se prevé que se pongan a disposición de los correspondientes servicios

---

de incapacidad temporal, derivada de contingencias comunes, el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, a instancia de la Mutua afectada, podrá acordar la suspensión de la colaboración obligatoria de la empresa. Dicha suspensión se levantará cuando hayan desaparecido las causas que la motivaron.

<sup>63</sup> En este ámbito, el Reglamento se atiene, como no podía ser menos, a las previsiones de la Disposición Adicional Undécima LGSS.

médicos (en especial, de los pertenecientes a las Entidades responsables del pago de la prestación) tablas de duraciones medias de las correspondientes dolencias, tipificadas para los distintos procesos patológicos, así como tablas respecto al grado de incidencia de los procesos en los distintas actividades laborales.<sup>64</sup>

. De acuerdo con el contenido del apartado 2 del artículo 78 de la Ley 13/1997, se declara que no solo los servicios médicos de los Servicios de Salud (lo cual es lógico), sino también los servicios médicos adscritos a las respectivas Entidades Gestoras o a las Mutuas, están facultados para acceder a los informes y diagnósticos relativos a las situaciones de incapacidad temporal.

. Por último, el Real Decreto es sensible a la intimidad y a la confidencialidad de los datos médicos, y a las obligaciones que dimanen de la Ley General de Sanidad y de la Ley de tratamiento automatizado de los datos de carácter personal. En tal sentido prevé que las actuaciones médicas de control de la incapacidad y los informes y diagnósticos médicos tienen carácter confidencial, estando sujetos quienes los utilicen al secreto profesional, y sin que tales datos o informes puedan ser utilizados con finalidades discriminatorias, en perjuicio del trabajador o para cualquier otras finalidades del control de los procesos de incapacidad temporal.

Para poder hacer efectiva esa confidencialidad, así como garantizar el derecho a la intimidad de los trabajadores en incapacidad temporal, los datos deberán cifrarse, mediante claves codificados, quedando tales datos protegidos por la Ley 5/1992, de 29 de octubre, de tratamiento automatizado de los datos de carácter personal.

#### **4.- Las propuesta de alta en los procesos de incapacidad temporal.**

Una de las novedades más significativas del Real Decreto 575/1997 consiste en la posibilidad que se reconoce a las Entidades de la seguridad Social, responsables de la gestión de incapacidad temporal, sea públicas o privadas, de iniciar actuaciones tendentes a promover la declaración de alta médica en los procesos de incapacidad temporal.

La previsión reglamentaria tiene un basamento legal, cual es el número 2 del artículo 78 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre. Las disposiciones legales y reglamentarias anteriores<sup>65</sup> habían previsto determinadas actuaciones de control de las Entidades responsables de la prestación económica de la Seguridad Social por incapacidad temporal. Esas actuaciones de control se ven ampliadas con la Ley 13/1997 que posibilita que esas mismas Entidades puedan efectuar propuestas de alta médica en la incapacidad temporal, con los efectos que reglamentariamente se estableciesen, y supeditadas a los requisitos y exigencias ya comentados.

---

<sup>64</sup> En este ámbito, la Circular 1/1997, del Instituto Nacional de la Salud, contiene, entre otros extremos, una descripción de dolencias en las que se refleja las duraciones medias.

<sup>65</sup> Básicamente la Disposición Adicional Undécima LGSS, así como el Reglamento General sobre colaboración de las Mutuas en la gestión de la Seguridad Social.

Las previsiones reglamentarias a que alude el artículo 78. 2 de la Ley 13/1997 se concretan en el artículo 5 del Real Decreto 575/1997, en el que se regulan las actuaciones tendentes a las declaraciones de alta médica en los procesos de incapacidad temporal, a propuesta de los servicios médicos de la Entidad Gestora o de la correspondiente Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social.

La facultad de formular las propuestas de declaración de alta médica corresponde a la Entidad Gestora o Colaboradora, responsable de la prestación y en quién residen las competencias respecto a las actuaciones tendentes al control de la prestación. La facultad de efectuar la correspondiente propuesta de declaración médica no corresponde "*per se*" a los médicos adscritos a la Entidad Gestora o a la Mutua, como una facultad autónoma. Por el contrario, esa facultad entra dentro del ámbito de la organización de la propia Entidad, si bien la propuesta ha de formularse a través de los servicios médicos adscritos a la Entidad.

La formalización de la propuesta de alta médica no es una decisión que pueda adoptarse de forma incondicional. Al contrario, debe basarse en unos presupuestos fácticos, que se deduzcan de los correspondientes partes de baja (o de confirmación o continuación de la baja), así como de las informaciones y reconocimientos médicos que hayan podido realizar las Entidades respectivas a los perceptores de la prestación por incapacidad temporal<sup>66</sup>.

De ese basamento fáctico tiene que desprenderse una consecuencia: la presunción de que ya no existe una alteración del estado de salud del interesado, o de que, persistiendo esa alteración, la misma no es tan intensa como para impedir la realización del trabajo o de la actividad.

A su vez, el apartado 3 del artículo 6 prevé otro supuesto en que pueda expedirse la correspondiente propuesta de alta, consistente en la negativa infundada del perceptor de la prestación de incapacidad temporal a someterse a los reconocimientos médicos que haya establecido la Entidad gestora o colaboradora.

Únicamente, dándose los supuestos indicados, cabrá la formalización de la correspondiente propuesta de alta que se expedirá y canalizará, a través de los servicios médicos de la Entidad proponente.

A efectos de una mayor coordinación y dadas las competencias que reconoce la normativa vigente -y el propio Real Decreto-a la Inspección de Servicios Sanitarios de la Seguridad Social, las propuestas de alta médica deberán remitirse por la Entidad proponente a las Unidades de Inspección Médica de los Servicios Públicos de Salud, quienes las harán llegar a los facultativos que hubiesen expedido los partes de baja o de confirmación de la baja, ya que la actuación de la Entidad únicamente se refiere a una propuesta, que deja a salvo las competencias de los correspondientes Servicios de Salud en el control médico de las altas y las bajas.

---

<sup>66</sup> Ja. PANIZO ROBLES, El control de la incapacidad temporal...cit, pag.95



El facultativo deberá pronunciarse, de forma expresa y en el plazo de diez días<sup>67</sup>, sobre la propuesta. Este pronunciamiento derivará bien admitiendo la propuesta, en cuyo caso deberán formular la correspondiente declaración médica de alta en el proceso de incapacidad temporal, a través de la expedición del "*parte de alta*", bien confirmando la baja médica. En este último caso, la confirmación de esa baja médica deberá ir acompañada de la determinación de actuaciones ulteriores o de controles médicos que se consideren necesarios.

El Real Decreto 575/1997 prevé una actuación posterior de la Inspección de los Servicios Sanitarios de la Seguridad Social respecto a la propuesta de alta médica, que puede modificar el criterio del facultativo, cuando el mismo no haya aceptado la propuesta que le ha sido formulada por la Entidad gestora o colaboradora.

Esta actuación puede originarse por dos causas: bien porque el facultativo respectivo no se ha pronunciado de forma expresa respecto a la propuesta del alta o, alternativamente, cuando habiéndose pronunciado, a través de la confirmación de la baja, sin embargo la Inspección Médica discrepe de la actuación seguida.

En ambos casos, la Inspección Médica del correspondiente Servicio de Salud podrá acordar el alta médica, de forma efectiva e inmediata, comunicando su decisión, dentro del plazo de los cinco días siguientes, a la Entidad que hubiese formalizado la propuesta de declaración médica de alta.<sup>68</sup>

## **5.- La duración de la incapacidad temporal: la prórroga de la misma y de sus efectos.**

El Real Decreto 575/1997 aborda otros aspectos de la incapacidad temporal y, entre ellos, los de la duración de la prestación y, concretamente, la prórroga de la prestación o la prórroga de sus efectos en tres casos distintos: cuando el proceso de incapacidad temporal se prolongue más allá de los doce primeros meses; en los supuestos de agotamiento de la incapacidad temporal, por el transcurso del plazo máximo -dieciocho

---

<sup>67</sup> El Real Decreto no señala el término "*a quo*" del plazo para el pronunciamiento del facultativo sobre la propuesta de alta que le haya sido remitida. No obstante y por aplicación de la normativa general sobre cómputo de plazos, habrá que entender que dicho plazo se inicia a partir del día siguiente a la fecha en que haya recibido la propuesta de alta. Asimismo, y al no expresarse lo contrario, habrá que entender que los días son hábiles. En tal sentido, véase el artículo 48 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Dicha Ley es de aplicación directa a la Seguridad Social, salvo en las materias a que se refiere la Disposición Adicional Sexta de la misma.

<sup>68</sup> Hay que tener en cuenta que, conforme a la normativa vigente, la Inspección de los Servicios Sanitarios de la Seguridad Social puede, en cualquier momento, efectuar una declaración médica de alta en los procesos de incapacidad temporal. Véase a tal efecto, el contenido de la Orden de 13 de octubre de 1967, así como la Orden de 21 de abril de 1974.

La actuación de la Inspección Médica puede iniciarse de oficio o a instancia de parte interesada. Dicha legitimación se reconoce a la Entidad gestora y a las empresas, conforme a la propia Orden de 1974, antes citada, así como a las Mutuas, en base a lo señalado en el Reglamento General sobre colaboración de dichas Entidades.

meses-; o, por último, cuando en aplicación de lo establecido en el artículo 131 bis LGSS se acuerde la demora en la calificación de la incapacidad permanente.

### **5.1 La primera prórroga de la incapacidad temporal.**

Respecto al primero de los casos planteados, como se ha señalado y de acuerdo con el artículo 128 LGSS, la prestación por incapacidad temporal tiene una duración de doce meses, prorrogable por otros seis, cuando se presuma que durante ellos el trabajador puede ser dado de alta por curación<sup>69</sup>.

Tradicionalmente, ha existido la inconcreción de si, a la vista del contenido de la Ley General de la Seguridad Social, era necesario para que se pudiese prorrogar la duración de la prestación económica por incapacidad temporal, después del transcurso de los doce meses, una declaración expresa. Parecería lógico que si la propia Ley establece que la prórroga de la incapacidad temporal es procedente cuando exista una presunción de la curación del trabajador, en los próximos seis meses, debería constar una declaración médica en el que se estableciese de manera expresa esa presunción, de modo que si existe esa presunción operaría la prórroga de la incapacidad temporal, mientras que si, por el contrario, esa presunción era negativa lo procedente sería, bien -y de acuerdo con la legislación anterior a la reforma de la Ley 42/1994- formular la correspondiente alta médica con informe propuesta de invalidez o, alternativamente, pasar al trabajador a la situación de invalidez provisional, o, tras las modificaciones legales introducidas por dicha Ley, proceder a la declaración de la invalidez permanente.

Durante algún tiempo, se ha discutido si para la prórroga de la incapacidad temporal, más allá de los doce meses, era preciso esa resolución expresa<sup>70</sup> de la Entidad gestora o colaboradora, previo el dictamen médico correspondiente, de acuerdo con el artículo 15 del Decreto 1646/1972, de 23 de junio.<sup>71</sup> No obstante, dicha discusión quedó sin efecto tras la unificación de la doctrina llevada a cabo por el Tribunal Supremo, en su sentencia de 19 de junio de 1993.<sup>72</sup>

---

<sup>69</sup> JOVER RAMÍREZ, CARMEN "La incapacidad temporal para el trabajo. Aspectos laborales y de seguridad social", Tirant lo Blanch, Año 2.006, pág. 63 y 64. BARCELÓN COBEDO, S. *El tránsito entre prestaciones del Sistema de Seguridad Social*, Aranzadi, 2.002, pág. 102.

<sup>70</sup> Hay que tener en cuenta que la prórroga o no de la incapacidad temporal produce efectos no solo respecto a la Entidad gestora o colaboradora o el trabajador, sino también en lo que concierne a la empresa.

Sobre la duración de la incapacidad temporal, véase, entre otros, los trabajos de DUEÑAS HERRERO, L.J.: "*La contingencia de incapacidad (laboral) temporal*" o FERNÁNDEZ PRATS, CELIA: "*La nueva regulación de la incapacidad temporal y su duración*", en la obra colectiva, coordinada por OJEDA AVILÉS, A. "*La incapacidad temporal*", ya cit., págs. 207-238 y 254-261, respectivamente.

<sup>71</sup> A favor de la necesidad de declaración expresa, pueden verse distintos pronunciamientos de los Tribunales Superiores de Justicia y, entre otros, STSJ Andalucía/Málaga de 10.12.1993 o STSJ Baleares 16.4.1991

<sup>72</sup> En el mismo sentido, diversas sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia, como STSJ de Cataluña de 5.5.1994.

El Real Decreto 575/1997 orienta de nuevo la cuestión planteada, al establecer -artículo 7, apartado 1- la necesidad de que exista una manifestación expresa para que pueda procederse a la prórroga de la incapacidad temporal. A tal finalidad, para prorrogar la incapacidad temporal será necesario que el correspondiente parte de confirmación de la baja vaya acompañado de un informe médico complementario en el que, además de describir las dolencias padecidas por el interesado y las limitaciones en su capacidad funcional, se contenga una declaración expresa de que aquél puede ser dado de alta por curación, en el transcurso de los 6 meses siguientes.

Y esta declaración expresa es necesaria tanto en los supuestos en que la asistencia sanitaria sea prestada por el Servicio de Salud, como por una Mutua, diferenciándose únicamente el órgano que debe efectuar esa declaración médica complementaria. En el primer caso, ese informe o declaración médica deben ser efectuados por los servicios médicos del correspondiente Servicio Público de Salud, mientras que, cuando se trata de una incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales, y la gestión de las mismas corresponde a una Mutua, el informe será formalizado por los servicios médicos de que disponga la Entidad colaboradora.

## **5.2 El agotamiento de la incapacidad temporal, por el transcurso del plazo máximo.**

El artículo 131 bis LGSS prevé que la prestación por incapacidad temporal tendrá una duración máxima de 18 meses, transcurridos los cuales el interesado deberá ser objeto de la oportuna valoración de su situación, a efectos de la declaración de la incapacidad permanente.

El problema se suscita si, habiéndose agotado los dieciocho meses de percibo de la incapacidad temporal, debe efectuarse la correspondiente alta médica que pusiese fin al proceso de incapacidad temporal, sin perjuicio de que, durante el tiempo en que se tardase en calificar la situación del interesado, se prorrogasen sus efectos, de acuerdo con el apartado 3 del artículo 131 bis LGSS.

Para acabar con la indefinición existente, el apartado 2 del artículo 7 del Real Decreto 575/1997, establece expresamente que, en los supuestos señalados, deberá expedirse la correspondiente alta médica, cuya expedición sitúa en la esfera de actuación de la Inspección Médica de los Servicios Sanitarios del correspondiente Servicio Público de Salud. Este alta médica podrá adoptar dos formas: bien alta médica por curación (debe tenerse en cuenta que la curación del estado de incapacidad temporal del trabajador constituye una causa legal de extinción de la situación de incapacidad temporal) o alta médica por agotamiento, en cuyo caso entrarán en aplicación las previsiones contenidas en el artículo 131 bis LGSS, con la correspondiente calificación del trabajador y subsiguiente prórroga de efectos de la incapacidad temporal.

Pero, cuando se dé el último supuesto -alta médica por agotamiento-, ese alta deberá justificarse en virtud de las secuelas o de la reducciones de la capacidad funcional del trabajador, de las cuales se deduzca razonablemente la posible existencia de una situación constitutiva de una incapacidad permanente, o por la necesidad de que el trabajador continúe con el tratamiento médico prescrito.

Esta última exigencia -la necesidad de que el interesado continúe con el tratamiento médico prescrito- adquiere una relevancia especial, puesto que esa necesidad constituye una de las causas para que pueda demorarse la calificación de la invalidez, situación que analizamos a continuación.

### **5.3 La demora en la calificación de la incapacidad permanente: la segunda prórroga de los efectos de la incapacidad temporal.**

El párrafo 2º del apartado 2, artículo 131 bis LGSS, y frente a la regla genérica de que, agotados los dieciocho meses de duración máxima de la incapacidad temporal, debe efectuarse la valoración de la situación clínica del trabajador, a efectos de la declaración de la incapacidad permanente, dentro del plazo de los tres meses siguientes a la fecha de agotamiento de la incapacidad temporal, prevé la singularidad de que esa calificación pueda demorarse, atendiendo a esa situación clínica del interesado y a la necesidad de continuar con el tratamiento médico prescrito. A esta demora la propia Ley pone término, ya que la misma no podrá exceder de los treinta meses siguientes a la fecha en que se haya iniciado la incapacidad temporal.<sup>73</sup>

Pero la previsión legal únicamente hace referencia a que esa calificación de la incapacidad permanente "*pueda demorarse*", sin que la misma, ni las normas de desarrollo (Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio o la Orden de desarrollo de 18 de enero de 1996), estableciesen quién sea el órgano competente para acordar esa demora, o los requisitos para proceder a la misma. Por el contrario, el número 3 del artículo 7º del Real Decreto 575/1997 aclara esta situación, al requerir preceptivamente que conste un dictamen médico de los servicios médicos adscritos al Instituto Nacional de la Seguridad Social, en el que contenga de forma expresa la conveniencia de no proceder a la calificación de la incapacidad, sino demorar la misma, atendiendo a las causas previstas en la Ley General de la Seguridad Social (situación clínica del interesado y necesidad de continuar con el tratamiento médico prescrito).

## **6. La cooperación y la coordinación en la gestión de la incapacidad temporal.**

En la actualidad, y fruto de la distribución competencial existente, las cuestiones relativas al control de la gestión de la incapacidad temporal se llevan a cabo por medio de los convenios de colaboración entre el Estado y las diversas Comunidades Autónomas.

El Instituto Nacional de Seguridad Social, como Entidad Gestora de la Seguridad Social, encuadrada en el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, tiene competencias para gestionar y controlar la prestación de incapacidad temporal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1 del Real Decreto 2583/1996, de 13 de diciembre.

Las Comunidades Autónomas, por medio de los diferentes normas de transferencia, son competentes para prestar la asistencia sanitaria de la Seguridad Social y, a través

---

<sup>73</sup> Un análisis de la prórroga de los efectos de la incapacidad temporal, en los términos previstos en el artículo 131 bis LGSS, se contiene en DUEÑAS HERRERO, L. J, op. cit, pág. 229 y ss. También en PÉREZ ALONSO, M.A. : "*La incapacidad temporal*". Op. Cit., pág. 53 y ss.

de los facultativos de su Servicio Público de Salud, extender los partes médicos de baja, confirmación de la baja y alta que establecen el inicio y la duración, con carácter general, de los procesos de incapacidad temporal en sus diferentes territorios, así como para adoptar medidas pertinentes a fin de acreditar que los partes de baja no se expiden con efectos retroactivos.

Tanto a la Administración Central como a las diferentes Comunidades Autónomas les interesa el estudio del comportamiento de la prestación de incapacidad temporal y el establecimiento de los controles oportunos sobre la misma. A tal efecto, en el apartado tercero de la Disposición adicional undécima de la Ley General de la Seguridad Social ya se contempla la posibilidad de establecer acuerdos de colaboración entre las partes para fijar controles en aras de una gestión eficaz de la prestación de incapacidad temporal. Concretamente, en el art. 4 de la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, por la que se regulan las medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía, contempla la creación y dotación de un Fondo denominado Programa de ahorro en incapacidad temporal destinado a la mejora y control de la prestación por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes.

A partir de su creación, dicho Fondo, establecido para financiar la adopción de programas y medidas dirigidas al control del gasto relativo a la incapacidad temporal y a la mejora de la gestión de los servicios de asistencia sanitaria de la Seguridad Social por contingencias comunes, ha sido dotado en todos los ejercicios presupuestarios con cuantías que cada año han sido actualizadas con el incremento que el Gobierno ha previsto, derivado de la evolución del índice de precios de consumo.

Concretamente, la distribución de recursos de este Fondo (en miles de euros), en los últimos tres años, ha sido el establecido en la siguiente tabla.

<b>DISTRIBUCIÓN DEL FONDO</b>			
<b>Comunidades Autónomas</b>	<b>2004</b>	<b>2005</b>	<b>2006</b>
Andalucía	40640,83	51599,40	52517,77
Aragón	7590,55	8350,79	8500,21
Asturias	6209,51	7531,04	7420,05
Islas Baleares	5311,14	6586,65	6737,63
Canarias	9405,66	13051,73	13372,14
Cantabria	3280,82	3815,90	3844,66
Castilla y León	13771,90	16771,04	16673,00
Castilla-La Mancha	9690,85	12465,00	12829,55
Cataluña	45533,09	47253,73	48571,81
Comunidad Valenciana	25263,42	31011,75	32103,00
Extremadura	5950,85	7260,83	7217,06
Galicia	15345,26	18827,08	18619,83
Madrid	32493,96	38355,21	39578,08
Murcia	6946,87	8594,41	8938,73
La Rioja	1654,23	1981,90	2047,79
Ceuta y Melilla	721,36	821,54	793,47
<b>TOTAL</b>	<b>229810,30</b>	<b>274278,00</b>	<b>279763,56</b>

El Plan anual de actuaciones para los años 2007 y 2008 se establecerá con la debida antelación en las respectivas Leyes de Presupuestos, siempre antes del comienzo de cada uno de los años correspondientes, reflejando en el mismo la actualización de los apartados que sea posible fijar a la citada fecha. Los objetivos referidos a la racionalización del gasto se fijarán cuando se disponga de los datos del ejercicio anterior.

Para el año 2006, el Presupuesto del Instituto Nacional de la Seguridad Social ha establecido un crédito máximo, en relación con el citado Fondo, de 279.763.560 euros para todas las Comunidades Autónomas, excluidas Navarra y País Vasco, en el que éstas participarán inicialmente según la población protegida de asistencia sanitaria y cuya liquidación definitiva, se efectuará en función del grado de cumplimiento de la realización de determinadas actuaciones de gestión y control de la incapacidad temporal, fijadas en el Convenio con cada Comunidad Autónoma.

El Plan correspondiente a este año 2006 se ha determinado con cada una de las Comunidades Autónomas como un convenio de colaboración de naturaleza administrativa, de acuerdo con lo establecido en el artículo 3.1.c) del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, y en el artículo 6 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Estos convenios firmados con las distintas Comunidades Autónomas tienen como finalidad establecer el marco de colaboración para alcanzar los objetivos establecidos en el Plan anual de actuaciones para la modernización y mejora de la gestión y control de la incapacidad temporal y la racionalización del gasto de la prestación durante los años 2006, 2007 y 2008 en las diferentes comunidades.

Una vez asignado el Fondo para el año 2006, conforme a la distribución realizada en función de la población protegida de asistencia sanitaria en cada una de las Comunidades Autónomas correspondiente al año 2005, para los años 2007 y 2008, se determina que la participación en el Fondo se fijará igualmente en relación con la población protegida de asistencia sanitaria en cada una de las comunidades autónomas correspondiente a los últimos datos oficiales conocidos, pero de dicha cantidad se restará el importe resultante de la liquidación practicada correspondiente al ejercicio anterior si ésta fuera negativa. Además, si se cumplen determinadas condiciones, se sumará el importe resultante del reparto complementario.

La fijación del programa de actividades y los objetivos de racionalización del gasto, así como la ponderación entre ellos, se determina para el año 2006, de acuerdo con la siguiente distribución del crédito:

- En un 70% al grado de cumplimiento del Programa de actividades.
- En un 30% al grado de cumplimiento de los Objetivos de racionalización del gasto, medido para cada Comunidad Autónoma según se detalla en cada uno de los planes anuales de actuaciones.

En relación a la entrega del crédito, para el año 2006, durante el mes siguiente a la firma de cada uno de los convenios, se realizará como un anticipo a cuenta, en un pago único, la entrega del Fondo correspondiente a dicho ejercicio, previa liquidación del crédito correspondiente al año 2005, con la finalidad de que la Comunidad Autónoma en cuestión dedique dicha cantidad, tanto a la realización del Programa de actividades, como al objetivo de racionalización del gasto.

Durante el primer trimestre del año 2007, se realizará como un anticipo a cuenta, en un pago único, la entrega del Fondo correspondiente a dicho ejercicio, procediéndose con carácter previo a la liquidación del crédito correspondiente al año 2006, en proporción al grado de cumplimiento del Objetivo de la ejecución del Programa de actividades, y de racionalización del gasto, de forma independiente. Igual procedimiento se llevará a cabo respecto del año 2008.

Si alguna Comunidad Autónoma no ha superado el 50% del objetivo referido al programa de actividades, devolverá o compensará el 50% del Fondo anticipado correspondiente a ese objetivo. Igualmente, si no se ha superado el 50% del objetivo de racionalización del gasto, salvo el objetivo marcado de reducción de días de media de baja consumidos por incapacidad temporal por los trabajadores protegidos por incapacidad temporal en el Instituto Nacional de Seguridad Social, devolverá o compensará el 50% del Fondo anticipado correspondiente a ese Programa.

En cambio, si ha superado el 50% del objetivo del Programa de actividades, se procederá a la liquidación del Fondo correspondiente a ese objetivo en proporción al grado de cumplimiento alcanzado. Igualmente, si se ha superado el 50 % del objetivo referido a la racionalización del gasto, en lo que se refiere al objetivo del coste de incapacidad temporal por afiliado/mes, se procederá a la liquidación del Fondo correspondiente a ese objetivo en función del grado de cumplimiento del mismo.

En correspondencia con la finalidad para la que el Fondo ha sido creado, las Comunidades Autónomas deberán destinar los créditos percibidos en aplicación de sus correspondientes convenios a la mejora de los procesos de control y gestión de la incapacidad temporal. Para su acreditación, se comprometen a elaborar una memoria financiera y técnica en la que se especifiquen los resultados obtenidos.

El seguimiento de cada uno de los convenios se realizará a través de una comisión central y una subcomisión en cada provincia.

Cada una de las diferentes comisiones centrales estará integrada por cuatro representantes del Instituto Nacional de la Seguridad Social, un representante de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales y cuatro representantes del Servicio Público de Salud de la Comunidad Autónoma correspondiente. Presidirá las reuniones el Subdirector General de Incapacidad Temporal y otras Prestaciones a Corto Plazo y hará funciones de secretario el Jefe de Área de Subsidios, ambos del Instituto Nacional de la Seguridad Social. La Comisión se reunirá con la frecuencia que sea precisa y, al menos, una vez al semestre.

Esta Comisión asume las siguientes funciones:

- Efectuar el seguimiento de lo establecido en cada uno de los convenios, velando por el cumplimiento de su contenido en los términos fijados y, en su caso, ejercer las funciones de coordinación que resulten procedentes.
- Conocer el plan anual de actuaciones para la modernización y mejora de la gestión y control de la incapacidad temporal proponiendo, en su caso, las orientaciones precisas y aquellas actividades que la experiencia aconseje en orden a la consecución de sus fines.
- Examinar los resultados del seguimiento de la aplicación de la normativa vigente en materia de incapacidad temporal, singularmente en lo referido a la adecuada cumplimentación de los partes e informes médicos de incapacidad temporal.
- Analizar el resultado de las reuniones celebradas por las subcomisiones provinciales, conocer sus informes y asesorar a estas en su funcionamiento y en la interpretación del convenio correspondiente.
- Conocer la memoria financiera y técnica en la que la Comunidad Autónoma correspondiente especifique los resultados obtenidos.
- Estudiar cualesquiera otros asuntos propuestos por las partes que sean de interés en el control de la prestación de incapacidad temporal.

En cada una de las provincias se crearán comisiones que llevarán a cabo, el seguimiento de la ejecución del programa de actividades, cuya composición estará formada por tres representantes de la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social, tres representantes de la Comunidad Autónoma correspondiente designados por la consejería competente en cada una de las Comunidades Autónomas y un representante de las Mutuas, a nivel provincial.

Actuará como presidente el Director del Instituto Nacional de la Seguridad Social en esa provincia y hará las veces de secretario un funcionario designado por el presidente. Se reunirán con la frecuencia que sea precisa y, al menos, una por mes.

La subcomisión provincial tendrá encomendadas las funciones derivadas de la ejecución del programa de actividades en la provincia de su ámbito. Mensualmente enviará a los servicios centrales del Instituto Nacional de la Seguridad Social los datos correspondientes a los resultados de dicho seguimiento.

Los efectos de los convenios para 2006, para cada uno de los tres ejercicios de vigencia, quedan supeditados a la firma de la liquidación, correspondiente al ejercicio anterior, de los diferentes convenios para el control de la prestación de incapacidad temporal para el año 2005.

El importe resultante de la liquidación correspondiente a cada ejercicio anterior, compuesto por aquellas cuantías que se detraigan del anticipo a cuenta para cada año, como consecuencia del no cumplimiento en su integridad de los objetivos del programa de actividades o de racionalización del gasto que se establecieron para el ejercicio anterior, repercutirá en aquellas Comunidades Autónomas que hayan cumplido al finalizar el primer semestre del año en, al menos, un 40% los objetivos establecidos para dicho ejercicio. El reparto se hará en proporción a la participación inicial de cada una de estas Comunidades Autónomas en el Fondo asignado a las mismas para cada año de vigencia del Convenio. El reparto complementario se hará efectivo, en un pago único, antes de finalizar el mes de octubre del ejercicio correspondiente.



En cada uno de estos convenios, como anexo, se fija un Plan de actuaciones para la modernización y mejora de la gestión y control de la incapacidad temporal y para la racionalización del gasto de dicha prestación en cada una de las comunidades autónomas en el año 2006 que se compone de dos apartados distintos:

- Programa de actividades de modernización y mejora de la gestión y control de la incapacidad temporal.

- Objetivos de control del gasto.

1) Programa de actividades de modernización y mejora de la gestión y control de la incapacidad temporal

El Programa de actividades para la modernización y mejora de la gestión y control de la incapacidad temporal se concreta en las siguientes cuatro áreas de actuación:

- Informatización y transmisión por vía telemática al Instituto Nacional de la Seguridad Social de los partes de incapacidad temporal en plazo y con código de diagnóstico.

- Emisión desde el Servicio Público de Salud de los informes médicos individualizados sobre procesos de incapacidad temporal.

- Tramitación y contestación motivada y en plazo, por el Servicio Público de Salud, de las propuestas de alta formuladas por el Instituto Nacional de la Seguridad Social y Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales y motivación de las discrepancias en las intenciones de alta formuladas por el Instituto Nacional de la Seguridad Social.

- Otras actividades.

1.A) Informatización y transmisión por vía telemática al Instituto Nacional de Seguridad Social de los partes de incapacidad temporal en plazo y con código de diagnóstico

Se destina el 30% del presupuesto distribuido de la siguiente forma: 1) 10 % para la Informatización y transmisión por vía telemática al Instituto Nacional de Seguridad Social de los partes de IT. B) 10% para la transmisión en plazo de los partes de incapacidad temporal y C) 10% para la cumplimentación del código de diagnóstico correcto en los partes de baja.

Creada en cada una de las comunidades autónomas una base de datos de procesos de incapacidad temporal, se habrá de conseguir que se incluyan en ella todos los partes médicos de baja y alta emitidos por los facultativos de su ámbito territorial y, además, dichos partes médicos deberán emitirse con carácter inmediato después del reconocimiento médico al trabajador en que se constate que se encuentra incapacitado laboralmente de acuerdo con lo establecido en el artículo 2 del Real Decreto

575/1997, de 18 de abril. A tal efecto, por parte de la Comunidad Autónoma se informatizará la gestión de esta prestación en su red sanitaria.

La información de partes médicos se transmitirá diariamente por vía telemática al Instituto Nacional de Seguridad Social, con independencia de cual sea la Entidad competente en la gestión de la prestación económica, conforme a las especificaciones técnicas, diseño de registro y periodicidad que determine la Entidad Gestora, siempre con programas compatibles.

La periodicidad en la transmisión de ficheros será diaria y los partes de baja y alta habrán de transmitirse dentro del plazo de cinco días, contados desde el momento de su expedición, conforme establece el Real Decreto 575/1997, de 18 de abril.

En todos los partes transmitidos deberá constar el código de diagnóstico, según la clasificación internacional de enfermedades de la Organización Mundial de la Salud. En el caso de que la Comunidad Autónoma utilice otro sistema de codificación, deberá realizar la conversión a este método.

Los datos a transmitir, con carácter obligatorio, serán los siguientes:

- Parte de baja: Datos personales del trabajador, número de afiliación a la Seguridad Social, apellidos y nombre, domicilio y teléfono de localización.
- Datos médicos del parte de baja: Tipo de parte (baja o alta), contingencia, fecha de baja médica, fecha de accidente de trabajo (en su caso), código de diagnóstico, duración probable del proceso, recaída y número de colegiado completo.
- Parte de alta: Datos personales del trabajador, número de afiliación a la Seguridad Social, apellidos y nombre, domicilio y teléfono de localización.
- Datos médicos del parte de alta: Tipo de parte (baja o alta), contingencia, fecha de baja médica, fecha del alta médica, causa del alta, fecha de accidente de trabajo (en su caso), código de diagnóstico final del proceso, recaída y número de colegiado completo.

#### 1.B) Emisión por la Inspección Médica del Servicio Público de Salud de los informes de control de la incapacidad

Los Servicios Públicos de Salud de las diferentes comunidades autónomas deben remitir los informes de control de la incapacidad. Se valorará especialmente la emisión de los informes correspondientes a los trimestres segundo y tercero desde el inicio del proceso.

Estos informes deberán recoger expresamente el diagnóstico, la situación clínica actual, el tratamiento realizado, las posibilidades terapéuticas y la duración probable del proceso. Asimismo, deberán pronunciarse expresamente sobre los extremos que justifiquen, desde el punto de vista médico, la necesidad de mantener el proceso de incapacidad del trabajador. Serán enviados a nivel provincial a la Entidad o Mutua

que gestiona el proceso con brevedad y utilizando medios informatizados en la medida de lo posible.

#### 1.C) Gestión de propuestas y de intenciones de alta

Consiste en la tramitación y contestación motivada en plazo por el correspondiente servicio público de salud de las propuestas de alta formuladas por el Instituto Nacional de Seguridad Social y las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales y motivación de las discrepancias en las intenciones de alta formuladas por el Instituto Nacional de Seguridad Social. Se destina el 16 % del presupuesto distribuido en un 8 % para las propuestas de alta y otro 8 % para las intenciones de alta.

El seguimiento de las propuestas de alta se llevará a efecto a través de la fórmula siguiente:

$$\frac{\text{Número de propuestas pendientes de contestar a fin de mes}}{\text{Promedio mensual de propuestas recibidas en el Servicio Público de Salud}} \times 30,41$$

Dicha fórmula viene a expresar que el número de propuestas pendientes de trámite a fin de mes equivale a la entrada de «x» días.

La contestación a las propuestas de alta formuladas tanto por el Instituto Nacional de Seguridad Social como por las Mutuas, en caso de discrepancia por parte del servicio público de salud, deberán estar motivadas desde un punto de vista clínico-funcional, indicando las limitaciones orgánicas y funcionales que impiden el desarrollo de la actividad laboral del trabajador.

Las intenciones de alta formuladas por el Instituto Nacional de Seguridad Social que deriven en discrepancia por el servicio público de salud de cada Comunidad Autónoma, deberán estar motivadas desde un punto de vista clínico-funcional, indicando las limitaciones orgánicas y funcionales que impiden el desarrollo de la actividad laboral del trabajador.

#### 1.D) Otras actividades

##### a) Acceso a los historiales clínicos

Con el fin de mejorar la gestión y el control de las prestaciones derivadas de la incapacidad temporal, las comunidades autónomas se comprometen, a través de sus servicios públicos de salud, a facilitar a los médicos inspectores del Instituto Nacional de Seguridad Social el acceso a los historiales clínicos de los asegurados. A tal efecto, los responsables del Instituto Nacional de Seguridad Social y de los diferentes servicios públicos de salud, a nivel provincial, determinarán de común acuerdo, el procedimiento de acceso.

El acceso y tratamiento de esta información por parte de los médicos inspectores del Instituto Nacional de Seguridad Social tendrá por objeto, única y exclusivamente, el ejercicio de las competencias que tienen encomendadas en orden a la valoración del menoscabo funcional que justifica la percepción de las prestaciones económicas garantizándose, en todo caso, la seguridad y confidencialidad de los datos.

b) Formación de los profesionales sanitarios en materia de incapacidad temporal

Estas acciones formativas deberán ser planificadas, al menos, con periodicidad semestral y deberán contar con la participación del Instituto Nacional de Seguridad Social y de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales. Las acciones formativas incluirán, en su ámbito de aplicación, al 20% de los profesionales sanitarios de atención primaria.

c) Realización de pruebas complementarias

Los diferentes servicios públicos de salud se comprometen a la realización de las pruebas complementarias que solicite el Instituto Nacional de Seguridad Social para la determinación de las incapacidades temporales, así como a la remisión del resultado de las mismas acompañando el informe correspondiente a la Entidad Gestora en el plazo determinado. A tal fin, en el plazo de un mes, contado desde la suscripción del Convenio para el año 2006 (y en los meses de enero para los años 2007 y 2008), la subcomisión provincial formalizará un documento con la tipología de pruebas a realizar por cada uno de los servicios públicos de Salud y plazo para cada una de ellas, en atención a la infraestructura y capacidad de respuesta de éste.

d) Implicación de las unidades de gestión

Cada una de las comunidades autónomas se compromete a potenciar una mayor implicación entre las unidades de inspección de sus respectivos servicios de salud con los servicios de las unidades de gestión de la prestación por incapacidad temporal del Instituto Nacional de Seguridad Social en sus direcciones provinciales. A tal efecto, cada uno de los servicios públicos de salud informará mensualmente a la Dirección Provincial del Instituto Nacional de Seguridad Social sobre las actuaciones de control de incapacidad temporal desarrolladas en el mes inmediato anterior y el resultado de las mismas, así como de cualquier otro dato que se estime necesario para tener un conocimiento global de la situación de la prestación de incapacidad temporal y la evolución de su control.

2) Objetivos del control de gasto

El 30% del crédito asignado a cada Comunidad Autónoma queda condicionado al cumplimiento de los objetivos de racionalización del gasto, que se miden según los indicadores establecidos en la siguiente tabla.

Indicador coste/afiliado/mes	<b>15 %</b>
Indicador días de incapacidad temporal/afiliado/mes	<b>15 %</b>

A los efectos de estos convenios, como coste de la prestación y días de baja por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes, se toman en consideración los que asume el Instituto Nacional de la Seguridad Social. Además quedan excluidos expresamente, el gasto y días de baja de incapacidad temporal por contingencias profesionales y los correspondientes a empresas que colaboran voluntariamente en la gestión de la Seguridad Social.

## 2.A) Indicador “coste/afiliado/mes”

El objetivo de reducción del gasto de incapacidad temporal por contingencias comunes en cada una de las comunidades autónomas se dirige a propiciar que, durante el año 2006, en su territorio se alcance un gasto de la prestación económica señalada, medido en términos de coste/afiliado/mes, según se fija para cada Comunidad Autónoma.

Para la fijación del objetivo de racionalización del gasto de incapacidad temporal, se toma como situación de partida la media del indicador coste/afiliado/mes de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes registrado en cada una de las comunidades autónomas.

Para medir la racionalización del gasto en términos equivalentes, se establece un coeficiente reductor que neutraliza la parte del coste en incapacidad temporal proveniente del peso que las diferentes bases de cotización tienen en el gasto de las distintas comunidades autónomas. Dicho coeficiente se ha elaborado para los regímenes General, Minería del Carbón, Autónomos y Agrario a partir de las bases de cotización del año 2005 proporcionadas para cada una de las comunidades autónomas por la Gerencia de Informática de la Seguridad Social y, para el resto de los regímenes, a partir de las bases establecidas para cada uno de ellos en el año 2005.

Con la elaboración de estos datos se calcula un índice agregado homogeneizador del gasto, obteniendo para cada Comunidad Autónoma un indicador coste/afiliado/mes corregido del efecto bases de cotización comparable, por tanto, con el resto de las diferentes comunidades autónomas. A partir de este indicador homogéneo se fija el coste medio/afiliado/mes que, como objetivo, cada Comunidad Autónoma debe alcanzar en el año 2006.

Desde esta perspectiva, y con el propósito de reducir y equiparar el gasto por incapacidad temporal en todo el territorio nacional, las distintas comunidades autónomas deben converger con aquella que tiene el indicador “coste medio/afiliado/mes” menos elevado. En el año 2005 la Comunidad Autónoma de Extremadura es la que ha presentado el mejor registro en el mencionado indicador, debiendo el resto de las comunidades acercarse a dicho registro en un plazo medio. Para ello, y puesto que la convergencia al 100%, pudiera resultar dificultosa, el resto de comunidades autónomas deben situar su indicador coste medio/afiliado/mes en 2006 en un porcentaje que en cada caso se establece que supone, en conjunto, un esfuerzo en la convergencia del 3 %.

A efectos de la determinación del cálculo del indicador coste incapacidad temporal/afiliado/mes, correspondiente al ejercicio 2006, se tendrán en cuenta para su

deflactación, para el colectivo incluido en el Régimen General y en el de la Minería del Carbón, la evolución de los convenios colectivos, según los últimos datos conocidos del ejercicio anterior y suministrados por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y para los colectivos restantes, la evolución de las bases mínimas o únicas de los respectivos regímenes.

## 2.B) Indicador “días de incapacidad temporal/afiliado”

Este objetivo pretende conseguir una reducción de los días de baja consumidos en incapacidad temporal, tanto por contingencias comunes como por profesionales, por los trabajadores protegidos en el Instituto Nacional de Seguridad Social, contados desde el mismo día de la emisión de la baja médica y hasta la finalización del proceso de incapacidad temporal mediante la expedición del alta médica.

Se considerará plenamente cumplido el objetivo del 15 % del crédito anticipado cuando se alcance la reducción del 2% de días de baja. La valoración se hará comparando los datos del periodo analizado con los de igual periodo del año anterior, en términos de homogeneidad.

Si alguna Comunidad Autónoma no ha alcanzado este objetivo, se procederá a la liquidación del 50 % del Fondo correspondiente a ese objetivo en proporción al resultado alcanzado puesto en relación con el valor de la media de días incapacidad temporal/afiliado a nivel nacional, valorando con los criterios establecidos en la siguiente tabla.

<b>2,5 %</b>	Si el resultado se sitúa entre el 100% y el 90%
<b>5 %</b>	Si el resultado se sitúa en valores inferiores al 90% e iguales o superiores al 80%
<b>7,5 %</b>	Si el resultado se sitúa por debajo del 80%

Es evidente que la situación de partida de cada Comunidad Autónoma es diferente, pero, en general, en todas es superior a la media a nivel nacional que es de 14,90 días de incapacidad temporal/afiliado.

El cálculo se realizará de acuerdo con la información existente en las bases de datos del Instituto Nacional de Seguridad Social, sobre cada una de las comunidades autónomas, y teniendo en cuenta que el número de días de incapacidad temporal se obtiene de forma automática mediante la transmisión electrónica de la información de los partes de incapacidad temporal remitida por el correspondiente servicio público de salud y las empresas de la Comunidad Autónoma correspondiente.

Por último, el Real Decreto 575/1997 aborda, a través de su artículo 8º, los mecanismos de cooperación entre todos los agentes, públicos y privados, que intervienen en la gestión de la incapacidad temporal, si bien se limita a una ligera reproducción y aclaración de preceptos legales, básicamente la Disposición Adicional Undécima LGSS y el apartado Cuatro del artículo 78 de la Ley 13/1996. La regulación de la cooperación interinstitucional en el ámbito de la gestión de la incapacidad temporal es muy somera, teniendo en cuenta que la misma se ha de llevar a cabo mediante acuerdos internos, en

los que se contendrán las finalidades de los mismos, y las obligaciones y derechos de cada una de las partes que los celebren.

La cooperación y coordinación señaladas se articula en base a los siguientes principios:

. *Ámbito subjetivo o entes que pueden realizar esos acuerdos.* La cooperación y la coordinación se prevén, como se ha indicado, entre los entes que intervienen en la gestión de la incapacidad temporal: Entidades gestoras de la Seguridad Social y Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, en cuanto que responsables de la prestación económica, y el Instituto Nacional de la Salud y los distintos Servicios de Salud, en cuanto encargados de prestar la asistencia sanitaria y competentes en el control médicos de la altas y la bajas.

. *Formalización o medios instrumentales de la coordinación y cooperación.* De acuerdo con el artículo 78 de la Ley 13/1996, así como el Real Decreto 575/1997, esa cooperación se articulará a través de los correspondientes acuerdos, los cuales deberán tener en cuenta los criterios que establezca el Consejo Interterritorial de la Salud, acuerdos que podrán desarrollarse a través de convenios específicos.<sup>74</sup>

. *Finalidad de la cooperación.* La finalidad básica de los acuerdos se expresan en el propio Real Decreto, y consiste en lograr la mayor eficacia en el seguimiento y control de la gestión de las situaciones de incapacidad temporal, a cuyo fin las entidades que celebren tales acuerdos podrán promover el perfeccionamiento y la utilización en común de la información, respetando -lo cual es obvio- la confidencialidad de determinados datos, cuando los mismos tengan carácter personal, y estén amparados por las previsiones de la Ley General de Sanidad o de la Ley 5/1992.

Y dentro de esa puesta en común de la información, debe situarse, asimismo, la previsión del propio Real Decreto 575/1997 respecto a la confección de los partes médicos de baja, de confirmación de la baja y del alta, que deberán formalizarse con arreglo a un modelo, que permita su gestión informatizada, con una participación coordinada de los Servicios Públicos de Salud, de las Entidades Gestoras de la

---

<sup>74</sup> Los acuerdos habrán de acomodarse, en el ámbito de las Administraciones Públicas, a lo previsto en la legislación específica. Véase, en tal sentido, lo establecido en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común o, más concretamente en el ámbito de la Seguridad Social, el contenido del artículo 199 de la Ley General de la Seguridad Social.

Por lo que se refiere a los acuerdos que puedan suscribir las Mutuas, el artículo 83.2 del Reglamento General de colaboración de estas entidades con la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto 1993/1995, de 7 de diciembre, (en la redacción dada por el artículo 2º del Real Decreto 576/1997, de 18 de abril), los mismos requieren, como requisito esencial, la aprobación previa del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

Por lo que se refiere al ámbito de actuación del Instituto Nacional de la Seguridad Social, dicha Entidad Gestora ha celebrado acuerdos con el Ministerio de Sanidad y Consumo, con el Instituto Nacional de la Salud y con los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas, que han recibido la transferencia de las competencias y funciones del Instituto Nacional de la Salud el territorio correspondiente a la Comunidad Autónoma, salvo con el Servicio de Salud de Valencia.

Seguridad Social, de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social y de las empresas.



#### IV. UN PASO MÁS EN LA BÚSQUEDA DEL CONTROL: LA REFORMA DEL 97-98

##### 1. La reforma del Artículo 131. bis LGSS por la Ley 66/1.997, de 30 de diciembre, (Ley de Acompañamiento a la Ley de Presupuestos de 1.998).

En la legislación vigente con anterioridad al 1º de enero de 1998, la extinción de la prestación económica de IT se producía, además de por el transcurso de su período máximo de percepción y otras causas señaladas en el ordenamiento jurídico, generalmente por la expedición de un alta médica formalizada por los órganos competentes del Servicio Público de Salud, bien directamente, bien a través de una propuesta realizada por los servicios médicos del Instituto Nacional de la Seguridad Social o por los correspondientes a las Mutuas.<sup>75</sup>

El artículo 131.bis. 1 TRSS (en la redacción dada por el artículo 39 de la Ley 66/1997)<sup>7677</sup>, sin modificar de hecho las causas de extinción de la incapacidad temporal, y respetando las competencias de los Servicios de Salud en la emisión de los partes médicos de baja y alta, establece que ese parte de alta podrá ser expedido también por los médicos adscritos al Instituto Nacional de la Seguridad Social, en las condiciones que se establezcan en las normas reglamentarias de desarrollo y aplicación de las previsiones legales. Es, precisamente, el Real Decreto 1117/1998, de 5 de junio, la norma en la que se fijan esos requisitos que condicionan la expedición de altas médicas por parte de los servicios médicos del Instituto Nacional de la Seguridad Social.

El mensaje de la reforma de la LGSS era claro, a saber, *"sin perjuicio de la competencia que correspondan a los Servicios Públicos de Salud, los médicos adscritos al INS podrán expedir el correspondiente alta médica en el proceso de incapacidad temporal, a los*

---

<sup>75</sup> La forma de la gestión de la prestación de incapacidad temporal, derivada de contingencias comunes, llevada a cabo por las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, se encuentra en el artículo 80 del Reglamento de colaboración de estas entidades colaboradoras en la gestión de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto 1993/1995, de 7 de diciembre, en la redacción dada por el Real Decreto 576/1997, de 18 de abril.

Para un análisis del contenido de este último Real Decreto, véase RUIZ-LARREA, P.: *"Las funciones atribuidas a las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social en materia de gestión y control de la incapacidad temporal, derivada de contingencias comunes"*. Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Nº 4. 1997. Págs. 111-128.

<sup>76</sup> Vid. PANIZO ROBLES, J.A. "Novedades en materia de Seguridad Social incluidas en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado y de medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social de 1.998", *RTSS, Comentarios y casos prácticos*. CEF, Nº 180, 1.998; CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, J. "Reforma parcial de la Seguridad Social: Comentario a las leyes 24/1.997, de 17 de julio, de consolidación y racionalización del sistema de seguridad social, y 66/97 de 30 de diciembre, de acompañamiento de los Presupuestos Generales del Estado para 1.998", *RL*, Tomo I/1.998.

<sup>77</sup> El tenor literal del artículo 39 de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, bajo la rúbrica de *"extinción del derecho al subsidio"*, y mediante la técnica de incorporar un segundo párrafo al apartado 1 del artículo 131.bis TRSS establece expresamente que *"sin perjuicio de las competencias que correspondan a los Servicios Públicos de Salud, los médicos adscritos al Instituto Nacional de Seguridad Social podrán expedir el correspondiente alta médica en el proceso de incapacidad temporal, a los exclusivos efectos de las prestaciones económicas de la Seguridad y en los términos que reglamentariamente se establezcan"*.

*exclusivos efectos de la prestaciones económicas de la Seguridad Social y en los términos que reglamentariamente se establezcan".*

El nuevo precepto era explosivo en su contenido e incierto en su configuración y desarrollo. Por primera vez se planteaba formalmente la problemática subyacente, esto es, la disociación de competencias; por primera vez también, el Instituto Nacional de la Seguridad Social asumía ciertas facultades respecto al control sanitario del proceso incapacitante. El precepto era una declaración pública de desconfianza hacia los controles de los Servicios Públicos de Salud, que nunca debió ver la luz, solapada, para salvar los temas competenciales, en una referencia a "... los exclusivos efectos económicos..." de incomprensible traducción conceptual y jurídica<sup>78</sup>.

Reformando el art. 131.1 bis, la cuestión se centraba en cómo dar forma al mensaje, esto es, como habilitar el procedimiento necesario para instrumentalizar las nuevas facultades de los médicos adscritos al INS y hacerlas operativas, en el sentido de que constituyan un mecanismo de control efectivo. La solución dada por el RD 1117/1998 y la Orden de 18-IX-1998 pueden resumirse en una sola fase, a saber, crean un procedimiento de expedición del alta médica sustentado en el cumplimiento de unos plazos prácticamente imposibles de cumplir. Dicho de otra forma, la efectividad del mecanismo de control se alcanza a través de un procedimiento que se sabe, desde su configuración, de difícil cumplimiento.

A los efectos descritos, baste con recordar que la Inspección del Servicio Sanitario tiene un plazo de "tres días hábiles" para oponerse al "parte de alta condicional" expedido por los Facultativos del INS que se convertirá en definitiva por el mero transcurso del plazo. Es de suponer, que la Inspección no tiene información actualizada al día de todos los procesos del incapacidad temporal existentes en su demarcación, por lo que en el plazo de tres días no sólo debe pedir y obtener la información del Facultativo que asiste al trabajador, sino oponerse motivadamente al "parte de alta. Ello quiere decir que, salvo supuestos milagrosos, los partes de alta condicional se convertirán generalmente en definitivos. De esta manera tan poco ortodoxa, se busca alcanzar la efectividad del procedimiento.

Con todo, la cuestión de fondo continúa latente, lo que quiere decir que la reforma ha dejado sin zanjarse definitivamente la cuestión. En efecto, supongamos que el "milagro" se produce ya la Inspección Sanitaria consigue oponerse en plazo al "alta condicional" emitida por los facultativos adscritos al INS. ¿Qué ocurre? La respuesta es simple, no ocurre nada, esto es, prevalece la decisión de la Inspección Sanitaria.

La medida normativa ha sido valorada, desde distintas vertientes, como una medida con la única finalidad de recorte de la protección social y como una "tuerca" más del control sobre esta prestación<sup>79</sup>. Parecería que el control de las prestaciones de la Seguridad Social tiene una significación negativa, cuando, al contrario, efectuar ese control sobre todas y

---

<sup>78</sup> ) La fórmula utilizada por LSS, art. 131.1 bis es incoherente en si misma, conceptualmente no cabe la separación que se pretende, salvo que nos inventemos una nueva y distinta contingencia; sobre estas reflexiones, TORTUERO PLAZA, JL, Las Mutuas y la incapacidad temporal, op. Cit, cita 69

<sup>79</sup> CAMAS RODA, F. "La incapacidad temporal: objeto y consecuencias de las últimas modificaciones legislativas", AL, Nº 2, 1.999, P. 41.

cada una de las prestaciones de Seguridad Social constituye no solo un derecho que tienen las Administraciones Públicas, sino sobre todo un deber y una obligación que pesa sobre ellas, como manifestación de que la gestión que se le ha encomendado se lleva a cabo con los mayores grados de eficacia y de eficiencia, y así se justifico en la propia norma<sup>80</sup>

## 2. La adaptación reglamentaria de la reforma.

El artículo 1º del Real Decreto 1117/1998 (mediante la modificación del artículo 1.4 del Real Decreto 575/1997) establece los requisitos para la formalización de los partes médicos de alta en los procesos de incapacidad temporal.

Como premisa previa, mantiene que los partes de alta médica se extenderán, tras el reconocimiento médico del trabajador, por el correspondiente facultativo del Servicio Público de Salud, partes en los que, en todo caso, deberán contener el resultado de dicho reconocimiento y la causa del alta médica. Es decir, se mantiene la competencia originaria de los Servicios de Salud en el control del estado de salud del trabajador. No obstante, se prevé que los partes de alta médica podrán también ser extendidos por el facultativo adscrito al Instituto Nacional de la Seguridad Social. Para ello, dicho facultativo, tras el reconocimiento médico del trabajador, deberá comunicar a la Inspección Médica u órgano similar del Servicio de Salud correspondiente, su intención de extender el parte de alta médica, a fin de que dichos órganos puedan, en el plazo de tres días hábiles, manifestar su disconformidad. De no recibirse en el plazo mencionado informe en contra por parte de la Inspección Médica u órgano similar del respectivo Servicio de Salud, el parte de alta podrá ser expedido, conteniendo siempre el resultado del reconocimiento y la causa del alta<sup>81</sup>.

En definitiva, de la disposición indicada se desprende que, para poder formalizarse un alta médica, en un proceso de incapacidad temporal, por un facultativo adscrito al Instituto Nacional de la Seguridad Social es precisa la concurrencia de dos requisitos:

- Que el alta médica vaya precedida por un reconocimiento médico del trabajador, que se constituye, de esta forma, en un requisito necesario e inexcusable.
- Que no exista disconformidad expresa del Servicio de Salud, manifestada a través de la Inspección Médica<sup>82</sup>, respecto al alta médica a expedir. Por ello,

---

<sup>80</sup> Buena muestra de esta preocupación es el propio preámbulo del Real Decreto 575/1997 -que el Real Decreto 1117/1998 procede a modificar parcialmente-, en el que expresamente se señala que dicha norma "se inserta en el Programa del Gobierno de lucha contra el fraude, lucha que sí siempre debe ser objeto de una actuación decidida de las Administraciones Públicas, lo es más cuando el fraude afecta a la protección social, detrayéndose de esta forma recursos públicos que la sociedad, a través de sus legítimos representantes, previó para unas finalidades específicas de protección y de cobertura de situaciones de necesidad". La referencia del texto es de PANIZO ROBLES, J.A,

<sup>81</sup> TORTUERO PLAZA, JL. "Las Mutuas y la Incapacidad Temporal", cit. Pág. 25.

<sup>82</sup> Este órgano de inspección y control sanitario aparece en la normativa denominada bien como "Inspección Médica" o como "Inspección de Servicios Sanitarios de la Seguridad Social", sin perjuicio,

éste alta se configura como un acto "*condicionado*", por cuanto la existencia de esa manifestación expresa de disconformidad por parte del Servicio de Salud produce "*ope legis*" que no pueda expedirse el alta médica.

El artículo 131.1.bis TRSS, en la redacción dada por el artículo 39 de la Ley 66/1997, únicamente hace referencia a la posibilidad de que los médicos del INSS extiendan altas médicas en los procesos de incapacidad temporal, sin concretar a qué procesos pueden referirse dichas altas. En una primera aproximación, podría entenderse que dichas altas únicamente podrían extenderse respecto de los procesos de incapacidad temporal gestionados por dicha Entidad Gestora. Sin embargo, la Ley no limita expresamente la formalización de altas por los médicos de INSS a los procesos de incapacidad temporal gestionados por la indicada Entidad Gestora, sino que indica únicamente que los médicos del Instituto Nacional de la Seguridad Social podrán expedir altas médicas; por último, hay que tener en cuenta a su vez que el contenido del artículo 131.bis TRSS (que el artículo 39 de la Ley 66/1997 modifica ligeramente) se aplica a todos los procesos de IT, con independencia de la Entidad que los gestione.

En cualquier caso, se entiende que esta facultad de extinción de la prestación económica de IT por la formalización de altas médicas expedidas por los facultativos adscritos al INSS a procesos no gestionados por dicha Entidad Gestora no se puede extender a los procesos derivados de contingencias profesionales, gestionados por las Mutuas, en cuyo caso corresponde a los facultativos de éstas expedir los partes médicos de baja, confirmación de la baja o de alta, de acuerdo con lo previsto en los Reales Decretos 575/1997 y 576/1997, ambos de 18 de abril, y en la Orden de 19 de junio de 1997, que desarrolla el primero de ellos.

Por tanto, conforme a las previsiones legales, se puede extender la facultad conferida por el artículo 131.bis TRSS a los procesos de incapacidad temporal por contingencias comunes, gestionados por las Mutuas, si bien, con dos condicionantes, que se deducen expresamente de la Ley: que las altas únicamente pueden ser formalizadas por los médicos adscritos al Instituto Nacional de la Seguridad Social y que dichas altas únicamente surten efectos respecto a la prestación económica de IT.

Este criterio ha sido seguido en el Real Decreto 1117/1998, a través de la inclusión de un nuevo artículo 6º en el Real Decreto 575/1997, mediante el que se prevé la expedición de partes médicos de alta por facultativos adscritos al Instituto Nacional de la Seguridad Social, a iniciativa de las Mutuas, incidiendo en procesos gestionados por dichas entidades colaboradoras.

En tal sentido, cuando la "propuesta de alta" formulada por una Mutua no fuese resuelta en los plazos señalados en la normativa vigente<sup>83</sup>, la entidad colaboradora señalada podrá optar entre reiterar dicha propuesta ante el Servicio Público de Salud, en los términos contenidos en el artículo 5º del Real Decreto 575/1997 o plantear la iniciativa de alta -

---

además, que en los diferentes Servicios de Salud al órgano que realiza estas funciones se le haya dado otra denominación.

<sup>83</sup> De conformidad con lo indicado en el apartado III.3

médica “ condicional” ante los servicios médicos del Instituto Nacional de la Seguridad Social. En los supuestos en que, reiterada la propuesta inicial al Servicio Público de Salud, la Mutua no obtenga de nuevo contestación de dicho Servicio, podrá plantear la iniciativa de alta condicional a los servicios médicos de la Entidad Gestora señalada.

La normativa de Seguridad Social contempla varias causas por las que los servicios sanitarios pueden expedir el correspondiente parte médico de alta que, a su vez, ocasiona la extinción de la situación de incapacidad temporal. Como se ha señalado anteriormente, la situación de incapacidad temporal precisa de la concurrencia de tres requisitos: la alteración de la salud; que dicha alteración de salud imposibilite, de forma temporal, la realización del trabajo o de la actividad que venía desarrollando antes de producirse la enfermedad o el accidente y, por último, que dicha alteración de salud haya sido constatada por los servicios médicos de la Seguridad Social.

Cuando concurre un hecho que elimina la concurrencia de alguno de los requisitos anteriores ha de producirse la extinción de la incapacidad temporal. En consecuencia y, conforme la normativa vigente, el parte médico de alta en el proceso de incapacidad temporal puede extenderse por las siguientes causas<sup>84</sup>:

- Por curación de las dolencias que padecía el interesado.
- Por mejoría de esas mismas dolencias, de tal forma que, aún permaneciendo aquéllas, sin embargo son de tal incidencia que permiten al interesado reanudar la realización del ejercicio del trabajo por cuenta ajena o de la actividad por cuenta propia que venía realizando con anterioridad a la baja.
- Por el hecho de que la incapacidad se presume como permanente. Dado que el subsidio se reconoce por unas dolencias que incapacitan para el ejercicio del trabajo o de la actividad, de forma temporal, constatadas que esas dolencias tienen carácter permanente, lo procedente es la extinción de la situación de incapacidad temporal, mediante la expedición del parte médico de parte médico de alta, y de forma simultánea la emisión de una propuesta de incapacidad permanente, de conformidad con las previsiones del Real Decreto 1300/1995, de 23 de julio, por el que se desarrolla la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, en materia de incapacidades laborales, y Orden de 18 de enero de 1996, que desarrolla el anterior.
- Por incomparecencia. También la normativa prevé que, en los casos en que el trabajador no acuda a los sucesivos reconocimientos médicos para la verificación de la evolución de las dolencias padecidas y, de ser necesaria la continuación del tratamiento, recoger el correspondiente parte de confirmación/continuación de la baja, pueda procederse a la expedición del parte médico de alta.<sup>85</sup>

---

<sup>84</sup> Estas causas son las que se reflejan en los modelos de partes médicos de alta, aprobados en los Anexos de la Orden del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, de 19 de junio de 1.997.

<sup>85</sup> No se incluyen, por obvias, otras causas en las que procede la expedición del parte médico de alta (como puede ser el fallecimiento del trabajador) o que extinguen la situación de incapacidad temporal (por

Dadas estas causas por las que se puede expedir altas médicas, surge la duda sobre aquéllas que pueden fundamentar las altas médicas a expedir por los facultativos adscritos al Instituto Nacional de la Seguridad Social. Ninguna duda existe en que este alta médica puede basarse en la curación o en la mejoría de las dolencias padecidas por el trabajador que le posibilitan realizar el trabajo o la actividad, para lo cual es preciso que, previamente, se haya efectuado el correspondiente reconocimiento médico al trabajador, y que no haya existido disconformidad expresa por el Servicio de Salud, a través de la Inspección Médica.

Cuestión distinta concurre en las otras causas. No parece posible que el alta médica formalizada por el facultativo del Instituto Nacional de la Seguridad Social pueda fundarse en la existencia de lesiones de tal magnitud que, presumiblemente, incapaciten de forma permanente el ejercicio del trabajo o la actividad, por cuanto, de acuerdo con la normativa vigente, el alta médica con propuesta de incapacidad permanente no corresponde al facultativo ordinario, sino que tal competencia está atribuida en exclusiva a la Inspección Médica del Instituto Nacional de la Salud o del correspondiente Servicio de Salud, sin que la actuación de este órgano pueda ser suplida por el facultativo de la Entidad Gestora responsable de la respectiva prestación económica.

Similares fundamentos concurren con el alta médica por curación o por agotamiento, una vez que el proceso de incapacidad temporal ha tenido la duración máxima prevista. En estos casos, el artículo 7º del Real Decreto 575/1997 también atribuye en exclusividad a la Inspección Médica la expedición de tales altas, sin que se pueda entender modificada tal competencia.<sup>86</sup>

Una excepción a esa regla general concurre con los procesos de incapacidad temporal, correspondiente a los trabajadores que prestan servicios mediante contratos para la formación, teniendo en cuenta lo previsto en su normativa específica.<sup>87</sup>

---

habérsele reconocido al trabajador la pensión de jubilación).

<sup>86</sup> Debe considerarse que el Real Decreto 1117/1998 adopta la técnica normativa de dar nueva redacción a determinados artículos del Real Decreto 575/1997, sin que el contenido del artículo 7º del mismo se vea afectado. Si hubiese existido la intención de situar en los facultativos adscritos al Instituto Nacional de la Seguridad Social la facultad de expedir altas por curación o por agotamiento de plazo, una vez transcurrido el período máximo de percepción de la incapacidad temporal, se hubiese alterado la redacción del citado artículo, al igual que se ha efectuado con otros preceptos del mencionado Real Decreto 575/1997.

<sup>87</sup> Artículo 15 del Real Decreto 488/1998, de 27 de marzo. Para un análisis de la incidencia de este Real Decreto en el ámbito de la Seguridad Social, véase PANIZO ROBLES, J.A.: *"Los contratos a tiempo parcial y para la formación: su incidencia en la Seguridad Social"*. Revista de Trabajo y Seguridad Social. Comentarios y Casos Prácticos. Ed. Estudios Financieros. Nº 27. Junio. 1998.

En esta modalidad de contratos, la prestación económica por incapacidad temporal se percibe mientras el beneficiario se encuentre en la situación de incapacidad temporal, incluso aunque se haya extinguido el contrato de trabajo -regla general que se aplique al común de los trabajadores-. Ahora bien si, transcurridos treinta días desde la extinción del contrato de trabajo, el trabajador continuase en la situación de incapacidad temporal y, por tanto, mantuviese la percepción del correspondiente subsidio, el beneficiario deberá ser objeto de un examen médico para dictaminar sobre la persistencia de la causa

Los exámenes médicos serán realizados por los médicos del Instituto Nacional de la Seguridad Social, previéndose que la incomparecencia injustificada a cualquiera de las convocatorias para los exámenes y reconocimientos médicos, supondrá la extinción automática de la prestación económica de la incapacidad temporal.

El artículo 1º del Real Decreto 1117/1998 modifica el artículo 2º del Real Decreto 575/1997, estableciendo determinadas previsiones respecto de la comunicación de los partes médicos extendidos. Cuando el parte médico de alta sea expedido por el facultativo adscrito al Instituto Nacional de la Seguridad Social se hará llegar una copia del mismo al correspondiente Servicio Público de Salud. De igual modo, se hará entrega al trabajador de dos copias una para él mismo y otra con destino a la empresa, sin que sea necesario que por ésta se remita a dicha Entidad Gestora la correspondiente copia del parte médico de alta.

En los supuestos en que el parte médico de alta expedido por el facultativo adscrito al Instituto Nacional de la Seguridad Social se hubiese formulado a iniciativa de una Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, se hará llegar a la misma, en el plazo de cinco días a partir de la expedición del parte de alta, copia del mismo, junto con la copia de dicho parte destinado al Servicio Público de Salud, para que la Entidad Colaboradora lo remita al citado Servicio Público. De igual modo, se hará entrega al trabajador de dos copias,

---

incapacitante. En el supuesto de que, como consecuencia del reconocimiento, el trabajador continúe percibiendo el subsidio de incapacidad temporal, a los tres meses siguientes -contados a partir de la fecha de finalización del contrato de trabajo-, deberá ser objeto de un nuevo reconocimiento, sobre la procedencia de la continuación del proceso de incapacidad temporal. Estos reconocimientos médicos se deberán efectuar de igual modo cuando en el trabajador, dado de alta en el proceso de incapacidad temporal, se produjese una recaída. Dada la literalidad de la disposición, es claro que, frente a la regla general, en los casos de los perceptores de la prestación de incapacidad temporal, cuya realización de servicios se efectuase mediante un contrato para la formación, la incomparecencia injustificada a los reconocimientos médicos tasados en el Real Decreto 488/1998, motiva la expedición del correspondiente parte médico de alta que puede ser realizada tanto por el facultativo adscrito al Instituto Nacional de la Seguridad Social. Ahora bien, los reconocimientos médicos tasados en el artículo 15 del Real Decreto 488/1998, de 27 de marzo, no excluye la posibilidad de que los médicos del Instituto Nacional de la Seguridad Social, al amparo de lo establecido en la normativa de Seguridad Social vigente -artículo 78 de la Ley 13/1996 y artículo 6º del Real Decreto 575/1997-, puedan efectuar otros reconocimientos médicos. No obstante, en los casos en que la incomparecencia del trabajador fuese a la realización de reconocimientos médicos distintos de los tasados en el artículo 15 del Real Decreto 488/1998, no cabría la expedición de alta médica por incomparecencia directamente por el médico adscrito al INSS, por lo que, en tales supuestos, la vía a utilizar debería ser la de la propuesta de alta ante el respectivo Servicio de Salud.

una para él mismo y otra con destino a la empresa, sin que sea necesario que por ésta se remita la copia del parte a la Mutua correspondiente.

Uno de los problemas que podrían suscitarse con la práctica de las altas médicas, por parte del facultativo adscrito al Instituto Nacional de la Seguridad Social, en procesos gestionados por las Mutuas, sería la de si la extinción de la incapacidad temporal, en estos casos, se hubiese operado en virtud del alta médica o por acto de la propia Mutua. La nueva regulación se inclina por este último criterio, al establecer que, en base a lo establecido en el artículo 80 del Reglamento General de Colaboración en la gestión de la Seguridad Social por parte de las Mutuas, la extinción del subsidio por incapacidad temporal se producirá, en base al alta médica expedida, y con efectos desde de su expedición, por el correspondiente acto acordado por la Mutua.

Finalmente cabe preguntarse si la competencia que se residencia en los facultativos adscritos al Instituto Nacional de la Seguridad Social, en orden a poder formalizar partes médicos de alta, ha hecho perder sentido a las propuestas de alta, a formalizar ante los Servicios de Salud. Ahora bien, de una lectura de la nueva disposición se desprende que la facultad del Instituto Nacional de la Seguridad Social, a través de sus servicios médicos, respecto a la formalización de los partes médicos de alta, no anula el procedimiento de propuestas de alta analizado anteriormente.<sup>88</sup>

Podría parecer, a priori, que teniendo el Instituto Nacional de la Seguridad Social la facultad de expedir altas médicas, no sería necesario mantener la facultad de que dicha Entidad Gestora formulase, ante los Servicios de Salud, propuestas de alta, en los términos establecidos en el artículo 78 de la Ley 13/1996 y artículo 5º del Real Decreto 575/1997.

Sin embargo, se estima que ambas facultades -expedición de altas médicas y formulación de propuestas de alta- pueden y deben coexistir. En primer lugar, por razones de legalidad, ya que el artículo 39 de la Ley 66/1997 no deroga el contenido del artículo 78 de la Ley 13/1996. En segundo lugar, porque pueden existir supuestos en los que el INSS puede no contar con todos los datos sanitarios del trabajador, que permitan razonablemente la formalización del alta o la continuación de la baja. En estos casos, una alternativa podría consistir en solicitar del Servicio de Salud que completase los datos médicos; sin embargo, la aplicación de esta alternativa llevaría a una burocracia innecesaria y a una mayor gestión en los Servicios de Salud, por lo que parece conveniente que en estos supuestos, los servicios médicos del INSS formularan la correspondiente propuesta de alta.

Por último, la Disposición Adicional Segunda del Real Decreto 1117/1998, que modifica el artículo 37 del Reglamento de Colaboración de las Mutuas, prevé una nueva competencia de las Comisiones de Control y seguimiento de las Mutuas<sup>89</sup> al prever que

---

<sup>88</sup> Debe considerarse que el Real Decreto 1117/1998, de 5 de junio, no anula, deroga o modifica, el artículo 5º del Real Decreto 575/1997, que regula el procedimiento de formalización de las propuestas de alta médica.

<sup>89</sup> Las Comisiones de Control y Seguimiento de las Mutuas, en cuanto órganos de participación social institucional en la gestión de Seguridad Social, llevada a cabo por dichas entidades colaboradoras, se crean a través del apartado Cinco del artículo 39 de la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social. Su composición y funciones, en base a esas previsiones



tales Comisiones deberán ser informadas sobre las propuestas de alta realizadas por las Mutuas, en orden a seguir la evolución de los procesos de incapacidad temporal a cargo de las mismas. Con el fin específico de proponer cuantas medidas consideren necesarias para el mejor cumplimiento de esta actividad, las referidas Comisiones de Control y Seguimiento podrán crear en su seno grupos de trabajo con igual composición paritaria que las mismas.

La Disposición Adicional Primera del Real Decreto 1117/1998 prevé que, en los supuestos en que en un proceso de incapacidad temporal se haya expedido el parte médico de alta por los servicios médicos adscritos al Instituto Nacional de la Seguridad Social, durante los seis meses siguientes a la fecha en que se expidió aquélla, los correspondientes partes médicos de baja, en relación con el mismo proceso patológico que originó el alta, únicamente podrán ser expedidos por la Inspección Médica del correspondiente Servicio Público de Salud.

La regulación anterior ha de ponerse en relación con las previsiones de la normativa vigente<sup>90</sup> sobre la competencia para la expedición de bajas médicas cuando, en el mismo proceso, haya mediado un alta médica previa expedida por la Inspección Médica; en tales casos y durante un período que determinará dicha Inspección, que no podrá ser inferior a seis meses, esa baja médica únicamente podrá ser extendida por esa Inspección Médica.

En los casos en que se haya formalizado alta médica expedida por el facultativo adscrito al Instituto Nacional de la Seguridad Social, también tiene una participación clara la Inspección Médica, pues si bien no formaliza ese alta, sin embargo tiene una participación activa en la misma, en cuanto que únicamente aquélla se ha podido extender por la conformidad tácita de la Inspección. Esta es la razón que explica la limitación del médico de cabecera en orden a la posibilidad de expedición de nuevas bajas médica, si bien esa limitación únicamente opera cuando la baja médica se deba al mismo proceso.

Por tanto, cuando expedido el alta médica por el facultativo del Instituto Nacional de la Seguridad Social, la nueva situación de incapacidad temporal no se deba a las mismas dolencias -es decir, no exista recaída-, no operará la limitación respecto a la expedición del parte médico de baja que, en estos supuestos, podrá ser expedido por los facultativos del Servicio de Salud.

---

legales, está recogida en el artículo 37 del mencionado Reglamento General de colaboración y en la Orden del entonces Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, de 2 de agosto de 1.995.

<sup>90</sup> Véase el artículo 2º de la Orden del entonces Ministerio de Trabajo de 21 de abril 1974, por la que regulan determinadas funciones en la Inspección de Servicios Sanitarios de la Seguridad Social, en materia de altas médicas.

## V.- LA REFORMA DEL 2006

Si bien no contamos con una justificación expresa de la reforma operada por la Ley de Presupuestos para el 2006, lo cierto es que la búsqueda de la mayores espacios de control de la incapacidad temporal estaban en el ambiente<sup>91</sup>. Por un lado, el gasto en incapacidad temporal se incremento en el año 2004 en un 14,45 por 100, ascendiendo el gasto a 5.830,17 millones de Euros, nivel que se mantuvo en el año 2005, con un incremento del 8,87 por 100 y un gasto de 5.925,19 millones de Euros<sup>92</sup>. Por otro lado, en la Renovación del Pacto de Toledo<sup>93</sup>, se recogía la inquietud al afirmar que «la comisión insiste en la necesidad de seguir avanzando en la adopción de medidas destinadas a mejorar el control de las prestaciones de incapacidad temporal e invalidez, al objeto de evitar prácticas abusivas en relación con las mismas», recomendación que se llevo a las mesas de negociación sobre la reforma de la seguridad social<sup>94</sup>. Finalmente, ciertos criterios jurisprudenciales habian desnaturalizado el espacio propio de la incapacidad temporal<sup>95</sup>.

Asi las cosas, la disposición adicional cuadragésima octava de la *Ley 30/2005, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2006* (LPE.06) procede a reformar los artículos 128.1.a) y 131 bis de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS)<sup>96</sup>. En términos globales, la reforma tiene varias dimensiones. Por un lado,

---

<sup>91</sup> PANIZO ROBLES, J. A., «La Seguridad Social en los comienzos de 2006 (comentario a las novedades incorporadas a la Ley 30/2005, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2006 y en otras disposiciones legales y reglamentarias de reciente promulgación), *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, núm. 275.

<sup>92</sup> Los datos pueden verse en PANIZO ROBLES, J. A., «La Seguridad Social en los comienzos de 2006 (comentario a las novedades incorporadas a la Ley 30/2005, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2006 y en otras disposiciones legales y reglamentarias de reciente promulgación), *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, núm. 275 y en GRANADO MARTINEZ, O., El control de la incapacidad temporal en el Instituto Nacional de la Seguridad Social, en *La Economía de la Seguridad Social*, III Congreso de la Asociación de Salud y Seguridad Social publicadas por la editorial Laborum, Madrid 2006 págs,147 a 158 .

<sup>93</sup> **Renovación del Pacto de Toledo**, MTAS, Colección Seguridad Social, núm. 26, Madrid, 2003, pág. 227

<sup>94</sup> Asi aparece en un documento titulado «Propuestas de Medidas de Reforma de la Seguridad Social», de noviembre de 2005 ,donde se afirma textualmente, en el apartado 5, referido a la incapacidad temporal : «En orden a la mejora del control de la gestión de la prestación de incapacidad temporal, sin que la misma implique reducción alguna del nivel de protección dispensado, manteniendo los derechos de los trabajadores y la garantía en la asistencia, se propone la adopción de las siguientes medidas:...».

<sup>95</sup> A esta jurisprudencia me referire en el epígrafe 3 siguiente.

<sup>96</sup> Sobre la reforma pueden verse los trabajos de PANIZO ROBLES, J.A., La Seguridad Social en los comienzos de 2006...cit. y PIÑEYROA DE LA FUENTE, A. J., «Novedades en materia de Seguridad Social contenidas en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2006 y actualización de cuantías de pensiones al incremento real del IPC a través del desarrollo reglamentario», *Información Laboral*, núm. 1, 2006.; puebla pinilla, a. Los contenidos laborales y de Seguridad Social de la Ley de Presupuestos para el 2006, en *Relaciones Laborales*, T.I, pags. 875 y ss; VILLAR CAÑADA, M<sup>ª</sup>I, La gestión de la incapacidad temporal a la luz de las últimas reformas, en : puntos criticos, en *Actualidad Laboral*, num. 20/2006, pags.2439 y ss.

Igualmente pueden verse , la Ponencia y Comunicaciones del III Congreso de la Asociación de Salud y Seguridad Social publicadas por la editorial Laborum, Madrid 2006 .Así. GRANADO MARTINEZ, O., El control de de la incapacidad temporal en el Instituto Nacional de la Seguridad Social, págs,147 a 158; FERNANDEZ ORRICO, F., Medidas encaminadas a racionalizar el subsidio de incapacidad temporal por la Ley30/2005, de 29 de diciembre, págs. 161 a 188; GARCIA VIÑA J. La relación entre el absentismo y el control de la incapacidad temporal, págs. 205 a 220; FERNANDEZ-COSTALES MUÑIZ, J. La incapacidad temporal y sus mecanismos de control, págs. 191 a 203; MOLINS GARCIA –ATANCE,J.

suprime la segunda prórroga de la incapacidad temporal, y crea un espacio de “provisionalidad” en la estructura interna de la incapacidad permanente, ponderando adecuadamente el elemento de la temporalidad que caracteriza a la incapacidad, en su concepción genérica. Por otro, se adentra en un laberinto competencial buscando el control del INSS sobre los procesos de duración superior a doce meses, para lo cual modifica los términos competenciales de la primera prórroga. Y finalmente, incorpora cláusulas de blindaje para reforzar las actuaciones del propio INSS.

## **1.- La duración de la incapacidad temporal.**

La reforma del artículo 128.1.a) consiste en incorporar un nuevo apartado con el siguiente texto:

*“Agotado el plazo de duración de doce meses previsto en el párrafo anterior, el Instituto Nacional de la Seguridad Social, a través de los órganos competentes para evaluar, calificar y revisar la incapacidad permanente del trabajador, será el único competente para reconocer la situación de prórroga expresa con un límite de seis meses más, o bien, para determinar la iniciación de un expediente de incapacidad permanente, o bien, para emitir el alta médica a los exclusivos efectos de la prestación económica por incapacidad temporal. El Instituto Nacional de la Seguridad Social será el único competente para determinar si una nueva baja médica tiene o no efectos económicos cuando para emitir cualquier baja médica que se produzca en un plazo de seis meses posterior a la antes citada alta médica por la misma o similar patología.”*

La reforma se afronta desde el espacio conceptual de la incapacidad temporal, lo que a mi juicio es un lamentable error de planteamiento, con la finalidad de reconducir los términos competenciales de la prórroga de la incapacidad temporal y otras cuestiones anexas. Dado el tenor de la reforma, su ubicación natural debió ser en el artículo 131 que ordena la duración de la contingencia, sin perjuicio de que tradicionalmente en la delimitación de la incapacidad temporal se inserte su duración como elemento determinante de la temporalidad.

Sin perjuicio de lo anterior, la ordenación impone un acto de calificación con distintas causas y efectos, que analizare seguidamente. En efecto, las posibles variantes son:

- Entender que el proceso curativo ha finalizado, siendo las lesiones de carácter permanente y afectando a la capacidad laboral del trabajador. En este caso se procede a iniciar el proceso de declaración de invalidez permanente.
- Entender que el proceso curativo no ha finalizado y que las lesiones son susceptible de curación en los próximos seis meses. En este caso, se reconoce la prórroga de la incapacidad temporal.
- Entender que el proceso curativo ha finalizado y con él el efecto incapacitante de las lesiones. En este caso, se emite el alta médica a los exclusivos efectos de la prestación económica de incapacidad temporal.

### **1.1.La prórroga de la incapacidad temporal y el órgano competente**

---

comunicación a la Ponencia: El control de la incapacidad temporal, págs. 237 a 249, TORTUERO PLAZA, JL, Apuntes sobre la reforma de la incapacidad temporal, págs. 263 a 261.

Cierto es que a pesar de la importancia que la prórroga tiene en sí misma, tanto por su finalidad, como por su duración, hasta la ordenación operada por el Real Decreto 575/1997, de 18 de abril, carecía de regulación expresa que ordenara los términos de su reconocimiento, hasta el punto de que la jurisprudencia ( STS 29-VI-1993) entendió que su concesión era automática. Fue el artículo 7 del RD 575/1997 el que puso fin a esta situación al exigir que el parte de confirmación de la baja vaya acompañado de un informe médico complementario, en el que se describan las dolencias padecidas por el interesado y las limitaciones de su capacidad funcional, así como la presunción de que, dentro del período subsiguiente de seis meses, aquél puede ser dado de alta por curación<sup>97</sup>. Dicho informe médico será formalizado por los servicios médicos del correspondiente Servicio Público de Salud. En los supuestos en que la baja médica sea debida a un accidente de trabajo o enfermedad profesional, y el trabajador preste servicios a una empresa que tenga concertada la cobertura por tales contingencias con ella, o se trate de un trabajador por cuenta propia que, asimismo, haya concertado con una Mutua la cobertura de la prestación económica de incapacidad temporal, derivada de contingencias profesionales, el informe médico será formalizado por los servicios médicos de la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social. No obstante, los trámites impuestos por el RD referido no implicaban la necesidad de una resolución expresa<sup>98</sup>.

El procedimiento descrito cambia radicalmente a partir de la reforma que analizamos, de forma que podríamos afirmar que la nueva ordenación pivota sobre dos postulados, a saber:

- Una vez que haya transcurrido el período de doce meses de duración de la IT, ya no procede la emisión de nuevos partes de baja médica que posibiliten la prórroga del subsidio, ya que esta competencia corresponde al INSS y no a los Servicios de Salud.
- La competencia indicada se ha de llevar a cabo a través de los Equipos de Valoración de la Incapacidad (EVIs)<sup>99</sup> y esta competencia tiene una

---

<sup>97</sup> A este respecto, STS 28-2-1998

<sup>98</sup> DUEÑAS HERRERO, L. J., «Contingencia y prestación de incapacidad temporal», *Las incapacidades temporales: un punto de vista práctico*. 4ª edición. Editorial Lex Nova. Valladolid, 2005, pág. 80.

<sup>99</sup> Los EVIs se regulan en el Real Decreto 1300/18995, de 23 de julio, desarrollado por la Orden del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, de 18 de enero de 1996. Conforme a lo previsto en el artículo 3º del RD mencionado, la composición *genérica* de los Evis. Es la siguiente.

- Se componen de un Presidente y cuatro Vocales:
  - a) El Presidente es el Subdirector provincial de Incapacidad Permanente del Instituto Nacional de la Seguridad Social o funcionario que designe el Director General del INSS.
  - b) Los Vocales, nombrados por el Director General del INSS son los siguientes:
    - Un Médico Inspector, propuesto por el Director provincial del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria o, en su caso, por el órgano competente de la Comunidad Autónoma.
    - Un Facultativo Médico, perteneciente al personal del INSS.
    - Un Inspector de Trabajo y Seguridad Social, propuesto por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

“*extensión general*” de modo que no solo se aplica a los procesos de IT, cuya responsabilidad de pago corresponda al INSS, sino también a los que afectan a trabajadores en alta en el Régimen Especial de Trabajadores del Mar (cuya gestión corresponde la Instituto Social de la Marina) o los procesos que recaen en la gestión de las Mutuas, con independencia de que los mismos traigan su origen en una contingencia profesional o común, dado que conforme al literal del artículo 128 LGSS el INSS “*es el único (Organismo) competente*”.

A pesar de la contundencia del precepto en el orden competencial, pronto aparecieron las salvedades.

La primera, basada en el carácter omnicomprensivo de la reforma. En efecto, la incorporación de la reforma en el entramado del artículo 128.1.a), otorga a la misma valor universal, esto es, afecta a todos los procesos de incapacidad temporal cualquiera que sea el riesgo originario. Sin embargo, la reforma no tomó en consideración que la problemática latente no afectaba a los riesgos profesionales gestionados por las Mutuas y, sin embargo, la nueva ordenación impactaba sobre sus competencias. ¿Cómo solucionarlo?, fácil, mediante una Resolución cuya habilitación era ajena a la materia. En efecto, el número Dos de la disposición adicional cuarenta y octava de la LP.06 estableció que :

*La Secretaría de Estado de la Seguridad Social, a propuesta del Instituto Nacional de la Seguridad Social, y mediante resolución publicada en el Boletín Oficial del Estado, determinará la fecha en que los órganos competentes para evaluar, calificar y revisar la situación de incapacidad permanente del trabajador, asumirán las competencias establecidas en el segundo párrafo del artículo 128.1.a) del texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social.*

La referida Resolución es de 16 de enero de 2006 y fue publicada en el BOE de 24 de enero. En ella se procede a resolver el impacto de la reforma sobre las competencias de las Mutuas en los siguientes términos:

- 
- Un funcionario titular de un puesto de trabajo de la unidad encargada del trámite de las prestaciones de incapacidad permanente de la correspondiente Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social, quien ejerce las funciones de Secretario.
  - Cada uno de los miembros de los EVIS tiene un suplente, designado de igual forma a la establecida en los párrafos anteriores, que sustituirá al titular en los casos de ausencia, vacante o enfermedad.
  - También pueden ser designados por el correspondiente Director Provincial del INSS como Vocales del EVI:
    - ✓ Un experto en recuperación y rehabilitación, propuesto por el IMSERSO o por el órgano competente de la Comunidad Autónoma respectiva, cuando del expediente se deduzcan indicios razonables de recuperación del trabajador.
    - ✓ Un experto en seguridad e higiene en el trabajo, propuesto por el órgano competente del Estado o de la respectiva Comunidad Autónoma, cuando existan indicios de incumplimiento de las medidas de seguridad e higiene en el trabajo.

*Cuando la cobertura de la incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales se hubiera concertado con una mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social, la mutua correspondiente efectuará ante el Instituto Nacional de la Seguridad Social o ante el Instituto Social de la Marina, según corresponda, propuesta de actuación en alguno de los sentidos indicados en el párrafo anterior, debiendo entenderse aceptada dicha propuesta por la entidad gestora si esta no se manifiesta en contrario en el plazo de los cinco días siguientes al de su recepción.*

La solución es deficiente en sí misma. Por un lado y como es evidente, la Resolución no es el instrumento adecuado, ni tenía competencia para realizar tal ordenación sustantiva, lo que plantea un cierto conflicto entre una ordenación general realizada sobre la LGSS, una ordenación específica de competencias establecida en el Real Decreto 1993/1995, de 7 de diciembre, una subordinación de competencias establecida en una Resolución. Por otro, la solución de urgencia olvida que conforme a la normativa aplicable la Mutua no necesita la nueva estructura competencial, ya que la tenía reconocida en todos sus extremos con carácter previo, en la medida en que la Mutua presta tanto la asistencia sanitaria como la prestación económica, por tanto podía (sin reforma), reconocer la prórroga, iniciar un expediente de invalidez o expedir el correspondiente parte de alta. La nueva ordenación resuelve la situación mediante una fórmula ecléctica, que consiste en la exigencia de que la Mutua proponga<sup>100</sup> la actuación que pretende tomar y que, en su caso será convalidada por el "silencio" de la entidad gestora.

La fórmula descrita solo hubiera adquirido sentido si se hubiera previsto un trámite de audiencia al interesado, en cuyo caso el INSS controlaría las actuaciones de las Mutuas en evitación de altas prematuras<sup>101</sup>. Por el contrario, la mera comunicación se convierte en un trámite ineficaz e innecesario.

La segunda, era necesario salvar las competencias del Instituto Social de la Marina, lo que no se podía hacer desde el entramado del Título II de la LGSS regulador del régimen general y, por otro lado, fijar la aplicación escalonada del nuevo procedimiento, con la finalidad de permitir la adecuación de los EVIs a las nuevas competencias. Ambas cosas se llevaron a cabo por la referida Resolución de 16 de Enero de 2006<sup>102</sup>.

---

<sup>100</sup> Lo que refleja la competencia exclusiva del INSS, como apunta con acierto PUEBLA PINILLA, A. *Los contenidos laborales y de seguridad social de la Ley de Presupuestos...cit*, pag.876.

<sup>101</sup> Altas prematuras que con más frecuencia que lo deseado terminan en bajas por contingencias comunes. Sobre las posibles actuaciones de las Mutuas en estos casos, son de interés las reflexiones de MOLINS-ATANCE, J. *Comunicación a la ponencia: el control de la incapacidad temporal...cit*, pags. 242 y sig.

<sup>102</sup> El número Dos de la disposición adicional cuadragésima octava de la LP.06 estableció que :

*La Secretaría de Estado de la Seguridad Social, a propuesta del Instituto Nacional de la Seguridad Social, y mediante resolución publicada en el Boletín Oficial del Estado, determinará la fecha en que los órganos competentes para evaluar, calificar y revisar la situación de incapacidad permanente del trabajador, asumirán las competencias establecidas en el segundo párrafo del artículo 128.1.a) del texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social.*

Resolución de 16 de enero de 2006, de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social, fija la fecha en la que determinadas Direcciones Provinciales del Instituto Nacional de la Seguridad Social y del Instituto Social de la Marina asumirán competencias en relación con la gestión de la prestación por incapacidad temporal, a partir del 25 de enero de 2006 (día siguiente al de la publicación de la Resolución en el BOE). Estas Direcciones Provinciales son las Ávila, Palencia, Segovia, Soria, Teruel y Zamora, así como en las Ciudades de Ceuta y Melilla. Posteriormente, por Resolución de 28 de noviembre de 2006 incorpora a las Direcciones Provinciales de Álava, Alacant/Alicante, Castelló/Castellón, A Coruña, Guipúzcoa, Lugo,

Una última consideración referida a los Equipos de valoración de incapacidades. Como hemos visto, la reforma de la i.t. se proyecta sobre las nuevas competencias otorgadas por la Ley a los Equipos de valoración de Incapacidades, que se utilizan a modo de pantalla para derivar hacia el INSS competencias que no le corresponden.

Sin embargo es necesario observar que la pantalla diseñada es insuficiente, ya que los EVIs., como tantas veces ha dicho la jurisprudencia, carecen de la necesaria personalidad jurídica independiente, de forma que sus decisiones solamente adquieren relevancia jurídica en la medida en que sean asumidas por el INSS en sus Resoluciones. Podría pensarse que si los EVI son competentes para pronunciarse en materia de incapacidad permanente, también podrían serlo en materia de i.t. Sin embargo, los parámetros comparativos son equívocos. En efecto, una cosa es la calificación profesional de las secuelas del trabajador para determinar su incidencia sobre la capacidad para trabajar, que no es un juicio clínico; y otra bien distinta, es la calificación de la alteración de la salud a efectos del nacimiento, mantenimiento o extinción de la situación de incapacidad temporal, que si es un juicio clínico con connotaciones legales.

De todo lo anterior se desprende, a mi juicio, que a efectos valorativos es indiferente la participación del EVI en la nueva estructura.

## **1.2 La iniciación de un expediente de incapacidad permanente,**

En la medida en que el acto de calificación es omnicompreensivo, una de las posibilidades lógicas e inevitable se centra en que las lesiones del trabajador estén consolidadas y afecten a su capacidad para trabajar, en cuyo caso el itinerario es iniciar un expediente de incapacidad permanente en los términos legalmente previstos. Con todo, referirse al procedimiento legalmente previsto, es una afirmación incierta en la medida en que en su regulación actual no aparece el INSS como sujeto iniciador de actuaciones, por lo que habría que entender que la decisión del INSS se remitirá a los Servicios de Salud para que éstos inicien las actuaciones necesarias, o el propio INSS iniciará de oficio del procedimiento y recabará la información necesaria del Servicio de salud correspondiente.

## **1.3 El alta médica a los exclusivos efectos de la prestación económica de incapacidad temporal.**

La primera pregunta que nos podemos plantear es ¿cuál es el significado de esta figura?<sup>103</sup> Para ello conviene analizar brevemente el contexto.

---

Murcia, Ourense, Asturias, Las Palmas, Pontevedra, Santa Cruz de Tenerife, València/Valencia y Vizcaya, a partir del día 15 de diciembre de 2006. Finalmente por Resolución de 29 de noviembre de 2006, se incorporan las Direcciones Provinciales de Barcelona, Girona, Lleida y Tarragona, a partir del día 1 de enero de 2007.

<sup>103</sup> Sobre esta materia se ha pronunciado con distintas alternativas PANIZO ROBLES. Por su interés, reproduzco sus reflexiones:

*“Tanto el artículo 131 bis.1. TRSS, como el artículo 4º del Real Decreto 575/1997 (en la redacción dada por el Real Decreto 575/1998) establecen que el alta médica expedida por el médico adscrito al Instituto Nacional de la Seguridad Social, tendrán efectos respecto a la prestación económica. Sin embargo, el ordenamiento jurídico prevé otros efectos adicionales que se derivan de la declaración de la situación de*

---

*incapacidad temporal, efectos tanto para la Seguridad Social, como para las empresas, en los supuestos de trabajadores por cuenta ajena.*

*La declaración de incapacidad temporal, (ET, art. 45.1. c), y por imperativo de lo establecido en el ordenamiento jurídico, produce la suspensión de la relación laboral, cesando la obligación del trabajador de prestar servicios en la empresa y la del empresario de abono de las retribuciones en favor del trabajador, aunque de ello no se deriva necesariamente que cesen todas las obligaciones que pesan sobre el empresario, puesto que permanece la obligación de cotizar a la Seguridad Social por el trabajador, durante todo el tiempo que dure la situación de incapacidad temporal y, asimismo, puede continuar la obligación de abono de percepciones si, a través de pacto individual o colectivo, se ha acordado la percepción de cantidades, complementarias o no, de las prestaciones a cargo de la Seguridad Social.*

*El nacimiento de la situación de incapacidad temporal, acreditada a través de los servicios médicos de los distintos Servicios de Salud, tiene efectos tanto para el trabajador, como para la empresa y para la Entidad gestora; sin embargo, el artículo 39 de la Ley de "acompañamiento" de 1998 limita los efectos del alta que pueda expedir el médico adscrito al Instituto Nacional de la Seguridad Social exclusivamente a las prestaciones económicas de la Seguridad Social, por lo que, de la literalidad de la Ley habría que entenderse que todos los demás efectos que derivan de la situación de incapacidad temporal permanecen, al menos en tanto no se expidiese el alta por los facultativos de los Servicios de Salud.*

*Esta interpretación produce unos efectos extraños. Un proceso de incapacidad temporal, declarado a través de una baja del facultativo competente del Servicio de Salud, generará los efectos indicados: suspensión de la relación laboral, abono de la prestación económica de la Seguridad Social y mantenimiento de la obligación de cotizar a la Seguridad Social, efectos que se mantendrán en tanto no se expida el correspondiente alta por dicho facultativo (bien por propia iniciativa, por medio de la propuesta de alta de la Entidad Gestora o colaboradora, bien por la Inspección de los Servicios sanitarios de la Seguridad Social).*

*Ahora bien, otro proceso de incapacidad temporal, declarado, asimismo, a través de la formalización de la baja por el facultativo respectivo del Servicio de Salud; una vez generada esa baja, la incapacidad temporal despliega los efectos señalados; en un momento determinado del proceso, los servicios médicos adscritos al Instituto Nacional de la Seguridad Social formalizan el alta, que inmediatamente provocaría la extinción de la prestación económica de incapacidad temporal. En una combinación de las distintas normas laborales y de Seguridad Social en juego se desprenderían los siguientes efectos:*

*. el trabajador no podría acudir al trabajo, en cuanto el contrato de trabajo se ha suspendido como causa de la baja médica expedida por el facultativo de Salud, en cuanto que supone la necesidad de un reposo necesario para el restablecimiento de la capacidad de trabajo, que se ha visto alterada por las dolencias ocasionadas por la enfermedad o el accidente;*

*. la suspensión del contrato de trabajo ocasionaría la suspensión en el percibo de las prestaciones económicas, sin que las rentas que se dejan de percibir fuesen sustituidas por la prestación económica de la Seguridad Social, ya que aquélla se habría extinguido.*

*.a pesar de que no existe salario ni prestación económica, subsistiría la obligación empresarial de cotizar por el trabajador durante la situación de incapacidad temporal.*

*Frente a esta interpretación cabe otra que, con independencia del tenor literal del artículo 131.1.bis -en la redacción incorporada por el artículo 39 de la Ley 66/1997- logra una mayor coherencia con el ordenamiento de la Seguridad Social. La situación de incapacidad temporal produce la suspensión de la relación laboral y con ellas las del trabajo y remuneración, inherentes al contrato; la pérdida temporal de rentas provoca el nacimiento de una prestación de Seguridad Social -la incapacidad temporal- que sustituye, precisamente, esas rentas o ingresos.*

*Una vez extinguido el subsidio económico, es decir, cesada la incapacidad para el trabajo, se ha de reanudar el contrato de trabajo y, consecuentemente, también los deberes y derechos recíprocos inherentes al mismo, que son básicamente la realización del trabajo y la percepción de un salario por el mismo. Por ello, la extinción del subsidio de incapacidad temporal, a través del alta expedida por el*



Cuando el trabajador padece una alteración de la salud, el facultativo del Servicio Público de Salud o de la Mutua, según el riesgo originario sea de carácter común o profesional, realiza la correspondiente valoración a efectos de constatar el efecto incapacitante de las lesiones, expidiendo si es el caso el correspondiente parte de baja médica.

El parte médico de baja constituye la calificación con efectos jurídicos que acredita, en los términos del artículo 128.1. a) de la LGSS, que el trabajador padece una alteración de la salud que le incapacita de forma temporal para trabajar, produciendo el nacimiento de la incapacidad temporal y con ella la suspensión del contrato de trabajo, de conformidad con lo establecido en el artículo 45.1.c) del ET<sup>104</sup>.

Adventicio en términos jurídicos, aunque relevante en términos económicos para el trabajador, son los trámites posteriores. En efecto, con el impulso de la oficialidad la entidad gestora o colaboradora, según los casos, procederá a reconocer o denegar la prestación, para lo cual comprobará única y exclusivamente el cumplimiento de los requisitos legalmente establecidos, a saber, que el trabajador esté al alta o situación asimilada y que cumpla, en su caso, el correspondiente periodo previo de cotización. En el acto de reconocimiento o denegación de la prestación no existe una nueva calificación de las lesiones en los términos conceptuales del artículo 128.1.a) de la LGSS. Dicho en otros términos, el INSS o la Mutua no tienen cauce legal para denegar la prestación por desacuerdo con la valoración realizada por los facultativos del Servicio Público de Salud.

Pero aun más, el reconocimiento o no de la prestación económica ni produce ni puede producir ningún efecto jurídico extramuros de la órbita prestacional, esto es, el contrato de trabajo sigue suspendido y el trabajador continúa su proceso curativo. Todo ello, salvo que el trabajador asumiendo el riesgo pida voluntariamente el alta médica.

---

*médico adscrito al Instituto Nacional de la Seguridad Social, provoca al tiempo la extinción de la propia situación de incapacidad temporal, sin que las competencias atribuidas a la Entidad Gestora citada afecte a la conveniencia o necesidad de que el interesado siga recibiendo tratamiento sanitario, cuestión esta que entra de lleno en las competencias de los Servicios de Salud.*

*Aunque se entiende que esta última interpretación es la más coherente con una consideración en conjunto del ordenamiento jurídico, sin embargo del tenor literal del artículo 1.4. del Real Decreto 575/1997 (en la redacción dada por el Real Decreto 1117/1998) surgen dudas de que se haya seguido por esta interpretación. De acuerdo con la previsión normativa el alta médica expedida por el facultativo adscrito al Instituto Nacional de la Seguridad Social, a los exclusivos efectos económicos, determinará la extinción de la prestación económica por incapacidad temporal y el consiguiente derecho del trabajador de incorporarse a la empresa, sin perjuicio de que el Servicio Público de Salud continúe prestando al trabajador la asistencia sanitaria que, sin requerir una nueva baja médica, aconseje su estado.*

*Del uso del término "derecho" que figura en la norma reglamentaria parece desprenderse que se ha seguido una interpretación literal del contenido del artículo 131.bis TRSS, sin atender a esa coherencia del propio ordenamiento jurídico de la Seguridad Social". PANIZO ROBLES, JA.*

<sup>104</sup> MONEREO PÉREZ, J.L. (dir.) *Comentario al Estatuto de los Trabajadores*, Ed. Comares, Granada, 1.998, pág. 563 ; MOLERO MANGLANO, C. "Suspensión del contrato de trabajo: nota doctrinal y materiales básicos" *RT*, N° 21, 1.988, pág. 38. VIDA SORIA, J: "La incapacidad temporal del trabajador como causa de suspensión del contrato de trabajo". Op. Cit, pags. 11 y ss.

Las mismas reflexiones realizadas pueden aplicarse al alta médica. Sin embargo, en esta fase no es necesaria una doble actuación o un doble reconocimiento, como ocurre en el momento inicial de la incapacidad temporal. En efecto, la expedición del alta médica se realiza por el facultativo del Servicio de Salud o de la Mutua, según el origen común o profesional de la contingencia, una vez constatado que el proceso curativo y el efecto incapacitante han finalizado y este juicio de valor pone fin a la prestación económica y, por tanto, a la misma incapacidad temporal, sin que la entidad gestora o colaboradora deban realizar ninguna otra actuación. Dicho en otros términos, el parte de alta médica produce automáticamente la extinción de la prestación.

La Ley de la Seguridad Social y sus normas de desarrollo, regulan de forma unitaria y encadenada todo el proceso de reconocimiento, mantenimiento y extinción de la incapacidad temporal, residenciando el núcleo central y desencadenante del proceso en las actuaciones del facultativo del Servicio de Salud o de la Mutua.

No es la primera vez que el legislador utiliza la fórmula de “*alta médica a los exclusivos efectos de la prestación económica de incapacidad temporal*”. Ya vimos al analizar la reforma operada por la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social (art.39) que incorporó un párrafo nuevo al artículo 131 bis de la LGSS <sup>105</sup>, que la nueva regulación habilitaba a los médicos adscritos al Instituto Nacional de la Seguridad Social para expedir el correspondiente alta médica en el proceso de incapacidad temporal, a los exclusivos efectos de las prestaciones económicas de la Seguridad Social, en los términos que reglamentariamente se establezcan. La norma reglamentaria que dio luz a la incógnita planteada en el artículo 131.bis de la LGSS fue el Real Decreto 1117/1998, de 5 de junio que reformó el Real Decreto 575/1997, de 18 de abril, y la Orden de 18 de septiembre de 1998 que reformó la Orden de 19 de junio de 1997. Con estas reformas se procedió a la ordenación de un nuevo procedimiento de control de las situaciones de incapacidad temporal, como también vimos.

En la reforma referida, el legislador no quiso romper el procedimiento unitarios y, por tanto, la vinculación de actuaciones. En efecto y conforme a lo establecido en ordenación referida, los facultativos adscritos al INSS podrán expedir una llamada “alta condicional” que tan solo adquiere firmeza o se convierte en definitiva con la aceptación por silencio administrativo de la Inspección Sanitaria, o dicho de otra forma, si la Inspección sanitaria se opone a la referida alta, ésta quedará sin efectos.

La singularidad de la reforma operada por la LPE.06 esta en que rompe el procedimiento unitario sin dar ninguna alternativa mas que la confusión y la desprotección del trabajador que queda en una situación de indefensión. En efecto, el nuevo apartado del artículo 128.1.a) utiliza la fórmula “*alta médica a los exclusivos efectos de la prestación económica de incapacidad temporal*”, sin habilitar ningún procedimiento y sin ninguna coordinación con la Inspección sanitaria o con los facultativos de los servicio médicos correspondientes<sup>106</sup>. El artículo 128.1.a) utiliza una

---

<sup>105</sup> “ Sin perjuicio de las competencias que correspondan a los Servicios Públicos de Salud, los médicos adscritos al Instituto Nacional de la Seguridad Social podrán expedir el correspondiente alta médica en el proceso de incapacidad temporal, a los exclusivos efectos de las prestaciones económicas de la Seguridad Social y en los términos que reglamentariamente se establezcan”

<sup>106</sup> Como así lo denuncia VILLAR CAÑADA, I.Mª, La gestión de la incapacidad temporal a la luz de las últimas reformas...cit, pág.2446.

figura que en términos teóricos es inexistente en la construcción normativa de la incapacidad temporal. Sin embargo, su utilización si tiene efectos prácticos, a saber, todo sigue igual pero el trabajador no percibe prestación económica. Todo sigue igual significa, que si el facultativo entiende que el proceso incapacitante no ha finalizado, procederá a expedir los correspondientes “partes de confirmación” y el contrato de trabajo seguirá suspendido. La singularidad esta en que no habrá prestación económica y el trabajador quedara desprotegido. Como se aprecia la solución dada por la reforma de la LPE.06 es sumamente ¡razonable!.

#### **1.4. La cláusula de blindaje.**

Consciente de la problemática que subyace al “alta medica a efectos económicos” por su carácter inacabado, la reforma incorpora una “cláusula de blindaje”. Así, el ultimo apartado del párrafo segundo del artículo 128.1.a) establece que: *“El Instituto Nacional de la Seguridad Social será el único competente para determinar si una nueva baja médica tiene o no efectos económicos cuando para emitir cualquier baja médica que se produzca en un plazo de seis meses posterior a la antes citada alta médica por la misma o similar patología.”*

La cláusula de blindaje no es nueva en la ordenación de la incapacidad temporal. Tradicionalmente, cuando el alta médica era expedida por la Inspección médica, se establecía que “solo la Inspección podría dar una nueva baja en los seis meses siguientes por la misma o similar patología”. Igualmente, la disposición adicional primera del Real Decreto 1117/1998, de 5 de junio, por el que se modifica el Real decreto 575/1997, en desarrollo del apartado 1, párrafo segundo, del artículo 131.bis de la Ley General de la Seguridad Social, establecía que : *“ cuando en un proceso de incapacidad temporal se haya expedido el parte médico de alta por los servicios médicos adscritos al Instituto Nacional de la Seguridad Social, durante los seis meses siguientes a la fecha en que se expidió aquella, los correspondientes partes médicos de baja, únicamente podrán ser expedidos por la Inspección Sanitaria del correspondiente Servicio Público de salud, en relación al proceso patológico que originó el alta”*.

La finalidad de la cláusula de blindaje no es otra que la “unidad de acción en el orden competencial”, de forma que se eviten actuaciones contradictorias, o dicho de otra forma, que la actuación de la Inspección pueda quedar anulada por la actuación posterior del facultativo que trata al trabajador. En estos casos y con buen criterio, la norma elimina la competencia del facultativo y la residencia en la Inspección.

Obsérvese que en la reforma operada en el 98, tras la actuación de los servicios médicos adscritos al Instituto Nacional de la Seguridad Social, la competencia quedaba residenciada en la Inspección Sanitaria. La formula era razonable, ya que el “alta condicional “ expedida por los servicios médicos del INSS debía ser convalidada por la Inspección. De esta forma, la confirmación del alta médica por la Inspección, aunque fuera por silencio administrativo, equivalía a su participación en el proceso y, por tanto, era razonable que fuera la propia Inspección la que asumiera en exclusiva las competencias para emitir una nueva baja por las mismas o similares patologías.

La consecuencia de todo lo anterior era clara. Sí la Inspección procedía a expedir un nuevo parte de baja, que seria por recaída, el proceso protector se desarrollaba en términos ordinarios, regido por el principio de oficialidad, sin perjuicio de que en su

momento los servicios médicos adscritos al INSS pudieran volver a plantear una nueva “alta médica condicional”.

La novedad de la reforma de la LPE.06 esta en que nuevamente se rompe con el procedimiento unitario. En efecto, el artículo 128.1.a) párrafo segundo advierte para estos supuestos que : el Instituto Nacional de la Seguridad Social será el único competente para determinar si una nueva baja tiene o no efectos económicos...A pesar de la oscuridad del precepto que, además, adolece del necesario desarrollo reglamentario, es de suponer que la competencia para expedir el correspondiente parte de baja continua estando domiciliada en la Inspección Sanitaria, ya que en ningún momento se dice que los servicios médicos del INSS sean los competentes para expedir el referido parte de baja. Por tanto, hay que concluir afirmando que la competencia del INSS refiere exclusivamente a determinar si la nueva baja médica tiene o no efectos económicos.

La finalidad de la norma es clara y va en consonancia con la ruptura operada respecto a la figura del “alta a efectos económicos”. Se trata de acuñar una “cláusula de blindaje” referida en exclusiva a la actuación de los servicios médicos adscritos al INSS. En la medida en que el alta médica a efectos económicos se desvincula de la Inspección, los efectos económicos de la nueva baja que ésta pueda expedir se condicionan a la decisión del propio INSS.

El planteamiento nos sitúa en la misma esfera que ya analice del “alta médica a efectos de la prestación económica por incapacidad temporal” y, por tanto, en el mismo dislate irracional. Es claro que la Inspección puede expedir un nuevo parte de baja que surtirá todos los efectos y sin embargo el INSS puede negar la protección económica del trabajador en el mismo proceso.

Con todo, la irracionalidad de la norma no pondrá fin al uso indebido de la incapacidad temporal, en la medida en que deja abierta la venta de para en par, para la reconstrucción de un nuevo proceso de incapacidad temporal en base a patologías no exactamente iguales o similares. De este tema me ocupare mas adelante.

### **1.5 Una primera valoración aproximativa.**

Aunque la muestra y el periodo temporal son bastante reducidas, ya que la asunción de estas competencias se ha efectuado tan solo en 8 Direcciones Provinciales del INSS y el periodo de análisis es de escasos tres meses, los datos ofrecidos por la Seguridad Social<sup>107</sup> son los siguientes:

- Se han producido desde el 17 de enero hasta el 31 de marzo de 2006, un total de 349 citaciones a trabajadores cuyos procesos estaban en el mes duodécimo de duración.
- Fruto de dichas citaciones, se han producido un total de 46 altas médicas previas (es decir, el ciudadano ante la citación a reconocimiento médico por parte del INSS, se dirige antes de la fecha

---

<sup>107</sup> Los datos fueron ofrecidos por el Secretario General de la Seguridad Social y pueden consultarse en GRANADO MARTINEZ, O. El control de la incapacidad temporal...cit, págs.151 y ss.

de dicho reconocimiento, a su médico del Servicio Público de Salud, demandando que se le expida el alta médica por curación).

- De las 349 citaciones se han efectuado, a 31 de marzo de 2006, 254 reconocimientos médicos que han determinado el que los Equipos de Valoración de Incapacidades hayan propuesto a los Directores Provinciales del INSS de las provincias que han asumido las competencias del art. 128 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, el alta a los efectos económicos (en 40 casos), la prórroga expresa del proceso de IT (en 68 supuestos) y el inicio de un expediente de Incapacidad Permanente en los 146 casos restantes.

En una valoración prudente, los datos ofrecen un cierto comportamiento inercial en el mantenimiento de la incapacidad temporal y un uso indebido de la contingencia con distintas intensidades. En efecto, salvando los 68 supuestos en los que se determina la prórroga expresa, en todos los demás el trabajador debería haber abandonado la contingencia, bien por alta médica por curación, bien por el inicio de un expediente de incapacidad permanente. Todo ello sin perjuicio, del porcentaje nada despreciable de “altas previas” y de “altas a efectos económicos”, que reflejan un uso o una prolongación indebida de la incapacidad temporal.

Al margen de la reforma operada por la LPE.06, también se han proporcionado datos sobre el resultado de las actuaciones efectuadas por los servicios médicos adscritos al INSS, según los objetivos provincializados de control de la incapacidad temporal establecidos para el 2005 y llevados a cabo en las provincias donde existen Unidades Médicas del INSS (todo el territorio nacional salvo la Comunidad Autónoma de Cataluña)<sup>108</sup>

Así, en el año 2005 se han efectuado un total de 393.895 citaciones a trabajadores que estaban en situación de IT. Del total de citaciones, se han producido un 23,11% de altas previas (el trabajador cuando recibe la citación a reconocimiento médico, antes de la fecha de éste, se dirige al Servicio Médico de Salud para que se le expida el alta), un 0,53% de los procesos se han extinguido

---

<sup>108</sup> También se fijaron en febrero del año 2005 objetivos para las cuatro provincias de la Comunidad Autónoma de Cataluña donde no existen Unidades Médicas en el INSS. Dichos objetivos consistieron en establecer la obligatoriedad de enviar un número determinado de procesos para revisión por el Servicio Público de Salud y la exigencia de un porcentaje determinado de resultados en cuanto a la extinción de los procesos.

El resultado de dichos objetivos en el año 2005 es que se enviaron al SPS catalán 51.048 procesos para su revisión. De ellos, el SPS revisó el 87,66% de los solicitados, determinando que debería subsistir el proceso de IT en un 44,29% de los casos y se expidió el alta por curación ó el alta con propuesta de Incapacidad Permanente en el 55,71% restante.

Los datos del texto y los recogidos en esta nota, en GRANADO

por la incomparecencia del trabajador al reconocimiento médico<sup>109</sup>, en un 84,27% de los reconocimientos efectuados, los Médicos Inspectores del INSS han determinado que el trabajador debería continuar en situación de IT, y en un 15,73% han solicitado de los SPS que emitiesen un alta con propuesta de Incapacidad Permanente.

## **2.- DE LA SEGUNDA PRORROGA A LA DECLARACIÓN PROVISIONAL DE INCAPACIDAD PERMANENTE.**

Sin duda la reforma de mayor calado es la incorporada al artículo 131 bis del LGSS, cuyos términos son los siguientes:

*No obstante lo previsto en el párrafo anterior, en aquellos casos en que continúe la necesidad de tratamiento médico, por no ser definitivas las reducciones anatómicas o funcionales que presente el trabajador, se valorará y calificará la situación de incapacidad permanente en el grado que corresponda, declarando la situación revisable en el plazo de seis meses. Sólo en este supuesto no se exigirá para el reconocimiento de la pensión de incapacidad permanente durante seis meses, un periodo de cotización distinto al establecido para la incapacidad temporal.*

La reforma pone fin a la segunda prórroga y la sustituye por una declaración de incapacidad permanente que tendrá carácter provisional durante un plazo de seis meses, ponderando adecuadamente el carácter de la temporalidad que informa la ordenación de la incapacidad.

### **2.1 Las relaciones entre la incapacidad temporal y la incapacidad permanente: la temporalidad algo más que un calificativo.**

La reforma operada por Ley 42/1994, de 27 de diciembre, red denominó la contingencia de incapacidad laboral transitoria, pasando a denominarse incapacidad temporal, y suprimió la contingencia de invalidez provisional. Los cambios exigían un nuevo planteamiento de la contingencia que no llegó a desarrollarse en su totalidad, bien porque la reforma fue incompleta, bien porque careció del necesario desarrollo reglamentario. La cuestión está en que los problemas de aplicación que fueron anunciados entonces hoy continúan, si bien acrecentados por el silencio normativo existente y las variadas y complejas repuestas dadas por la jurisprudenciales.

---

<sup>109</sup> Recuérdese que el artículo 34 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre de Medidas ..procedió a dar nueva redacción al párrafo primero del artículo 131 bis.1 en los siguientes términos:

*El derecho al subsidio se extinguirá por el transcurso del plazo máximo establecido para la situación de incapacidad temporal de que se trate; por ser dado de alta médica el trabajador, con o sin declaración de incapacidad permanente; por haber sido reconocido al beneficiario el derecho al percibo de la pensión de jubilación; por la incomparecencia injustificada a cualquiera de las convocatorias para los exámenes y reconocimientos establecidos por los médicos adscritos al Instituto Nacional de la Seguridad Social o a la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social; o por fallecimiento.*

Uno de los elementos característicos de una contingencia (se denomine como se denomine), destinada a la recuperación del equilibrio del estado de salud del trabajador y a su protección económica, es la temporalidad<sup>110</sup>. Ya he dicho en múltiples ocasiones, que la temporalidad es una característica externa, rígida, impuesta por el ordenamiento, que determina el tiempo máximo que el trabajador puede estar en la referida contingencia. Con todo, la temporalidad es algo más, constituye una característica que informa y ordena la contingencia de incapacidad en su conjunto, esto es, tanto la temporal, como la permanente. En efecto, si fijamos una temporalidad larga, el tránsito a la incapacidad permanente tiene carácter rígido, se plantea desde unas secuelas totalmente consolidadas, donde los planteamiento rehabilitadores y de revisión pierden vitalidad, en definitiva, la incapacidad permanente se constituye en una contingencia a través de la cual simplemente se pagan pensiones. Por el contrario, si la temporalidad es corta, el tránsito a la incapacidad permanente tiene carácter flexible y dinámico, donde se revitalizan los procesos referidos de rehabilitación y de revisión del estado incapacitante del trabajador.

La reforma del 94 optó por una temporalidad corta (12 meses), mantuvo una tradicional primera prórroga (6 meses), otorgada por el facultativo y sometida a la condición de que el trabajador tenga posibilidades de curación (LGSS, art. 128.1). Junta a ella, se incorporó una segunda prórroga (hasta 30 meses desde el inicio de la i.t.), otorgada por el órgano competente para calificar la invalidez permanente, que recoge los supuestos en que el proceso curativo (en su expresión mas completa) no hubiera finalizado, o dicho de otra forma, cuando las lesiones del trabajador sean todavía susceptibles de curación o mejoría (LGSS, art. 131.bis.2, párrafo segundo). De esta forma se sustituía, por decirlo de alguna forma, la invalidez provisional que desaparecía por la segunda prórroga de la incapacidad temporal.

La segunda prórroga (a la que en alguna ocasión he denominado por su importancia temporal la “contingencia sin nombre”) que podría constituir el espacio de flexibilidad de la temporalidad, esto es, de tránsito entre contingencias, es de escasa utilización, y lo que es más importante carece de la necesaria ordenación jurídica propia. En esta ocasión se entremezclan dos viejos regímenes jurídicos, el de la incapacidad temporal y el de la invalidez permanente ( O. 13-X-1967 y O.15-IV-1969, entre otras), y una figura nueva sin régimen jurídico. Su construcción con múltiples dudas e interrogantes se construye – y tan sólo en sus perfiles mas genéricos- sobre las mas recientes normas de calificación de la invalidez permanente (RD 1300/1995, de 21-VII y O: de 18-I-1996).

La anómala situación descrita ha provocado que los conflictos se ubiquen en el espacio del agotamiento de la incapacidad temporal (18 meses), donde las respuestas jurisprudenciales de todo orden y sentido son inexplicables e ininteligibles, en un intento de cubrir el teórico espacio dejado vacante por la extinta invalidez provisional hace mas de diez años (entre otras, STSud. 22-10-2002, 28-10-2003 y 30-IV-2004, que

---

<sup>110</sup> Que nada tiene que ver con la transitoriedad como expresamente afirman VIDA SORIA J., MONEREO PÉREZ ,JL, MOLINA NAVARRETE ,C., QUESADA SEGURA, R. *Manual de Seguridad Social*, Madrid, Tecnos, 2005, pag.228. Con todo, la temporalidad continua siendo una característica poco comprendida, para opiniones opuestas a las del texto, pueden verse, FERNANDEZ ORRICO, F., *Medidas encaminadas a racionalizar el subsidio de incapacidad temporal por la Ley30/2005, de 29 de diciembre...cit*, págs. 178 a 180; FERNANDEZ-COSTALES MUÑIZ, J. *La incapacidad temporal y sus mecanismos de control...cit* págs.194

confirman la STSud. 10-II.1998). A estas situaciones también afectadas por la reforma me referiré en el epígrafe 3 siguiente.

Se hacía, por tanto, imprescindible la construcción jurídica de la segunda prórroga en todos sus efectos y relaciones, o en forma alternativa, como ya propuse en otras ocasiones, suprimir la segunda prórroga he incorporar a la ordenación de la invalidez permanente un espacio no definitivo, al menos mientras las lesiones no estén consolidadas, sometido a los correspondientes controles. En cualquiera de las opciones, es necesario que el tiempo de suspensión del contrato de trabajo sea razonable, para no volver a la disparatada situación de la invalidez provisional.

## **2.2 El alcance de la reforma**

La reforma ha optado por la segunda de las opciones planteadas, esto es, por crear un espacio de provisionalidad en la contingencia de incapacidad permanente<sup>111</sup>. En efecto, cuando se hubiera agotado el plazo máximo de 18 meses (a los 12 meses correspondería la prórroga de la i.t.) y las lesiones sean susceptibles de mejoría o curación, por no tener carácter definitivo, el trabajador será declarado invalido permanente en el grado que corresponda (total, absoluta o gran invalidez). La referida declaración tendrá un plazo de provisionalidad de 6 meses, lo que quiere decir que finalizado el plazo, el trabajador será definitivamente calificado, sin perjuicio de posteriores revisiones.

La reforma era de largo alcance y exigía toda una ordenación complementaria, que en ningún momento se llevo a cabo, dejando múltiples interrogantes sin resolver y creando un espacio de inseguridad jurídica notable y general, para el trabajador, para el empresario y para el propio entramado gestor, INSS, ISM y Mutuas. Una reforma de esta envergadura no puede ver la luz y entrar en vigor al día siguiente de su publicación en el BOE si no esta preparado el correspondiente desarrollo reglamentario. Hubiera sido preferible, como se hizo en otras ocasiones y se hace para otras materias en la reforma que analizamos, condicionar su entrada en vigor al correspondiente desarrollo reglamentario. Una formula de esta naturaleza no solo da seguridad jurídica, sino que permite una construcción sosegado del nuevo instituto o, en su caso, su no aplicación.

Curiosamente, como veremos en el análisis de la futura reforma, la solución, después de un año de vigencia, será la contrarreforma, esto es, la vuelta a la segunda prórroga en la ordenación temporal de la incapacidad temporal. Por esta razón y sin perjuicio de la exposición teórica ya realizada, las reflexiones que siguen tendrán carácter puntual.

De los múltiples problemas de encuadramiento en el espacio normativo vigente que plantea la nueva figura, la norma solo refiere a la dispensa de la exigencia del periodo previo de cotización cuando el origen de las lesiones sea enfermedad común. En este orden se establece que, para el acceso a la pensión provisional de incapacidad permanente no se exigirá ningún periodo nuevo de cotización, lo que quiere decir que no serán aplicables las exigencias impuestas por la ordenación general de la invalidez permanente.

---

<sup>111</sup> Así lo he venido manteniendo en algunos trabajos, entre ellos, TORTUERO PLAZA, JL, *Régimen jurídico de la incapacidad temporal: una perspectiva general*, en “Foro de Seguridad Social” num. 12/13, 2005, pag.9, como reconoce con cita expresa, PUEBLA PINILLA, A. Los contenidos laborales y de seguridad social...cit, pag.877, cita 8.



Como muestra de las dudas planteadas, me referiré a dos temas puntuales que escenifican el planteamiento anunciado.

Aunque nada dice la norma, cabe preguntarse en qué situación queda el trabajador durante los seis meses siguientes a la calificación de la incapacidad permanente, o dicho de otra forma ¿cuál es su estatus jurídico?. A mi juicio, la respuesta es clara, el trabajador tendrá durante los seis meses la condición de pensionista a todos los efectos, incluidas la gratuidad de las prestaciones farmacéuticas y las exenciones fiscales cuando la incapacidad sea absoluta o gran invalidez.

Finalmente y siendo consecuentes con la afirmación anterior, es necesario afirmar que la nueva figura encaja perfectamente en la previsión del artículo 48.2 del ET, en la medida en que la provisionalidad de la calificación de la incapacidad permanente no afecta al estatus del trabajador. Ello quiere decir, que por definición se mantiene la suspensión del contrato de trabajo<sup>112</sup>. El tema tiene la suficiente importancia para haber merecido la atención del legislador, dado que la posición mantenida o, la contraria produce efectos diferentes. No obstante, es necesario advertir que, según la posición que mantengo, la nueva ordenación provoca de forma indirecta un nuevo cómputo del plazo de dos años previsto en el referido artículo 48.2 del ET, en la medida en que ahora el cómputo comenzará desde la declaración provisional de la invalidez, esto es, seis meses antes de la calificación definitiva.

### **3.- SOBRE LA EXTINCIÓN Y LOS NUEVOS PROCESOS DE IT.**

La LPE.06 añade un nuevo párrafo al apartado 1 del artículo 131 del LGSS, del siguiente tenor:

*“En el supuesto de que el derecho al subsidio se extinga por el transcurso del plazo máximo establecido en el apartado a) del número 1 del artículo 128 y el trabajador hubiese sido dado de alta médica sin declaración de incapacidad permanente, sólo podrá generarse un nuevo proceso de incapacidad temporal por la misma o similar patología si media un período de actividad laboral superior a seis meses o si el Instituto Nacional de la Seguridad Social, a través de los órganos competentes para evaluar, calificar y revisar la situación de incapacidad permanente del trabajador, emite la baja a los exclusivos efectos de la prestación económica incapacidad temporal.”*

El contenido de la reforma es similar al incorporado al artículo 128.1.a), esto es, limitar la posibilidad de nuevas bajas por la misma o similar patología, una vez que se ha consumido el plazo máximo de duración de la i.t., sin embargo la motivación tiene otros orígenes<sup>113</sup>.

El supuesto de hecho es el siguiente, trabajador que ha agotado el período máximo de 18 meses. Causa alta sin declaración de incapacidad permanente y casi inmediatamente

---

<sup>112</sup> De esta opinión sobre la suspensión del contrato, PUEBLA PINILLA, A., *Los contenidos laborales y de seguridad social...cit*, pag.878.

<sup>113</sup> Sobre estas motivaciones y su denuncia, TOROLLO GONZÁLEZ, F. J., «El control de la incapacidad temporal y la impugnación del alta médica», *cit.*, pág. 113.

vuelve a ser dado de bajo abriendo un nuevo proceso completo de incapacidad temporal por las mismas lesiones que tenía en el proceso anterior.

En efecto, con respecto a la posibilidad de acceder al derecho al subsidio de incapacidad temporal en un segundo proceso, habiendo agotado el período máximo en el primero, y sin haber transcurrido seis meses de cotización entre uno y otro, el Tribunal Supremo ha venido sosteniendo hasta la reforma<sup>114</sup> una doctrina consolidada, por la cual, un trabajador tiene derecho a la prestación por incapacidad temporal cuando después de haber agotado un primer período de incapacidad temporal derivada de enfermedad común, se incorpora al trabajo y, antes de que transcurran seis meses de actividad laboral, causa nueva baja por la misma enfermedad, tiene derecho a la protección siempre que se haya cotizado 180 días en los últimos cinco años, sin necesidad de haber trabajado durante seis meses entre uno y otro proceso incapacitante. El Tribunal justifica esta posición partiendo de la base de que el artículo 9.1 de la Orden Ministerial de 13-10-1967 no está previsto para resolver dicha cuestión sino en el artículo 130 de la LGSS<sup>115</sup>, pues en aquella Orden no contempla la situación (agotamiento de un primer período de incapacidad temporal derivada de enfermedad común)<sup>116</sup>, y además porque el establecimiento de las condiciones para causar derecho a una prestación de la Seguridad Social no puede venir establecido en una disposición que no tenga rango legal, puesto que vienen establecidas en la propia LGSS. El hecho de que la enfermedad sea nueva o se trate de un proceso nuevo de la misma enfermedad anterior no modifica el criterio a aplicar cuando la LGSS no distingue a la hora de establecer las exigencias legales para causar derecho a la prestación. Ello aunque el artículo 131 bis de la propia LGSS disponga que la situación de incapacidad se extingue por el transcurso del plazo máximo establecido, pues en el indicado precepto se está refiriendo al período máximo de duración de cada proceso, pero no a procesos colaterales o posteriores que tendrán, a su vez, en cada caso aquella duración<sup>117</sup>.

Es posible que existiera una laguna en la ordenación de la incapacidad temporal en orden a la resolución de estos supuestos. No obstante cabe preguntarse ¿era necesaria una regulación expresa?. Posiblemente la respuesta sea negativa. En efecto, si agotado el plazo máximo de duración de la IT sin declaración de incapacidad permanente, la referida IT se extingue, sin que sea posible abrir un nuevo proceso por la misma o similar patología, salvo que se acredite un nuevo derecho mediante la acreditación de seis meses de actividad y cotización.

La respuesta dada por la jurisprudencia es razonable e irrazonable al mismo tiempo. Es evidente que no estamos en presencia de un supuesto de recaída, pensado y ordenado para

---

<sup>114</sup> SSTs de 20-2-2002, 22-10-2002, 28-10-2002, 30-4-2004 y 8-11-2004.

<sup>115</sup> El artículo 130 LGSS dispone que “*serán beneficiarios del subsidio por incapacidad temporal las personas integradas en este Régimen General que se encuentren en cualquiera de las situaciones determinadas en el artículo 128, siempre que reúnan además de la general exigida en el artículo 124, las siguientes condiciones: a) En caso de enfermedad común, que hayan cumplido un período de cotización de ciento ochenta días dentro de los cinco años inmediatamente anteriores al hecho causante; b) En caso de accidente, sea o no de trabajo, y de enfermedad profesional, no se exigirá ningún período previo de cotización*”.

<sup>116</sup> El artículo 9.1 de la Orden de 13 de octubre de 1967, establece que *si el proceso de incapacidad laboral transitoria se viera interrumpido por períodos de actividad por un tiempo superior a seis meses, se iniciará otro nuevo, aunque se trate de la misma o similar enfermedad*.

<sup>117</sup> Cfr. MARTÍNEZ MOYA, J., y SAMPER JUAN, J., «La interacción entre la incapacidad temporal y otras situaciones protegidas», *cit.*, pág. 51. Asimismo, véase SEMPERE NAVARRO, A. V., «Incapacidad temporal larga y recurrente (comentario a la STS de 8 de noviembre 2004 [RJ 2004, 7353], RJ nº 31/Año 2005.

situaciones distintas (proceso único cerrado en falso y abierto de nuevo). Es evidente que la solicitud de reconocimiento de un proceso de IT requiere cumplir la exigencias del artículo 130 de la LGSS. Sin embargo, cuando el proceso sucede a otro inmediatamente anterior por la misma patología, cabe preguntarse si el periodo de referencia para acreditar el periodo mínimo de cotización de 180 días, debe retrotraerse en 5 años, como establece la regla general, o desde el agotamiento de la última prestación de IT. La respuesta del Tribunal ha sido aplicar la regla general y con ella se produce el efecto irracional de poder abrir sin ningún límite procesos sucesivos y completos ( de 18 meses) de IT por las mismas lesiones, ya que por definición siempre (recuérdese que en la IT se mantiene la obligación de cotizar) se acreditara la exigencia de cumplir 180 días de cotización en los últimos 5 años.

Los procesos referidos deben encontrar su espacio de protección, siempre que no constituyan estrategias del trabajador, en otros mecanismos (la segunda prórroga o la declaración provisional de incapacidad permanente) que no rompan la racionalidad ordenadora y no abran las puertas al fraude. De estos extremos me ocupare mas adelante.

Ante la doctrina jurisprudencial la reforma ha intentado, desde la LGSS, dar respuesta a la situación en armonía con el hilo conductor que preside la reforma, a saber, hegemonizar las competencias del INSS.

Varias cuestiones se desprenden de la reforma:

- El plazo máximo al que refiere debe ser de 18 meses, ya que al finalizar los doce meses se produce un acto de calificación con similares efectos.
- La apertura de un nuevo proceso de i.t. por la misma o similar patológica, se condiciona a la realización de actividad por un plazo igual o superior a seis meses. El plazo de actividad impone un nuevo periodo carencial (180 días), que deberá acreditarse a partir el alta médica sin declaración de invalidez permanente.
- La lógica del precepto es imponer un nuevo periodo de actividad-cotización, que actúe como elemento de ruptura con el proceso anterior.
- Si se acredita el periodo de cotización la competencia para iniciar un nuevo proceso de IT corresponde al facultativo del Servicio de Salud, si el origen de aquella es enfermedad común o accidente no laboral, o al facultativo de la Mutua si el origen es accidente de trabajo o enfermedad profesional. En caso contrario, esto es, si no acredita el referido periodo de actividad-cotización, la competencia es asumida por el INSS, a través de los órganos competentes para evaluar, calificar y revisar la situación de incapacidad permanente del trabajador.

La nueva ordenación cubre la laguna a la hacíamos referencia y residencia en el INSS el control de los supuestos que se planteen con la finalidad de evitar usos abusivos o conductas fraudulentas. No obstante, la solución planteada en la actuación del INSS es cuando menos incorrecta y nos sitúa en un plano de discrecionalidad incomprensible.

En efecto, el INSS se atribuye la facultad de “ *emitir la baja a los exclusivos efectos de la prestación económica incapacidad temporal*”, pero ¿qué quiere decir esto? , ¿dónde nos sitúa?. Si lo que quiere decir la norma es que el INSS con la emisión de la baja puede abrir un nuevo periodo de IT desde la perspectiva de la prestación económica, la solución me parece incorrecta y discrecional, el derecho se reconoce o no se reconoce

única y exclusivamente por el cumplimiento de los requisitos y no por decisión del INSS. No cabe la dispensa discrecional. Cosa distinta es que la nueva baja situara al trabajador en el espacio protector que le corresponde, a saber, en la declaración provisional de incapacidad permanente, lo cual tan solo exige un juicio clínico, pero esto no lo dice la norma.

---

En definitiva, los necesarios mecanismos de control de la IT no pueden ordenarse bajo estructuras jurídicas de esta naturaleza.

Finalmente, la formula utilizada por la norma, ...”emitir la baja a los exclusivos efectos de la prestación económica de incapacidad temporal”, nos sitúa en el espacio rupturista ya analizado.

No obstante, un análisis detenido de las formula utilizadas en el articulo 128.1.a) y en el articulo 131 bis.1 , plantea ciertas diferencias.

El articulo 128.1.a) establece que “ *el Instituto Nacional de la Seguridad Social será el único competente para determinar si una nueva baja médica tiene o no efectos económicos*”, Por su parte el articulo 131.bis.1 establece que “ *solo podrá generarse un nuevo proceso de incapacidad temporal..., si el Instituto nacional de la Seguridad Social emite la baja a los exclusivos efectos de la prestación económica de incapacidad temporal*”.

Sin perjuicio del carácter rupturistas que acuñan ambos preceptos, se observan importantes matices. La primera formula (art.128.1.a) refiere a los efectos económicos de una baja médica expedida por el ente competente ajeno al INSS. La segunda formula (art. 131 bis.1) refiere a una baja expedida por el INSS. En ambos supuestos la actuación del INSS se circunscribe a los efectos económicos.

No cabe duda que la reforma da un paso mas en la construcción del protagonismo del Instituto Nacional de la Seguridad Social en la gestión y control de la incapacidad temporal, de forma que su competencia alcanza a la expedición de las alta y bajas a efectos económicos en los supuestos analizados.

Si bien la idea es defendible, el procedimientos rupturista desdibuja y minusvalora su finalidad situándonos, como ya dije, en un espacio de absoluta inseguridad.

#### **4.- LA SIMILAR O DIFERENTE PATOLOGÍA EN LOS PROCESOS DE INCAPACIDAD TEMPORAL: EL OLVIDADO PRINCIPIO DE CONJUNTA CONSIDERACIÓN DE LAS CONTINGENCIAS PROTEGIDAS<sup>118</sup>.**

Ya he analizado la respuesta dada por la reforma para el control de los procesos de incapacidad temporal que se pretenden reanudar por la persistencia de la misma o similar patología, así como la forma en que estos supuestos han sido reconducidos para quedar bajo el control del INSS.

---

<sup>118</sup> Así es denunciado para el régimen de la incapacidad temporal como quiebra del principio por ,VIDA SORIA J., MONEREO PÉREZ ,JL, MOLINA NAVARRETE ,C., QUESADA SEGURA, R. *Manual de Seguridad Social*, Madrid, Tecnos, 2005, pag.228.

La ordenación dada, no solo responde a dar respuesta a situaciones concretas, sino que se centra en el espacio competencial, sin pretender una reforma de contenido que adquiera valor universal. En efecto, como vimos, la reforma del artículo 128.1.a) en esta materia responde a la utilización de una cláusula de blindaje para evitar la invalidación de la actuación del INSS. Por su parte, la reforma del artículo 131 bis.1 pretende dar respuesta a la doctrina jurisprudencial que analice, con la finalidad de evitar una sucesión de procesos completos de incapacidad temporal por la misma o similar patología. En ambos casos, el hilo conductor está en residencias en el INSS las competencias, aunque sean a los exclusivos efectos de la prestación económica de incapacidad temporal, sin plantearse una ordenación del contenido material.

La ausencia de una ordenación moderna y razonable sobre esta materia constituye una asignatura pendiente y nos sitúa en el espacio de las recaídas.

En efecto, otra de las materias ubicadas en la vieja Orden de 13 de abril de 1967 y reconstruida por la jurisprudencia, es la referida a la “recaída”. El sencillo pero complejo tenor del artículo 9.1 párrafo segundo de la O 13-IV-1967, siempre planteó problemas interpretativos, a pesar de lo cual su redacción no ha variado. Una vez más, la función legislativa ha sido asumida por la intervención de los Tribunales, cuya doctrina unificada se ha inclinado por una interpretación salomónica, razonable o irrazonable, según el prisma de análisis.

La jurisprudencia ha afirmado que cuando entre el alta médica de un proceso y la baja médica de otro han transcurrido menos de seis meses de actividad, adquirirá protagonismo la tipología de las lesiones, esto es, si las lesiones son las mismas, continuará el proceso cerrado en falso (recaída), y si las lesiones son distintas, se abrirá un nuevo y completo proceso de incapacidad temporal, por lo tanto, no habrá recaída (STS 8-V-1995, 15-XII-1997 y 5-VII-2000).

Desde la óptica protectora del trabajador, la respuesta jurisprudencial es totalmente razonable: el padecimiento de diferentes patologías no deben mermar sus derechos. Sin embargo, desde la óptica de una ordenación coherente y razonable del instituto, la solución es cuando menos dudosa. La jurisprudencia no aplica uno de los principios de nuestro sistema, cual es la “conjunta consideración de las contingencias protegidas”, tan complejo en su ordenación, como olvidado o inaplicado en la práctica. Esto quiere decir, que un trabajador, bien o mal intencionado, podría estar toda su vida en incapacidad temporal. La mera hipótesis, aunque exagerada y desproporcionada, advierte sobre la existencia de una inmensa puerta abierta al fraude y exige un replanteamiento de la ordenación en clave de equilibrio entre la garantía del derecho y la racionalidad del instituto protector.

La ordenación reclamada nunca se ha producido, e incluso la reforma incorporada por la LPE.06 se centra en los aspectos competenciales del control, silenciando una ordenación general. Por ello, en varias ocasiones a lo largo de este análisis, hemos llamado la atención sobre la efectividad plena de las medidas adoptadas, en la medida en que si cerramos una puerta y dejamos abierta otra los controles siempre tendrán una efectividad limitada.

## **VI.- REFORMA Y CONTRARREFORMA EN EL PROYECTO DE LEY DE MEDIDAS EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL**

### **1.- INTRODUCCIÓN**

El proyecto de reforma aprobado por el Consejo de Ministros de .....tiene su origen en el Acuerdo sobre Medidas en materia de Seguridad Social, suscrito el 13 de julio de 2006 por el Gobierno, la Unión General de Trabajadores (UGT), la Confederación Sindical de Comisiones Obreras (CCOO), la Confederación Española de organizaciones Empresariales (CEOE) y la Confederación Española de la Pequeña y Mediana Empresa (CEPYME), que, a su vez, trae su causa de la declaración para el Dialogo Social firmada por los mismos interlocutores el 8 de julio de 2004.

Se trata del primer Acuerdo en materia de reforma de la Seguridad Social en el que están presentes todos los interlocutores sociales, lo que hace pensar en la existencia de un nuevo talante negociador y en la apertura de una línea de reforma constante, o quizás mejor, que el Acuerdo constituya la primera piedra de una verdadera y profunda reforma de la Seguridad Social. Dicho lo anterior, es necesario constatar que la reforma consensuada es de escaso alcance, mas preocupada por temas puntuales que por reordenaciones que pretendan la modernización y la viabilidad de nuestro Sistema.

Prueba de ese actuar “ a medio gas” que caracteriza al Acuerdo, son las reformas operadas en materia de incapacidad temporal, donde se entremezcla la contrarreforma de la reforma operada por la LPE.06 y la nacionalización de las actuaciones del INSS, recomponiendo en parte la ruptura del procedimiento unitario que he venido denunciando. Sin embargo, la reforma vuelve a quedarse a media camino, ocupándose mas de temas puntuales que de una reordenación sustantiva y competencial de la incapacidad temporal.

No obstante lo anterior, la reforma incorporada al proyecto de Ley da un contenido más amplio del que se podía pensar dado el tenor de Acuerdo. En efecto, conforme a la letra b) del número 5, de título Prestación de incapacidad temporal en el Acuerdo se establecía que:

*“Se procederá al análisis de la regulación jurídica de la prestación de incapacidad temporal, así como de sus modalidades de gestión, con la finalidad de definir con mayor precisión las funciones de los Servicios de Salud y de las Entidades que gestionan la prestación económica, respecto de los procesos de incapacidad, a fin de evitar que, debido a diagnósticos diferentes de unos y otras, puedan producirse situaciones de desprotección de los trabajadores”.*

Por lo que refiere al proyecto de Ley, veamos en que términos justifica cada unos de los espacios de la reforma.

Así, la propia Exposición de Motivos justifica las reformas que incorpora en los siguientes términos:“ *En materia de incapacidad temporal, y a efectos de coordinar las actuaciones de los servicios de salud y del Instituto Nacional de la Seguridad Social y evitar la inseguridad jurídica que provoca la disparidad de diagnósticos de una y otra*

*instancia, se establece un procedimiento mediante el cual el interesado pueda expresar su disconformidad ante la inspección médica con respecto al alta médica formulada por la Entidad gestora, determinándose los plazos concretos en que se han de pronunciar las partes implicadas y los criterios a seguir en caso de discrepancia, garantizándose en todo caso la continuidad de la protección del interesado hasta la resolución administrativa final con la que se culmine el procedimiento*". Como decíamos, se recompone y perfecciona con la audiencia del interesado el procedimiento unitario que rompió la reforma del 2006, sin embargo, la reordenación, como veremos, es de escaso alcance en la medida en que únicamente se sitúa en las actuaciones del Instituto Nacional de la Seguridad Social en el espacio del reconocimiento de la primera prorroga.

Igualmente se procede a la contrarreforma, lo que se anuncia en los siguientes términos: *"... en los casos de agotamiento del periodo máximo de duración de la incapacidad temporal, la situación de incapacidad permanente revisable en el plazo de seis meses, que en la actualidad se genera, es sustituida por una nueva situación en la que la calificación de la incapacidad permanente se retrasará por el periodo preciso, hasta un máximo de veinticuatro meses, prorrogándose hasta entonces los efectos de la incapacidad temporal*". La contrarreforma hace resucitar la denominada "segunda prorroga" limitando su extensión temporal, pero lamentablemente no se procede a su regulación, con lo que volvemos a las denuncias e inseguridades del periodo anterior. También se echa de menos una justificación de la contrarreforma, en la medida en que fue la reforma de mayor calado teórico y práctico efectuada desde la supresión de la invalidez provisional y la reordenación de la incapacidad temporal. El cambio parece lo suficientemente importante como para justificar o explicar su motivación, y no que el silencio se interprete como si el legislador pasara página en un mutis por el foro.

En otro contexto, pero también relacionado con la incapacidad temporal se procede una vez más a la reforma del artículo 222 del la LGSS, cuyo alcance afecta tan solo a las relaciones entre la incapacidad temporal derivada de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y el desempleo. A esta reforma también refiere sucintamente la exposición de Motivos de la Ley en los siguientes términos: *"... se introducen asimismo otras modificaciones que afectan a la concatenación de las prestaciones de incapacidad temporal y de desempleo, para que cuando aquélla derive de una contingencia profesional, y durante su percepción se extinga el contrato de trabajo, el interesado siga percibiéndola hasta el alta médica sin consumir periodo de prestación por desempleo si después hubiera de pasas a esta situación..."*. Como veremos, la nueva ordenación del artículo 222 queda reconducida a las relaciones entre la incapacidad temporal derivada de enfermedad común y accidente no laboral y el desempleo.

### **3. - LA DURACIÓN DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL.**

La reforma del 2007 procede a dar nueva redacción al apartado segundo del artículo 128.1.a) del LAGSS en los siguientes términos:

*"Agotado el plazo de duración de doce meses previsto en el párrafo anterior, el Instituto Nacional de la Seguridad Social, a través de los órganos competentes para*

*evaluar, calificar y revisar la incapacidad permanente del trabajador, será el único competente para reconocer la situación de prórroga expresa con un límite de seis meses más, o bien para determinar la iniciación de un expediente de incapacidad permanente, o bien para emitir el alta médica, a los efectos previstos en los párrafos siguientes. De igual modo, el Instituto Nacional de la Seguridad Social será el único competente para emitir una nueva baja médica en la situación de incapacidad temporal, cuando aquélla se produzca en un plazo de seis meses posterior a la antes citada alta médica por la misma o similar patología, con los efectos previstos en los párrafos siguientes.*

*En los casos de alta médica a que se refiere el párrafo anterior, frente a la resolución recaída podrá el interesado, en el plazo máximo de tres días naturales, manifestar su disconformidad ante la inspección médica del servicio público de salud, la cual, si discrepara del criterio de la entidad gestora, tendrá la facultad de proponer, en el plazo máximo de cinco días naturales, la reconsideración de la decisión de aquélla, especificando las razones y fundamento de su discrepancia.*

*Si la inspección médica se pronunciara confirmando la decisión de la entidad gestora o si no se produjera pronunciamiento alguno en el plazo de diez días naturales siguientes a la fecha de la resolución, adquirirá plenos efectos la mencionada alta médica. Durante el periodo de tiempo transcurrido entre la fecha del alta médica y aquella en la que la misma adquiera plenos efectos se considerará prorrogada la situación de incapacidad temporal.*

*Si, en el aludido plazo máximo, la inspección médica hubiera manifestado su discrepancia con la resolución de la entidad gestora, ésta se pronunciará expresamente en el transcurso de los siete días naturales siguientes, notificando la correspondiente resolución al interesado, que será también comunicada a la inspección médica. Si la entidad gestora, en función de la propuesta formulada, reconsiderara el alta médica, se reconocerá al interesado la prórroga de su situación de incapacidad temporal a todos los efectos. Si, por el contrario, la entidad gestora se reafirmara en su decisión, para lo cual aportará las pruebas complementarias que fundamenten aquélla, solo se prorrogará la situación de incapacidad temporal hasta la fecha de la última resolución”.*

Nuevamente se procede a reformar el párrafo segundo del artículo 128.1.a), insistiendo, como se hizo en la reforma del 2006, en mezclar los espacios conceptuales de la incapacidad temporal con la ordenación temporal de la prestación, singularmente vinculada a la primera prórroga. Como ya afirmamos, estas cuestiones no deben incorporarse al artículo 128, cuya rubrica (Concepto) y contenido (identificación y conceptualización de las situaciones determinantes de incapacidad temporal), nada tienen que ver con la nueva dimensión que proyecta la reforma. La técnica no es adecuada y contribuye a fomentar la falta de claridad y de ordenación sistemática de la LGSS. Hubiera sido más razonable, como también dijimos, llevar la ordenación de la primera prórroga al artículo 131, cuya rubrica es : nacimiento y duración del derecho al subsidio. Incluso, si se quiere dar más relevancia al instituto de la primera prórroga, hubiera sido deseable crear un artículo bis.



En este orden y en la medida en que volvemos a las dos prórrogas, hubiera sido preferible dejar en el concepto de incapacidad temporal la duración general, esto es, los doce meses y llevar la referencia y la ordenación de la/s prórroga/s a un precepto independiente. La razón parece clara, con la nueva ordenación, al agotamiento de los 12 meses, se produce una ruptura radical, lo que justifica que la primera prórroga salga del concepto y se ubique en un precepto propio. Obviamente no es esta la solución dada por la reforma.

La mala técnica utilizada en la reforma, va todavía mas lejos, al incorporar el procedimiento administrativo para la resolución de los desacuerdos entre las distintas instancias que participan, incluido el propio trabajador. De esta forma, se comete un nuevo error al convertir la Ley en un texto reglamentario. Es posible que esta forma de ordenación lo que este anunciando es la voluntad de no acomodar la normativa reglamentaria existente ( el Real Decreto 575/1997, de 18 de abril, por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de la prestación económica de la Seguridad Social por incapacidad temporal, modificado por el Real Decreto 1117/1998, de 5 de junio y desarrollado por la Orden de 19 de junio de 1997 y modificada por la Orden de 18 de septiembre de 1998) a la nueva ordenación. Éste modus operandi no es nuevo en la materia, por el contrario, es habitual incorporar reformas a la LGSS y no dictar normas de desarrollo, con lo que se tiende a que la Ley sea una Ley reglamentista, incluso de menor orden como ocurre en la materia que nos ocupa, cuya ordenación esta recogida en la Orden de 19 de junio de 1997. Puestos a fijar la ordenación procedimental, hubiera sido preferible incorporarla a una disposición transitoria que mantendría su vigencia en tanto no se apruebe el correspondiente texto reglamentario.

En fin, es necesario advertir que estas técnicas legislativas contribuyen a desnaturalizar la LGSS e, incluso, a dificultar una ordenación más razonable en el futuro.

### **3.1 La primera prórroga**

La ordenación del acto de calificación al agotamiento de los 12 meses de incapacidad temporal se mantiene en sus propios términos, de forma que el Instituto Nacional de la Seguridad Social, a través de los órganos competentes para evaluar, califica y revisar la incapacidad permanente, será el único competente para realizar el correspondiente acto de calificación con las siguientes variantes:

- Entender que el proceso curativo ha finalizado, siendo las lesiones de carácter permanente y afectando a la capacidad laboral del trabajador. En este caso se procede a iniciar el proceso de declaración de invalidez permanente.
- Entender que el proceso curativo no ha finalizado y que las lesiones sean susceptibles de curación en los próximos seis meses. En este caso, se reconoce la primera prórroga de la incapacidad temporal.
- Entender que el proceso curativo ha finalizado y con él el efecto incapacitante de lesiones. En este caso se emite el alta médica a todos los efectos.

La nueva ordenación ofrece dos peculiaridades de suma importancia y alcance. Por un lado, la previsión de un procedimiento para la resolución de las discrepancias que pudieran producirse entre los criterios médicos planteados por el INSS y los planteados por la Inspección médica del Servicio Público de Salud, siendo el trabajador el sujeto

legitimado para iniciar el procedimiento. La segunda novedad consiste en que finalmente se pone fin a la singular figura del “alta medica a efectos económicos”, para ser sustituida por una “alta médica a todos los efectos”.

## **2.2. La cláusula de blindaje.**

También la cláusula de blindaje incorporada en la reforma del 2006 se mantiene en sus propios términos, de forma que, el Instituto Nacional de la Seguridad Social será el único competente para emitir una nueva baja médica en la situación de incapacidad temporal, cuando aquélla se produzca en un plazo de seis meses posterior a la antes citada alta médica por la misma o similar patología.

Las dos novedades destacables que ofrece la nueva ordenación, nos sitúan en el espacio ya comentado del acto de calificación en el agotamiento de los 12 meses de incapacidad temporal, a saber, la aplicación de procedimiento creado para resolver las controversias médicas y la sustitución del “alta médica a efectos económicos “ por el “alta médica a todos los efectos”.

## **2.3. Procedimiento para la resolución de la disparidad de criterios médicos.**

En el aspecto procedimental, la reforma merece todos los elogios, no solo se ha recompuesto el procedimiento unitario (roto en la reforma del 2006) con la participación de la Inspección médica del Servicio público de salud, sino que se incorpora la actuación del trabajador, siempre sometido a controles, pero nunca escuchado. Se trata, por tanto, de ordenar espacios que generen seguridad jurídica, que respeten los derechos y que eviten márgenes de discrecionalidad<sup>119</sup>.

El párrafo segundo del artículo 128.1.a) remite al procedimiento ordenado en los párrafos tercero, cuarto y quinto en los siguientes supuestos:

- Emisión del alta médica en la fase de pronunciamiento sobre la primera prorroga, esto es, una vez agotados los doce meses.
- Emisión de la baja médica, cuando ésta se produzca en un plazo de seis meses posterior a la antes citada alta médica por la misma o similar patología.

No obstante lo anterior, el procedimiento que se regula refiere tan solo al primero de los supuestos, esto es, a la emisión del alta médica una vez agotados los doce meses. Para solventar esta cuestión, analizaremos separadamente ambos procedimientos.

---

<sup>119</sup> Refiriéndose a la reforma operada por Real Decreto 1117/1998, de 5 de junio que modificó el Real Decreto 575/1997, TORTUERO PLAZA, JL, se hacía la siguiente pregunta: ¿cómo es posible que la norma no habilite un procedimiento de solución de las discrepancias?, Las Mutuas y la incapacidad temporal...cit pág.

Una última valoración general, no existe ninguna justificación para limitar la aplicación del procedimiento fijado a los supuestos del artículo 128.1.a) y dejar en tierra de nadie el supuesto contemplado en el artículo 131 bis, 1, párrafo segundo. A esta materia nos referiremos más adelante.

### **2.3.1. - Impugnación del alta médica expedida por el Instituto Nacional de la Seguridad Social.**

Cuando agostados los doce meses el Instituto Nacional de la Seguridad Social, a través de los órganos competentes para evaluar, calificar y revisar la incapacidad permanente del trabajador, proceda a la emisión del alta médica, el trabajador podrá en el plazo de tres días naturales (elevado a 4 días durante el trámite parlamentario), manifestar su disconformidad ante la inspección médica del servicio público de salud.

La Inspección médica tendrá un plazo de siete días naturales para analizar las alegaciones realizadas por el trabajador y la fundamentación del alta médica expedida por el INSS, con la finalidad de decidir si comparte o no el criterio de la entidad gestora y obrar en consecuencia.

La conformidad de la Inspección médica con la resolución del INSS podrá expresarse de forma expresa o mediante silencio administrativo, siendo el plazo previsto a tal efecto el de diez días naturales a contar desde el siguiente a la fecha de la resolución del INSS, esto es, entran en el cómputo del plazo los tres días de que dispone el trabajador y los siete días de que dispone la inspección médica. La conformidad provocará que la resolución del INSS adquiera plenos efectos, sin perjuicio de que pueda ser objeto de impugnación en los trámites ordinarios.

Durante el periodo de tiempo transcurrido entre la fecha del alta médica y aquella en la que la misma adquiera plenos efectos se considerará prorrogada la situación de incapacidad temporal. La prórroga significa que el contrato de trabajo sigue suspendido y que el trabajador continuará percibiendo la prestación de incapacidad temporal y se mantendrá la obligación de cotizar.

En el supuesto de que la inspección médica discrepe de la resolución de la entidad gestora, deberá en el plazo previsto exponer las razones y fundamentos de su discrepancia con la finalidad de que el INSS reconsidere su decisión. En estos casos, la entidad gestora dispone de un plazo de siete días naturales a partir (se supone ya que nada dice la norma) de la recepción del escrito de la inspección médica, para pronunciarse expresamente, por tanto no cabe el silencio administrativo. La resolución expresa significa, además, que la entidad gestora deberá aportar las pruebas complementarias que justifiquen su decisión. La resolución será notificada al trabajador, a la inspección médica y a la empresa.

Como es obvio, la entidad gestora podrá pronunciarse en un doble sentido, a saber, bien, aceptando las alegaciones de la inspección médica y, por tanto, reconociendo la situación de prórroga de la situación de incapacidad temporal con todos sus efectos, o bien, reafirmado su primera decisión, esto es, el alta médica del trabajador, en cuyo caso aquélla se confirmará a partir del día siguiente a la resolución confirmatoria del INSS, entrando en juego los efectos generales del alta médica. En este último caso

(confirmación del alta médica) se prorrogara la situación de incapacidad temporal hasta la fecha de la resolución.

En el caso de que se reconozca la primera prórroga, se podrá producir una extensión temporal de la incapacidad temporal (duración ordinaria más primera prórroga) que alcanzara al tiempo transcurrido desde el alta médica hasta el reconocimiento de la prórroga por parte del INSS, lo que será, al menos, de diecisiete días.

Igualmente, en el caso de que se confirme el alta médica, la duración ordinaria de la incapacidad temporal (12 meses) se prorrogara hasta la fecha de la última resolución confirmatoria, que será, al menos, de diecisiete días naturales.

### **2.3.2. - Procedimiento ante la cláusula de blindaje.**

Como decíamos, el último inciso del párrafo segundo del artículo 128.1.a) establece que, el Instituto Nacional de la Seguridad Social será el único competente para emitir una nueva baja médica en la situación de incapacidad temporal, cuando aquélla se produzca en un plazo de seis meses posterior a la antes citada alta médica por la misma o similar patología, remitiéndose para la resolución de las posibles discrepancias a lo previsto en los párrafos tercero, cuarto y quinto siguientes. Sin embargo como se ha visto, el procedimiento reglado refiere exclusivamente al supuesto de “alta médica”.

Reconstruyendo el procedimiento descrito en el epígrafe anterior, habría que decir que el trabajador dispone de un plazo de tres días naturales (elevado a 4 días durante el trámite parlamentario), para plantear ante la inspección médica, su discrepancia sobre la “negativa del INSS” a emitir la baja médica. A partir de este trámite la sucesión de actos posibles serían los mismos. La inspección tendría un plazo de siete días más para pronunciarse de forma expresa o tácita. Si la inspección propusiera la baja médica y con ella su disconformidad con la negativa del INSS, la entidad gestora tendrá un plazo de siete días para pronunciarse, debiendo remitir la correspondiente resolución al trabajador y a la inspección médica. El INSS podrá resolver en alguno de los siguientes sentidos:

- Si confirma su decisión inicial, esto es, denegando la baja médica, ésta quedará definitivamente confirmada, sin perjuicio de que el trabajador pueda impugnar la decisión en los términos ordinarios.
- Si reconsidera su opinión, procederá a emitir la correspondiente baja médica. Las dudas que surgen ahora y que son silenciadas por la LGSS son las siguientes ¿desde cuándo se expide el parte de baja médica? , ¿en qué situación de IT queda el trabajador?. Con respecto a la primera, parece razonable entender que si el trabajador continúa prestando sus servicios, la baja médica tenga efectos desde el momento en que se dicta la resolución definitiva, en caso contrario, la baja médica tendrá efectos retroactivos al momento de la resolución inicial. Con respecto al segundo interrogante, la situación planteada es de recaída en la medida en que han transcurrido menos de 6 meses desde el alta médica y se trata de la misma o similar patología, debiendo abrirse, en función del tiempo consumido de incapacidad temporal (12 meses), la primera prórroga.

### 2.3.3 Algunas consideraciones sobre el procedimiento:

Sin perjuicio de las consideraciones de naturaleza estructural ya realizadas, es conveniente realizar algunas reflexiones sobre el procedimiento mismo.

- El establecimiento de los plazos en días naturales y no hábiles hace que los plazos sean excesivamente perentorios, especialmente el de tres días asignado al trabajador para plantear su disconformidad ante la inspección médica. Piénsese en que el alta medica se produzca un viernes y en las dificultades del trabajador para plantear su disconformidad aunque sea mediante medios elementales, por ejemplo, solicitar ser recibido por el facultativo que lo atiende para recabar su apoyo. Durante el tramite parlamentario, como hemos apuntado, se ha elevado el plazo a cuatro días naturales, lo que sigue siendo insuficiente. Reiteramos que es mas razonable fijar el plazo “en días hábiles”.
- El carácter perentorio de los plazos, especialmente el del trabajador, se convierte en excesivo hasta el punto de dificultar su cumplimiento, cuando se utiliza como dies a quod la fecha de la resolución y no la fecha de la recepción, lo que provoca imputar al receptor la perdida de los días que medien entre una y otra fecha, por causas ordinarias o extraordinarias, pero, en todo caso, ajenas a su voluntad. Por lo que se refiere al plazo de cuatro días habilitado al trabajador, el silencio de la norma sobre la fijación expresa del dies a quo, debe ser interpretado en el sentido de que éste es el día de la recepción.
- Es necesario ordenar al menos en sus efectos el procedimiento referido a la negativa del INSS a expedir la baja médica. En otro caso, el silencio de la norma puede plantear problemas interpretativos innecesarios.
- El procedimiento debería aplicarse a los supuestos en que la propuesta de actuación sea emitida por una Mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesiones y referida a los procesos de incapacidad temporal derivados de riesgos profesionales.
- Igualmente el procedimiento debería aplicarse a los supuestos del artículo 131.1 párrafo segundo, cualquiera que sea el riesgo originario.
- Debería incorporarse la audiencia de las Mutuas en los supuestos que tengan asumida la gestión de la incapacidad temporal por enfermedad común y accidente no laboral.
- El procedimiento se ordena como un espacio cerrado para dilucidar las posibles discrepancias entre la entidad gestora y la inspección medica, lo que quiere decir que a partir de la resolución definitiva de la entidad gestora, el único sujeto legitimado para su impugnación será el trabajador.

En el tramite parlamentario del Proyecto de Ley se ha incorporado un nuevo párrafo al apartado a) del artículo 128.1, en el que se remite al correspondiente desarrollo reglamentario, la forma de efectuar las diversas comunicaciones durante el procedimiento, así como la obligación de poner en conocimiento de las empresas las decisiones que se adopten y que les afecten. El añadido sigue la línea reglamentista denunciada, sin embargo subsana un defecto estructural importante, a saber, en el diseño del procedimiento original no existía ninguna comunicación al empresario. Lógicamente, el empresario debe conocer tanto de la impugnación del alta médica, como de la resolución definitiva, en la medida en que las actuaciones producen efectos sobre el contrato de trabajo.

## **2.4 El alta médica a todos los efectos**

La reforma del 2007 tiene un elemento de ruptura radical con sus precedentes, que determina un cambio sustancial en la gestión de la incapacidad temporal. En efecto, el artículo 128.1.a) ya no refiere al alta o a la baja a los exclusivos efectos de la prestación económica de incapacidad temporal, sino a la emisión de los partes de “alta médica” o de “baja médica”.

Conforme a la literalidad del precepto, tanto en el acto de calificación a la finalización del periodo de 12 meses como en lo que hemos denominado la cláusula de blindaje, esto es, en los supuestos de recaída tras el alta producida a los doce meses, el único órgano competente para emitir el alta médica, en el primer caso, y la baja médica, en el segundo, será el Instituto Nacional de la Seguridad Social, a través de los órganos competentes para evaluar, calificar y revisar la incapacidad permanente del trabajador.

De esta forma, la LGSS no solo abandona la compleja e incomprensible fórmula de “alta a efectos económicos” utilizadas en las reformas de 1997 y del 2006, sino que incorpora un elemento de ruptura en el orden competencial, a saber, a partir de los 12 meses la competencia plena y exclusiva para emitir los partes de baja y alta médica, a todos los efectos, corresponde al Instituto Nacional de la Seguridad Social. De esta forma y a partir de los 12 meses, los Servicios Públicos de Salud y las Mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, pierden sus competencias cualquiera que sea la contingencia originaria. Así, se pone fin, al menos en el periodo posterior a los 12 meses, a la denunciada disociación de competencias entre unos y otros organismos.

## **2.5 El órgano competente y la ausencia de las Mutuas de accidente de trabajo y enfermedades profesionales.**

Ya hemos visto que el órgano competente para todas las actuaciones referidas es el Instituto Nacional de la Seguridad Social a través de los órganos competentes para evaluar, calificar y revisar la incapacidad temporal, estos los Equipos de valoración de incapacidades (EVIs). Lo será igualmente, el Instituto Social de la Marina cuando el régimen de pertenencia del trabajador sea el Régimen especial de los trabajadores del Mar. Sin perjuicio de las necesarias actuaciones reglamentarias, la reforma del 2007 no ofrece novedades destacables.

Sin embargo, merece mención especial la ausencia de las Mutuas de accidente de trabajo y enfermedades profesionales en todo el proceso que se ordena al agotamiento de los 12 meses de incapacidad temporal. Recuérdese que la misma ausencia se produjo en la reforma operada por la LPE.06 y que tuvo que ser solventada (como se pudo) por la Resolución de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social de 16 de enero de 2006. En aquella Resolución se establecía lo siguiente: *cuando la cobertura de la incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales se hubiera concertado con una mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social, la mutua correspondiente efectuará ante el Instituto Nacional de la Seguridad Social o ante el Instituto Social de la Marina, según corresponda, propuesta de actuación en alguno de los sentidos indicados en el párrafo anterior (para reconocer la prórroga expresa de dicha situación, la iniciación de un expediente de incapacidad permanente o la emisión del alta médica, así como para emitir la baja médica producida dentro del*

*período de seis meses posteriores a la citada alta médica, por la misma o similar patología), debiendo entenderse aceptada dicha propuesta por la entidad gestora si esta no se manifiesta en contrario en el plazo de los cinco días siguientes al de su recepción.*

Si cuando realizamos el estudio de la reforma del 2006, pudimos entender que la ausencia de las Mutuas fue un olvido del legislador, la ausencia de las Mutuas en la reforma del 2007 debe interpretarse como una ausencia querida y meditada, lo contrario sería grotesco. En este orden, lo pretendido es la asunción total de competencias por el INSS cualquiera que sea el riesgo originario, de forma que a partir de la duración general de 12 meses, la única entidad competente para actuar es el Instituto Nacional de la Seguridad Social o, en su caso, el Instituto Social de la Marina. Por tanto las Mutuas pierden su autonomía a partir de los referidos 12 meses.

El carácter hegemónico del INSS puede justificar que las Mutuas, en pie de igualdad con los Servicios Públicos de Salud, pierdan su autonomía a partir de los 12 meses. Sin embargo, la hegemonía no está en el INSS sino en la Ley, por lo que hubiera sido perfectamente razonable dejar a las Mutuas en la posición que mantenían, en la medida en que la problemática de origen era completamente distinta. Reiteramos, que la única justificación era establecer un mecanismo de control sobre las Mutuas con audiencia del trabajador, como ya hemos propuesto, con la finalidad de establecer mecanismos de mayor garantía sobre la expedición de los partes de alta médica por las Mutuas. A este respecto nos referiremos más adelante, ya que en trámite parlamentario se ha incorporado un apartado 3 al artículo 131bis, sobre la revisión por parte del INSS y a instancia del trabajador de las altas expedidas por las Mutuas.

Sin perjuicio de lo anterior, carece de explicación la ausencia de las Mutuas en el procedimiento habilitado para la resolución de la disparidad de criterios médicos. En los supuestos en que la entidad elegida por el empresario para la cobertura de la incapacidad temporal por enfermedad común y accidente no laboral, fuera una Mutua de accidente de trabajo y enfermedades profesionales, y, en todo caso, para los trabajadores autónomos, resulta injustificado no dar audiencia a la Mutua, que es la entidad que asume el pago de la prestación. La referida audiencia no supone una ampliación de los plazos, bastaría con que el trabajador comunique su discrepancia con la actuación del INSS, a la Mutua y a la Inspección médica, teniendo ambas el plazo de siete días para pronunciarse al respecto. Dejar a la Mutua de mera “entidad pagadora” parece poco razonable.

### **3.- LA CONTRARREFORMA: DE LA INCAPACIDAD PERMANENTE CON CARÁCTER PROVISIONAL A LA SEGUNDA PRORROGA.**

Otro de los aspectos relevantes de la proyectada reforma del 2007 es el renacimiento de la segunda prórroga de la incapacidad temporal. Se ignoran las razones que han propiciado el cambio, ya que, como dijimos, la Exposición de Motivos de la Ley omite cualquier justificación, lo que es criticable dada la envergadura de la reforma operada por la LPE.06. Puestos a suponer, es posible que el origen de la contrarreforma esté en las dificultades para su gestión, lo que no es justificación suficiente si suponemos, como debe ser, que la reforma del 2006 fue meditada. En todo caso cuando las reformas

tienen efectos complejos, es preferible utilizar la formula del aplazamiento en su entrada en vigor como se hizo en 1997 con la reforma de la incapacidad permanente. Al final habrá o no reforma, pero no se entorpece el sosiego de la institución y de sus receptores.

La reforma se centra en tres materias, por un lado la ordenación de la extinción de la incapacidad temporal por agotamiento del plazo máximo, por otro, la regulación de la segunda prórroga y, finalmente, la extinción de la obligación de cotizar. Junto a ellas y en tramite parlamentario, se ha incorporado un nuevo apartado 3 al artículo 131bis, sobre la revisión por parte del INSS y a instancia del trabajador de las altas expedidas por las Mutuas.

### **3.1. - La extinción de la incapacidad temporal por agotamiento del plazo máximo.**

Se da nueva redacción al párrafo primero del apartado 2 del artículo 131 bis, en los siguientes términos:

*“Cuando la situación de incapacidad temporal se extinga por el transcurso del plazo de dieciocho meses fijado en el párrafo primero de la letra a) del artículo 128, se examinará necesariamente, en el plazo máximo de tres meses, el estado del incapacitado a los efectos de su calificación, en el grado de incapacidad permanente que corresponda”.*

La modificación incorporada en el nuevo párrafo tiene como finalidad su coordinación con la reforma del párrafo segundo del artículo 128.1.a. En efecto tras la asunción de competencias por el INSS para realizar la calificación oportuna al agotamiento de los 12 meses de incapacidad temporal, carecía de sentido la referencia contenida en el párrafo reformado, en el sentido de determinar que al agotamiento “... del plazo máximo de 12 meses, se examinará necesariamente, en el plazo máximo de tres meses, el estado del incapacitado a efectos de su calificación, en el grado que corresponda, como invalido permanente”. Ambos preceptos, artículos 128.1.a) y artículo 131bis.2, ordenaban las actuaciones a la finalización del periodo de 12 meses en forma diferente.

La nueva ordenación elimina la referencia a los doce meses, en la medida en que las actuaciones prevista al agotamiento del plazo general tienen su ordenación propia, y circunscribe las previsiones de este párrafo al agotamiento del plazo máximo de 18 meses, esto es, a la finalización de la primera prórroga. Por tanto, transcurrido el plazo máximo de 18 meses y siempre que las lesiones afecten a la capacidad laboral del trabajador, se examinara necesariamente, en el plazo máximo de tres meses, el estado del incapacitado a efectos de su calificación en el grado de incapacidad permanente que corresponda.

En el supuesto de que el trabajador no fuera declarado afecto de ningún grado de incapacidad permanente, será aplicable la previsión contenida el artículo 131.1 párrafo segundo, en el sentido de que solo podrá generarse un nuevo proceso de incapacidad temporal por la mismas o similar patología si media un periodo de actividad laboral superior a seis meses o si el Instituto Nacional de la Seguridad Social, a través de los órganos competentes para evaluar, calificar y revisar la situación de incapacidad permanente, emite la baja a los exclusivos efectos de la prestación económica de incapacidad temporal.



Coordinando ambos preceptos (art. 128.1.a) y 131 bis.2) podemos decir que al finalizar el periodo de duración general (12 meses) y al finalizar la primera prórroga (18 meses), se producen dos actuaciones. La primera, será realizada por el INSS a través de los órganos competentes para evaluar, calificar y revisar la incapacidad permanente (EVIs) y tendrá carácter abierto, de forma que de ella podrán derivarse tres resultados, a saber, la iniciación de un expediente de incapacidad permanente, el alta médica o la iniciación de la primera prórroga. La segunda, que se realizará por el procedimiento ordinario previsto, tiene carácter cerrado en su origen ( se examinará el estado del incapacitado para su calificación) y abierto en su resultado, en la medida en que como veremos, la calificación (que podrá ser afirmativa o negativa) podrá ser demorada y sustituida por la apertura de la segunda prórroga.

### **3.2. - La segunda prórroga**

Se procede a dar una nueva ordenación al párrafo segundo del apartado 2 del artículo 131 bis, en los siguientes términos:

*“No obstante lo previsto en el párrafo anterior, en aquellos casos en los que, continuando la necesidad de tratamiento médico, la situación clínica del interesado hiciera aconsejable demorar la citada calificación, ésta podrá retrasarse por el periodo preciso, que en ningún caso podrá rebasar los veinticuatro meses siguientes a la fecha en que se haya iniciado la incapacidad temporal”.*

Como decíamos, la reforma de 2007, pone fin a la vigencia de la declaración provisional de incapacidad permanente, y vuelve a incorporar la vieja “segunda prórroga” vigente desde la reordenación de la incapacidad laboral transitoria y la desaparición de la invalidez provisional, operada por la Ley 42/1994, de 27 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social.

En efecto, la reforma del 94 optó por una temporalidad corta (12 meses) y mantuvo una tradicional primera prórroga (6 meses), otorgada por el facultativo y sometida a la condición de que el trabajador tenga posibilidades de curación (LGSS, art. 128.1). Junta a ella, se incorporó una segunda prórroga (hasta 30 meses desde el inicio de la i.t.), otorgada por el órgano competente para calificar la incapacidad permanente, que recoge los supuestos en que el proceso curativo (en su expresión mas completa) no hubiera finalizado, o dicho de otra forma, cuando las lesiones del trabajador sean todavía susceptibles de curación o mejoría (LGSS, art. 131.bis.2, párrafo segundo). De esta forma se sustituía, por decirlo de alguna forma, la invalidez provisional que desaparecía por la segunda prórroga de la incapacidad temporal.

La segunda prórroga (a la que en alguna ocasión se ha denominado por su importancia temporal la “contingencia sin nombre”) que podría constituir el espacio de flexibilidad de la temporalidad, esto es, de tránsito entre contingencias, ha sido de escasa utilización, y lo que es más importante carece de la necesaria ordenación jurídica propia<sup>120</sup>. En esta

---

<sup>120</sup> A este respecto, PANIZO ROBLES, JA., afirma que “:Pero la previsión legal únicamente hace referencia a que esa calificación de la incapacidad permanente "pueda demorarse", sin que la misma, ni las normas de desarrollo (Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio o la Orden de desarrollo de 18 de enero de 1996), estableciesen quién sea el órgano competente para acordar esa demora, o los requisitos para proceder a la misma. Por el contrario, el número 3 del artículo 7º del Real Decreto 575/1997 aclara esta situación, al

ocasión se entremezclan dos viejos regímenes jurídicos, el de la incapacidad temporal y el de la incapacidad permanente ( O. 13-X-1967 y O.15-IV-1969, entre otras), y una figura nueva sin régimen jurídico. Su construcción con múltiples dudas e interrogantes se construye – y tan sólo en sus perfiles más genéricos- sobre las más recientes normas de calificación de la incapacidad permanente (RD 1300/1995, de 21-VII y O. de 18-I-1996).

Por lo que refiere a la escasa ordenación existente sobre la segunda prórroga, es necesario advertir que aquélla perdió su vigencia con la reforma operada por la LPE.06, lo que quiere decir que es necesaria una nueva regulación, dicho en otros términos las normas reglamentarias no renacen con la modificación de la LGSS. Es de esperar que ahora se proceda a una ordenación razonable y completa de la figura que se rescata.

Un dato importante en la nueva ordenación, es que a partir de los 12 meses las competencias de calificación están unificadas, esto es, tanto en la primera prórroga como en la segunda, y tanto si el origen de la patología es de carácter común o de carácter profesional, quedando residenciadas en el INSS a través del órgano competente para evaluar, calificar y revisar la incapacidad permanente. Seguramente la unificación competencial permitirá una utilización más razonable de ambas prórrogas, en la medida en que el seguimiento y la calificación serán efectuados por el mismo órgano.

La finalidad de la segunda prórroga es ya conocida, habilitar un espacio adicional de tiempo para permitir que la patología padecida complete su evolución, cuando al finalizar los 18 meses, las lesiones son todavía susceptibles de curación o mejoría y el trabajador continua necesitando tratamiento médico. Bien entendido que lo relevante es la posibilidad de mejoría o curación, lo que afecta directamente a la posterior calificación de las lesiones.

La reforma que nos ocupa incorpora como novedad adicional la reducción temporal de la segunda prórroga. En esta materia si hay sintonía con la reforma operada por la LPE.06, en el sentido de que bajo cualquier fórmula, el retraso en la calificación definitiva de las lesiones no podrá exceder de 6 meses. En efecto, la nueva ordenación establece que el espacio temporal no podrá exceder de veinticuatro meses a contar desde el inicio de la incapacidad temporal, lo que quiere decir que la estructura temporal queda ordenada de la siguiente manera: plazo general, 12 meses: primera prórroga, 6 meses y segunda prórroga, hasta 6 meses más.

La técnica de la fijación de la duración global máxima de la incapacidad temporal (24 meses) es comprensible, pero no era necesaria. En efecto, con la vieja ordenación (la existente antes de la LPE.06) la duración de la segunda prórroga era variable según se abriera a partir de los 12 meses o a partir de los 18 meses, con lo que era razonable establecer el plazo máximo de 30 meses para todos los casos. Sin embargo, con la ordenación actual, la segunda prórroga solo se puede abrir a partir de los 18 meses, por lo que siempre tendrá como plazo máximo de duración 6 meses.

---

requerir preceptivamente que conste un dictamen médico de los servicios médicos adscritos al Instituto Nacional de la Seguridad Social, en el que contenga de forma expresa la conveniencia de no proceder a la calificación de la incapacidad, sino demorar la misma, atendiendo a las causas previstas en la Ley General de la Seguridad Social (situación clínica del interesado y necesidad de continuar con el tratamiento médico prescrito), en “ *El control de la incapacidad temporal: a propósito del RD 576/1997, de 18-IV...cit*, pag.

Finalmente es necesario advertir, que el periodo máximo de 24 meses podrá ampliarse por el tiempo en que se desarrolle el procedimiento de solución de las controversias médicas, sin perjuicio de las prórrogas durante el tiempo de calificación.

### **3.3. Extinción de la obligación de cotizar**

Se procede a dar una ordenación al párrafo tercero del apartado 2 del artículo 131 bis, en los siguientes términos:

*“Durante los periodos previstos en este apartado no subsistirá la obligación de cotizar”*

El precepto pretende acomodar las reformas introducidas en el apartado dos del artículo 131 bis, para establecer que durante los tres meses en que necesariamente se procederá al examen del trabajador a efectos de su calificación en el grado de incapacidad permanente que corresponda, no existe obligación de cotizar. Igualmente, tampoco existe obligación de cotizar durante la segunda prórroga, cualquiera que sea su duración. En definitiva la obligación de cotizar, se extingue al finalizar la duración máxima de 18 meses, sin perjuicio de que en uno y otro caso, se mantenga la percepción de subsidio de incapacidad temporal.

### **3.4.- La revisión de las altas médicas expedidas por la entidades colaboradoras.**

Como decíamos, en la tramitación parlamentaria de la Ley se ha incorporado un nuevo apartado tres al artículo 131bis de la LGSS, con el siguiente tenor:

*“ Reglamentariamente se regulará el procedimiento administrativo de revisión por parte del Instituto Nacional de la Seguridad Social y a instancia del trabajador, de las altas que expidan las entidades colaboradoras en los procesos de incapacidad temporal”*

La previsión contenida en el precepto referido es posiblemente la reforma de mayor calado desde la reordenación de la incapacidad temporal y, lo es históricamente, desde la perspectiva organizativa y competencial. A esta posibilidad, aunque de forma diferente, ya nos habíamos referido, como propuesta, a lo largo de este trabajo.

La reforma viene a dar respuesta a una queja histórica sobre altas “indebidas”, “prematuras” o excesivamente “rigurosas” efectuadas por las Mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales en los procesos de incapacidad temporal derivados de riesgos profesionales, únicos en los que tiene competencias para expedir los correspondientes partes de baja y de alta médica. En este orden, la finalidad es múltiple.

Por un lado, rompe con la independencia histórica de las mutuas en los procesos derivados de riesgos profesionales, lo que tiene importantes repercusiones de todo orden, singularmente en la esfera económica, en la medida en que sus actuaciones en materia de altas médicas (por tanto, duración de procesos, controles, estrategias, mantenimiento de la prestación...) dejan de ser independientes, para pasar a ser subordinadas.

Por otro lado, se da un paso mas en la hegemonía de la entidad gestora y, por tanto, en la subordinación de las entidades colaboradoras. En esta materia, este es un paso decisivo, sin perjuicio de que no es el primero, ya hemos visto a lo largo de este trabajo, algunos precedentes, singularmente la hegemonía del INSS, avalada por la jurisprudencia, a la hora de determinar el riesgo originario.

Igualmente y por primera vez, el INSS asume competencias, aunque sean por via de revisión de actos, a lo largo de todo el proceso de incapacidad temporal, y no solo a partir de los 12 meses, que han sido los objetivos de las reformas del 2006 y del 2007.

Desde la perspectiva procedimental, la idea es crear un procedimiento administrativo que tiene como finalidad, al menos a priori, reducir las impugnaciones de altas médicas en sede judicial, creando un espacio de solución de controversias en sede administrativa, actuando el INSS como entidad decisoria. Desde esta perspectiva, conviene hacer algunas consideraciones:

- Seria razonable que en el organo revisor tuviera presencia la representación médica de las mutuas. Quizás, como apuntaremos en sede de conclusiones, seria conveniente residenciar las competencias (éstas y otras posibles) en un organo independiente de composición plural, aunque estuviera adscrito al INSS. La neutralidad del organo reduciría considerablemente las impugnaciones de sus decisiones, en caso contrario, se reducirían las impugnaciones de los trabajadores y aumentarían las impugnaciones de las mutuas
- El procedimiento debe ser agil y rapido, dotando a las actuaciones de los correspondientes efectos jurídicos, prorroga de la prestación, mantenimiento de la cotización...

#### **4.- RECAPITULACIÓN SOBRE EL ESTADO DE LA CUESTION TRAS LA REFORMA DEL 2007.**

Como hemos visto, las reformas introducidas en la ordenación de la incapacidad temporal, permiten diferenciar dos espacios temporales presididos por un diferente orden competencial, a saber, la duración ordinaria de 12 meses, en la que nada ha cambiado siendo competentes los Servicios públicos de salud; y los periodos posteriores a los 12 meses, primera y segunda prorroga, en los que el Instituto Nacional de la Seguridad Social asume competencias plenas. Recapitulemos sobre ambos con la finalidad de globalizar el conjunto de mecanismos de control.

##### **4.1.- Mecanismos de control durante los primeros doce meses: singular referencia al alta médica.**

Decíamos, que en este espacio temporal de la incapacidad temporal nada ha cambiado, sin embargo, es de interés volver sobre el mismo para perfilar la ruptura que se ha producido.

Las reformas conducentes a potenciar los mecanismos de control no han resuelto el problema originario en el tramo de los primeros 12 meses y que afecta básicamente a las incapacidades derivadas de enfermedad común y accidente no laboral. En efecto, en estos supuestos las funciones de control están residenciadas en los facultativos y en los servicios de inspección sanitaria del sistema público de salud y sin embargo, las prestaciones económicas se ubican en el ámbito competencial de la seguridad social, bien a través del Instituto Nacional de la Seguridad Social, del Instituto Social de la Marina o de las Mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Si bien, el nacimiento, duración, extinción, control y pago de la prestación, son las dos caras de una misma moneda, nuestro ordenamiento las contempla competencialmente como dos monedas distintas.

Cierto es, que se han realizado convenios de colaboración con resultados más o menos significativos. Cierto es también, que el control de la incapacidad temporal se incorpora y se desincorpora de los programas de objetivos de las instituciones sanitarias, con los correspondientes efectos. Sin embargo, la efectividad de las medidas de control pivota sobre quienes asuman las competencias.

Las singularidades en la materia de alta médica fueron incorporadas por Real Decreto 575/1997 ( dictado en desarrollo del artículo 78 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social) y consistieron en la posibilidad que se reconoce a las Entidades de la seguridad Social, responsables de la gestión de la incapacidad temporal, de iniciar actuaciones tendentes a promover la declaración de alta médica en los procesos de incapacidad temporal.

#### **4.1.1 Competencias de las Entidades Gestoras y de las Mutuas: la propuesta de alta en las contingencias comunes**

De los posible mecanismos de información-control, el más relevante y singular consiste en la posibilidad de requerir al trabajador incapacitado para someterle a los reconocimientos médicos necesarios a realizar por los servicios médicos de las entidades gestoras y de las Mutuas. Esta actuación puede ejercitarse a iniciativa propia o a petición del empresario. La singularidad está en que el acto de comprobación-control del proceso incapacitante se ejerce por quien carece de competencia (tanto el INS como la Mutua) en materia sanitaria respecto de los procesos derivados de riesgos comunes. Podríamos decir, que estos actos - y otros de similar naturaleza- constituyen formas de colaboración que tienen como finalidad suministrar información adicional o complementaria a quien tiene la competencia inspectora, a saber, la Inspección Sanitaria.

Los servicios médicos de las entidades gestoras y de las Mutuas pueden entender que el proceso incapacitante ha concluido, en el sentido de que "el trabajador pudiera no estar impedido para el trabajo". La literalidad de la expresión puede incorporar dos supuestos distintos: uno, que el facultativo pudiera haber otorgado una baja incorrecta al carecer la alteración de la salud de efecto incapacitante, y otro, que pudiera existir un alargamiento innecesario del proceso de baja, al haber finalizado el exigido carácter transitorio del mismo. En ambos supuestos los servicios médicos de las entidades gestoras y de las Mutuas podrán dirigir a la Inspección Sanitaria una "propuesta de alta médica" debidamente motivada. La motivación requerida, debe consistir en una calificación clínico-

legal en términos similares a los que describimos, como condicionante de la expedición del parte médico de baja.

Idéntico efecto, la propuesta de alta médica, está previsto para los supuestos en los que el trabajador en i.t. "se niegue infundadamente a someterse a los reconocimientos médicos". El supuesto incluye, tanto la no-comparecencia como la negativa a someterse al reconocimiento. Sin embargo, la norma silencia cuales pueden ser las causas motivadoras de la "negativa", lo que conduce a operar con criterios de racionalidad. Y ello sin perjuicio, claro está, de los supuestos más evidentes, imposibilidad física, falta de recepción de la citación... En la medida en que el efecto de la negativa es la propuesta de alta ante la Inspección Sanitaria, parece razonable que el trabajador pueda alegar en este trámite y ante la Inspección, la causa motivadora de la negativa. Todo ello sin perjuicio de la impugnación del "alta médica" en el caso de producirse.

Producida la propuesta de alta, debe ser remitida a la Inspección, a fin de que ésta pueda remitirla al facultativo que expidió el parte de baja, quien deberán pronunciarse en el plazo de diez días, bien para confirmar la baja médica, bien para admitir la propuesta de alta. Sea cual sea la propuesta del facultativo (discrepancia, confirmación o silencio), la competencia decisoria reside en la Inspección que deberá pronunciarse en el plazo de quince días, comunicando la actuación realizada a la Entidad Gestora o Mutua que hubiese formulado la propuesta de alta.

#### **4.1.2 Competencias propias de los servicios médicos de las entidades gestoras: el alta condicional en las contingencias comunes.**

La falta de efectividad del procedimiento de la propuesta de alta (falta de contestación de la Inspección, contestación muy retrasada en el tiempo...) provocó, como vimos, una nueva reforma y un nuevo procedimiento de actuación, en este caso, reservado a las entidades gestoras de la seguridad social (INSS e ISM). La reforma vino de la mano de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, que incorporó un párrafo nuevo al artículo 131 bis.1 de la LGSS, en el sentido de que "sin perjuicio de las competencias que corresponden a los servicios públicos de salud, los médicos adscritos al Instituto Nacional de la Seguridad Social podrán expedir el correspondiente alta médica en los procesos de incapacidad temporal, a los exclusivos efectos de la prestación económica de la Seguridad Social, en los términos que reglamentariamente se establezcan". La norma reglamentaria que estableció el procedimiento referido fue el Real Decreto 1117/1998, de 5 de junio que modificó el Real Decreto 575/1997.

El procedimiento referido establece el siguiente iter.

Una vez reconocido el trabajador y cuando, a juicio del facultativo del Instituto Nacional de la Seguridad Social, corresponda la expedición del parte médico de alta, se procederá inmediatamente a la formalización del mismo, si bien se reflejará en dicho parte, y como fecha de los efectos del alta, el día quinto hábil siguiente al de su expedición. Igualmente, deberá comunicar, a través del órgano correspondiente de la Dirección Provincial de la citada Entidad Gestora, a la Inspección de Servicios Sanitarios de la Seguridad Social u órgano equivalente del correspondiente Servicio Público de Salud, la intención de formalizar el alta médica, remitiéndoles inmediatamente copia del correspondiente parte, a fin de que los órganos mencionados puedan, en el plazo de tres días hábiles siguientes al de la comunicación de la intención señalada, manifestar expresamente su disconformidad

motivada. De no recibirse en el plazo mencionado la disconformidad señalada, el parte médico de alta expedido surtirá efectos en los términos recogidos en los apartados citados.

Expedido el parte médico de alta, en los términos señalados en el párrafo anterior, se hará entrega al trabajador de dos copias, una para el interesado y otra con destino a la empresa. Si el trabajador, dentro de los cinco días hábiles siguientes a la expedición del parte médico de alta, no ha recibido, por parte del Instituto Nacional de la Seguridad Social, comunicación sobre disconformidad expresa del correspondiente Servicio Público de Salud respecto al alta expedida, deberá presentar ante la empresa, y dentro de las veinticuatro horas siguientes a la fecha de efectos del alta médica, la copia a aquella destinada.

De esta forma, el alta médica expedida por los facultativos adscritos al Instituto Nacional de la Seguridad Social, a los exclusivos efectos económicos, determinará la extinción de la prestación económica por incapacidad temporal y el consiguiente derecho del trabajador de incorporarse a la empresa, sin perjuicio de que el servicio público de salud continúe prestando al trabajador la asistencia sanitaria que, sin requerir una nueva baja médica, aconseje su estado.

#### **4.1.3 Competencias propias de las Mutuas en las contingencias comunes: una asignatura pendiente.**

El Real Decreto 1117/1998, de 5 de junio, incorporó un artículo 6bis al Real Decreto 575/1997, con la finalidad de incorporar un nuevo cauce para aquellos supuestos en que la propuesta de alta no tuviera respuesta adecuada. Así, cuando la propuesta de alta formulada por la Mutua no fuese resultante en los plazos previstos, la Mutua podrá optar entre reiterar la propuesta de alta ante el Servicio Público de Salud, o plantear la iniciativa de alta ante los servicios médicos del Instituto Nacional de la Seguridad Social para que éste, tras los trámites oportunos, proceda a proponer a la Inspección médica el “alta condicional”, en los términos vistos. Finalmente, si la Mutua optara por reiterar la propuesta de alta y no obtuviera contestación, podrá solicitar el alta de los servicios médicos del Instituto Nacional de la Seguridad Social.

Lógicamente, el procedimiento descrito era poco satisfactorio y farragoso, lo que propició la búsqueda de una equiparación de competencias con las entidades gestoras para poder extender “altas médicas condicionales”. Así, el artículo 44 del Real Decreto Ley 6/2000, de 23 de junio, de Medidas urgentes de intensificación de la competencia en mercados de bienes y servicios, estableció que: “a los exclusivos efectos de las prestaciones económicas de la Seguridad Social, lo dispuesto en el párrafo segundo del apartado primero del artículo 1312bis del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, sobre expedición de altas médicas en los procesos de incapacidad temporal por los médicos adscritos al Instituto Nacional de la Seguridad Social, en entenderá referido a los médicos de las Mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales respecto del personal al servicio de los asociados a éstas en los términos que reglamentariamente se establezcan”.

El texto reglamentario referido nunca vio la luz y, por tanto, las Mutuas no han podido ejercitar las competencias asignadas por el Real Decreto Ley 6/2000.

#### **4.1.4- Competencias de las Mutuas en los procesos derivados de contingencias profesionales durante los 12 primeros meses: las altas médicas y su revisión.**

Ninguna singularidad se plantea con la incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales. La necesaria conexión entre la prestación económica y la prestación de asistencia sanitaria, lleva a que el control de la prestación se realice en el ámbito de la propia Mutua, puesto que es la Entidad no solo la responsable de la prestación económica, sino también la que dispensa las prestaciones sanitarias en toda su extensión. Por ello, la expedición de los partes médicos, o los distintos informes médicos corresponde realizarlos a los servicios médicos de la propia Entidad.

Sin perjuicio de lo anterior y como vimos, la reforma de 2007 incorpora la previsión de que, reglamentariamente se regulará el procedimiento administrativo de revisión por parte del Instituto Nacional de la Seguridad Social y a instancia del trabajador, de las altas que expidan las entidades colaboradoras en los procesos de incapacidad temporal.

#### **4.2. - Mecanismos de control a partir de los 12 meses: competencia exclusiva de la entidad gestora**

Es en este espacio donde se produce la ruptura definitiva. En efecto, una vez agotados los doce meses de incapacidad temporal, las entidades gestoras asumen competencias plenas, que se cristalizan en los términos siguientes.

##### **4.2.1. Competencias de las Entidades Gestoras al agotamiento de los doce meses**

Agotado el plazo de duración de doce meses, el Instituto Nacional de la Seguridad Social (o el Instituto Social de la Marina en el ámbito de régimen especial de trabajadores del Mar), a través de los órganos competentes para evaluar, calificar y revisar la incapacidad temporal, es el único competente para realizar la calificación que proceda, esto es, para dar el alta médica a todos los efectos, para iniciar el expediente de declaración de incapacidad permanente o, finalmente para reconocer la primera prórroga con el límite de seis meses más.

Producida el alta médica en los términos vistos, la entidad gestora será la única competente para emitir una nueva baja médica por incapacidad temporal, cuando se produzca en los seis meses siguientes a la referida alta y se trate de la misma o similar patología.

En ambos supuestos se habilita un procedimiento para resolver las posibles discrepancias médicas entre los servicios médicos de la entidad gestora y la inspección médica del servicio público de salud correspondiente. Siendo el órgano competente para resolver, el mismo que dicto la resolución, esto es, el Instituto Nacional de la Seguridad Social.

Cuando la cobertura de la incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales se hubiera concertado con una mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social, la mutua correspondiente efectuará ante el Instituto Nacional de la Seguridad Social o ante el Instituto Social de la Marina, según corresponda, propuesta de actuación en alguno de los sentidos indicados (para



reconocer la prórroga expresa de dicha situación, la iniciación de un expediente de incapacidad permanente o la emisión del alta médica, así como para emitir la baja médica producida dentro del período de seis meses posteriores a la citada alta médica, por la misma o similar patología), debiendo entenderse aceptada dicha propuesta por la entidad gestora si esta no se manifiesta en contrario en el plazo de los cinco días

#### **4.2.2 Competencia de la entidad gestora a partir de los 18 meses**

Una vez agotado el plazo máximo de 18 meses de incapacidad temporal, la entidad gestora será la única competente para determinar el nacimiento de la segunda prórroga, cuando, a través del órgano competente para evaluar, calificar y revisar la incapacidad permanente, se considere conveniente demorar la calificación de la incapacidad por entender que el proceso curativo no ha finalizado y que las lesiones son susceptibles de curación o mejoría.

Igualmente, en el supuesto de que el derecho al subsidio se extinga por el transcurso del plazo máximo establecido en el apartado a) del número 1 del artículo 128 y el trabajador hubiese sido dado de alta médica sin declaración de incapacidad permanente, sólo podrá generarse un nuevo proceso de incapacidad temporal por la misma o similar patología si media un período de actividad laboral superior a seis meses o si el Instituto Nacional de la Seguridad Social, a través de los órganos competentes para evaluar, calificar y revisar la situación de incapacidad permanente del trabajador, emite la baja a los exclusivos efectos de la prestación económica incapacidad temporal.

Nuevamente, resulta inexplicable la falta de visión global del legislador o la simple coordinación de preceptos. Una vez que se ha procedido a la reforma del artículo 128.1.a) provocando un cambio radical en la gestión de la incapacidad temporal, en la medida en que, como hemos visto, el único órgano competente para emitir el alta o la baja médica, a partir de los 12 meses será el Instituto Nacional de la Seguridad Social, a través de los órganos competentes para evaluar, calificar y revisar la incapacidad permanente del trabajador, no encontramos razonable la falta de reforma del párrafo segundo del artículo 131 bis.1, incorporado por la Ley 66/1997, de 30 de diciembre.

De esta forma, no solo el precepto queda como un recuerdo del pasado, sino que mantiene absurdamente el conflicto competencial. Lo más razonable, en una interpretación de conjunto, es entender que en el supuesto analizado del párrafo segundo del artículo 131bis.1 la competencia del Instituto Nacional de la Seguridad Social queda referida a la expedición la baja médica a todos los efectos.

## **VII.- RELACIONES ENTRE EL DESEMPLEO , LA INCAPACITADA TEMPORAL Y LA MATERNIDAD/ PARTERNIDAD: EL ARTICULO 222 DE LA LGSS**

### **1.-- INTRODUCCIÓN**

La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (en adelante LOI), dedica la disposición adicional decimoctava a incorporar las reformas correspondientes al Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio. Del conjunto de las reformas efectuadas en el LGSS, nos referiremos singularmente a las que tienen relación directa o indirecta con la protección por desempleo y especialmente a las siguientes:

- Apartado 6 del artículo
- Artículo 222.

Por su trascendencia el centro de análisis quedará referido al artículo 222, donde integraremos la reforma operada por el artículo 124.6, en la medida en que éste es complementario de aquel en sentido exclusivo.

Por otro lado, el Proyecto de Ley de Medidas sobre materias de Seguridad Social, procede a dar un tratamiento singular a las relaciones entre el desempleo y la incapacidad temporal, pero tan solo en aquellos supuestos en que la incapacidad temporal traiga su origen de accidente de trabajo y enfermedad profesional

### **2.- RELACIONES ENTRE EL DESEMPLEO LA INCAPACIDAD TEMPORAL Y LA MATERNIDAD: CARACTERIZACIÓN Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA.**

#### **2.1.- La coordinación de contingencias.**

Cada una de las contingencias cubiertas por nuestro Sistema de Seguridad Social, tiene su propia construcción teórica y una estructura técnica singular e independiente. Sin embargo, entre todas ellas existen puentes de conexión e interrelaciones cuya ordenación jurídica es imprescindible en una estructura de Sistema. La ordenación referida debe buscar el equilibrio entre las contingencias que coincidan o se sucedan en el tiempo, permitiendo, en la medida de lo razonable, que cada espacio protector mantenga su singularidad y funcionalidad. Todo ello, sin olvidar que la norma debe evitar, o al menos, no facilitar la utilización indebida de los instrumentos protectores.

En términos generales se puede afirmar, que esta es una materia a la que el legislador ha prestado poca atención y cuando lo ha hecho el resultado ha sido poco satisfactorio, bien porque la medida tenía vocación antifraude, bien porque buscaba finalidades distintas de la simple coordinación. Cuando esto ocurre, esto es, cuando el legislador procede a la coordinación de contingencias al margen de su espacio propio, incorpora normalmente una finalidad singular y ajena que es la que actúa como elemento directriz, de forma que el objetivo concreto deseado se convierte en un fin en si mismo, quedando la coordinación en un mero instrumento. No es aventurado afirmar que el resultado del referido modus operandi suele ser bastante insatisfactorio, convirtiendo lo armónico en desarmónico.

Cuando la contingencia estrella es la maternidad, la problemática común a las reglas de coordinación pierde relevancia, básicamente por la singularidad e independencia de los intereses jurídicos tutelados por la maternidad, que adquieren un protagonismo propio. Hasta tal punto esto es así, que en caso contrario la finalidad protectora desaparece, se diluye o pierde su esencia, hasta llegar a convertirse en grotesco cuando la maternidad se ve arrastrada por reformas que incorporan medidas antifraude.

## **2.2.- La ubicación histórica**

El entendimiento del alcance de la reforma operada por la LOI en la coordinación de las contingencias de maternidad y desempleo, así como del Proyecto de Ley de Medidas en materia de Seguridad Social, sobre la coordinación de la incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales y el desempleo, exige ubicar históricamente la ordenación de ambas contingencias y el entramado de sus relaciones.

Como punto de partida es necesario advertir, que las reglas de coordinación han referido clásicamente a las relaciones entre la incapacidad temporal (antes incapacidad laboral transitoria) y el desempleo. La afirmación exige dos matizaciones. Por un lado, la maternidad ha carecido de identidad propia hasta fechas recientes (como veremos, las reformas incorporadas por la Ley 42/1994, de 30 de diciembre), lo que quiere decir, que la incapacidad laboral transitoria, primero, y la incapacidad temporal, después, actuaban como contingencias aglutinadoras sin ordenación específica y singularizada de la maternidad. Por otro lado, la ordenación coordinadora, razonable o no, se ha producido siempre desde las normas reguladoras del desempleo, lo que ha proyectado una visión singular de la ordenación con matices ajenos a la mera coordinación de contingencias.

Una de las primeras referencias la encontramos en el artículo 175 del LGSS (74), que al regular el desempleo en el Título II, Capítulo XI, establece que si por causa no imputable al trabajador que se encontrara en incapacidad laboral transitoria se extinguiera su contrato de trabajo, pasará a la situación legal de desempleo, en los términos que reglamentariamente se determinen.

La salida del desempleo del LGSS (74) operada a través de la Ley Básica de Empleo (Ley 8/1980, de 8 de octubre) traslado la coordinación entre la incapacidad laboral transitoria y el desempleo al artículo 27 del Real Decreto 920/1981, de 24 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de prestaciones por desempleo, diferenciado los espacios cronológicos en que la coordinación debe operar, por un lado, la extinción del contrato de trabajo durante la situación de incapacidad laboral transitoria y, por otro, la aparición de la incapacidad laboral transitoria durante la situación por desempleo.

Posteriormente, la reforma de la Ley Básica de Empleo operada por la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de Protección por desempleo, volvió a prestar atención a la coordinación entre ambas contingencias, regulando en su artículo 19 el régimen aplicable en función del orden cronológico en que se suceden la incapacidad laboral transitoria y el desempleo.

La referida ordenación constituye el antecedente inmediato de la regulación incorporada al Texto Refundido de 1994. En efecto, la ordenación de la protección por desempleo contenida en la Ley 31/1984, de 2 de agosto, fue incorporada al Título III del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto

Legislativo 1/1994, de 20 de junio, que dedicó a la coordinación de la incapacidad laboral transitoria y el desempleo el artículo 222.

Finalmente la reordenación de la incapacidad laboral transitoria como incapacidad temporal y la configuración de la maternidad como contingencia independiente, operada por la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, determinó que la disposición final tercera de la referida Ley incorporara las siguientes salvedades:

- *..... las referencias que se efectúan a la situación de incapacidad laboral transitoria derivada de maternidad, se entenderán efectuadas a la situación de maternidad.*
- *De igual modo, las referencias que a la incapacidad laboral transitoria se contienen en el artículo 222 del Texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, se entenderán realizadas tanto a la situación de incapacidad temporal, como a la de maternidad, reguladas en la presente Ley”*

De esta forma, la Ley 42/1994 procedió a dar independencia terminológica a la contingencia de maternidad, incluyendo específicamente su identidad propia en el entramado de relaciones con el desempleo ordenado en el artículo 222 del LGSS.

### **2.3.- El origen de la confusión.**

Podemos decir que el origen de la defectuosa coordinación de la maternidad y el desempleo se encuentra en la reforma operada por Ley 42/1994, de 30 de diciembre. En efecto, la Ley procedió simplemente a dar independencia (disp.final 3<sup>a</sup>) terminológica a la maternidad, sin asumir que, aunque necesario, no era suficiente. Establecer que “ las referencias que a la incapacidad laboral transitoria se contienen en el artículo 222 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, se entenderán realizadas tanto a la situación de incapacidad temporal, como a la de maternidad...”, era tanto como dejar las cosas como estaban, en la medida en que la ordenación coordinadora no variaba su contenido. De esta forma, las reglas contenidas en el artículo 222 se aplicaban igual antes de la reforma de la Ley 42/1994, que después de su aplicación. Antes, al aplicarse las reglas referidas a la incapacidad laboral transitoria y a la incapacidad laboral transitoria por maternidad, después, al aplicarse *las mismas reglas* y sin ninguna distinción a una dualidad de contingencias, a saber, la incapacidad temporal y la maternidad.

El artículo 222 del LGSS, siguiendo su trayectoria histórica, ordenaba las relaciones entre la incapacidad temporal-maternidad y el desempleo, diferenciado el orden de aparición cronológica de cada contingencia. Así, por lo que se refiere a la situación del trabajador que ve extinto su contrato de trabajo durante la situación de incapacidad temporal, el apartado 1 del artículo 222 establecía que: “*cuando el trabajador se encuentre en situación de incapacidad laboral transitoria y durante ella se extinga su contrato, por alguna de las causas previstas en el apartado 1 del artículo 208, seguirá percibiendo la prestación por incapacidad laboral transitoria hasta que se extinga dicha situación, pasando entonces a la situación legal de desempleo y a percibir, si reúne los requisitos necesarios, la correspondiente prestación. En este caso no se descontará del período de percepción de la prestación por desempleo el tiempo*

*que hubiera permanecido en situación de incapacidad laboral transitoria”. Por otro lado, cuando la situación de incapacidad-maternidad aparecía durante la situación de desempleo, el apartado 2 del artículo 222 establecía que: “cuando el trabajador esté percibiendo la prestación por desempleo total y pase a la situación de incapacidad laboral transitoria percibirá la prestación por esta última contingencia en cuantía igual a la prestación por desempleo, salvo que la que le correspondiera por incapacidad laboral transitoria fuera superior, en cuyo caso percibirá esta última. El período de percepción de la prestación por desempleo no se ampliará por la circunstancia de que el trabajador pase a la situación de incapacidad laboral transitoria. Durante dicha situación, la entidad gestora de las prestaciones por desempleo continuará satisfaciendo las cotizaciones a la Seguridad Social conforme a lo previsto en el párrafo b) del apartado 1 del artículo 206”.*

Como ha quedado referido Ley 42/1994 no apporto ninguna novedad, permitiendo que en el futuro la maternidad quedara inmersa en las políticas antifraude. Lo cierto es que la defectuosa ordenación operada en el momento legislativamente oportuno ha durado, con matices y como veremos, hasta la reciente reforma operada por la Ley Orgánica 3/2007, esto es, ni mas ni menos que 13 años. Lo razonable hubiera sido reformar el artículo 222 y dar un tratamiento diferenciado a las relaciones entre la maternidad y el desempleo.

#### **2.4.- La reforma del artículo 222 por la Ley 66/1997 y la primera referencia singular a la maternidad.**

Con la misma inercia histórica y con vocación casuística ajena a la mas elemental regla armonizadora, la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, procedió a reformar el numero 2 del artículo 222, utilizando ya la nueva terminología referida a la incapacidad temporal y singularizando la situación de maternidad. La reforma se produjo en los siguientes términos:

*“Cuando el trabajador esté percibiendo la prestación por desempleo total y pase a la situación de incapacidad temporal percibirá la prestación por esta contingencia en cuantía igual a la prestación por desempleo. Cuando el trabajador esté percibiendo la prestación por desempleo total y pase a la situación de maternidad, percibirá la prestación por maternidad en la cuantía que corresponda.*

*El período de percepción de la prestación por desempleo no se ampliará por la circunstancia de que el trabajador pase a la situación de incapacidad temporal o maternidad. Durante dicha situación, la entidad gestora de las prestaciones por desempleo continuará satisfaciendo las cotizaciones a la Seguridad Social conforme a lo previsto en el párrafo b) del apartado 1 del artículo 206”.*

Desde una perspectiva estructural, la reforma del 97 propicio que el artículo 222 reflejara dos caras. Una, el numero 1 de viejo contenido, donde las referencias y la ordenación pivotaba sobre la incapacidad laboral transitoria, en el entendimiento de que debía entenderse referida a la incapacidad temporal y a la maternidad (disp. Final 3ª de

la Ley 42/1994) y sin la más mínima referencia a la maternidad como contingencia autónoma. Otra, el número 2 de nuevo cuño, donde la terminología se actualizaba y se diferenciaba el régimen de la maternidad. No cabe duda, que la racionalidad estaba en haber dado nueva redacción completa al artículo 222 del LGSS.

Siendo importante lo anterior, la reforma del 97 fue nuevamente una reforma tangencial que provocó que cayera en su propia trampa. En efecto, tradicionalmente el número 2 del artículo 222 establecía que cuando el trabajador estaba percibiendo la prestación por desempleo total y pasaba a la situación de incapacidad temporal percibirá la prestación por ésta contingencia en cuantía igual a la prestación por desempleo. La regla era igualmente aplicable a la maternidad (percibirá la prestación por maternidad en cuantía igual a la prestación por desempleo), lo que suponía un retroceso en la protección en la medida en que la prestación por desempleo era inferior a la prestación por maternidad situada en el 100 por 100 de la base reguladora desde la reforma de la Ley 42/1994. La nueva ordenación salva la incongruencia y recompone la coordinación entre ambas situaciones, de forma que cuando se produzca la maternidad durante la situación de desempleo, la trabajadora pasará a percibir la prestación por maternidad, esto es, el 100 por 100 de la base reguladora.

El establecimiento de una prestación de cuantía única durante el desempleo (percibirá la prestación por...en cuantía igual a la prestación por desempleo) pretende evitar “la búsqueda” de una prestación superior. Sin embargo, la hipótesis de la “búsqueda” es inapropiada para la maternidad, de ahí lo razonable de la reforma del 97.

Lo que he denominado “la trampa de la reforma” está ubicada en el segundo párrafo del número 2 del artículo 222. En el referido párrafo se establece como medida antifraude que, el periodo de percepción de la prestación por desempleo no se ampliara por la circunstancia de que el trabajador pase a la situación de incapacidad temporal. La medida pretende evitar la “búsqueda” de una extensión del tiempo de protección. ¿Dónde está la trampa?. A mi juicio, el legislador cumplió con su objetivo reformador dando a la maternidad la independencia que correspondía en el párrafo primero del número 2 del artículo 222 (cuando se produzca la maternidad durante la situación de desempleo, la trabajadora pasará a percibir la prestación por maternidad) y al tiempo, actualizó simplemente la terminología del párrafo segundo, sustituyendo la referencia a la incapacidad laboral transitoria por las contingencias de incapacidad temporal y maternidad. En efecto, la única variación del párrafo segundo está en el espacio terminológico, de forma que tras la reforma el precepto establece que: “el periodo de percepción de la prestación por desempleo no se ampliara por la circunstancia de que el trabajador pase a la situación de incapacidad temporal o maternidad”.

Si la explicación es correcta, la trampa propicio que la maternidad quedara inmersa en las medidas antifraude ordenadas desde la protección por desempleo con la finalidad de evitar la búsqueda de la extensión del tiempo de protección, lo que carece de la más mínima racionalidad. Pensemos que la irracionalidad es simplemente imputable a una defectuosa técnica legislativa.

## **2.5.- La nueva ordenación del artículo 222 del LGSS operada por la Ley 24/2001: una oportunidad perdida.**

Nuevamente la coordinación entre las contingencias de desempleo, incapacidad <sup>121</sup>temporal y maternidad eran objeto de reforma en el año 2001. En efecto, la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, procedió a dar una nueva redacción al artículo 222 del LGSS. Previamente se había aprobado por Real Decreto 1251/2001, de 16 de noviembre, el Reglamento de las prestaciones de maternidad y riesgo durante el embarazo

El precepto mantiene su estructura tradicional diferenciando las relaciones entre las diferentes contingencias según su orden cronológico, si bien de forma mas singularizada al diferenciar las situaciones de incapacidad temporal y de maternidad.

Sin perjuicio de los temas estructurales, la reforma tiene un objetivo claro de marcado calado antifraude. Parecía constatable una indebida utilización del juego de las contingencias de incapacidad temporal y desempleo, tanto en los supuestos de extinción del contrato, como durante la percepción de la prestación por desempleo. En el primer caso, se observaba una creciente utilización de la incapacidad temporal en el momento de la extinción de los contratos temporales con la finalidad de ampliar el tiempo de protección, sumando al desempleo acreditado el tiempo que pudiera permanecer en incapacidad temporal. En el segundo y con la misma finalidad, se observaba una utilización frecuente de la incapacidad temporal en el momento previo a la finalización del tiempo de prestación por desempleo acreditado. Todo ello, sin perjuicio de la construcción doctrinal nunca pacífica sobre la coordinación de ambas contingencias.

Ante la situación descrita, la respuesta del legislador fue dirigida a romper, al menos parcialmente, la conexión entre las referidas contingencias. Veamos en que terminos.

### **2.5.1 La incapacidad temporal y el desempleo**

Las relaciones entre la incapacidad temporal y el desempleo se ordenan en el numero 1 del artículo 222 al establecer que :

*” Cuando el trabajador se encuentre en situación de incapacidad temporal y durante la misma se extinga su contrato seguirá percibiendo la prestación por incapacidad temporal en cuantía igual a la prestación por desempleo hasta que se extinga dicha situación, pasando entonces a la situación legal de desempleo en el supuesto de que la extinción se haya producido por alguna de las causas previstas en el apartado 1 del artículo 208 y a percibir, si reúne los requisitos necesarios, la prestación por*

---

<sup>121</sup> M. CARDENAL CARRO “Con ocasión del Real Decreto 1251/2001 (RCL 2001, 2768), sobre índices de natalidad y trabajo”, Aranzadi Social, nº 16, 2001; MP.RIVAS VALLEJO “El Real Decreto 1251/2001: el largamente esperado Reglamento de las prestaciones por maternidad y riesgo durante el embarazo”, Aranzadi Social, nº 20, 2002. S.RODRÍGUEZ ESCANCIANO “La suspensión del contrato de trabajo por maternidad y supuestos asimilados: breves consideraciones tras la promulgación del Real Decreto 1251/2001, de 16 de noviembre”, Revista de Trabajo y Seguridad Social, nº 227, 2002 y JA. PANIZO ROBLES, La protección por maternidad en la Seguridad Social (comentarios al Real Decreto 1251/2001, por el que se aprueban las prestaciones económicas del sistema de la seguridad social por maternidad y riesgo durante el embarazo, en RMTyAS num. 34/2002, pag. 16

*desempleo contributivo que le corresponda de haberse iniciado la percepción de la misma en la fecha de extinción del contrato de trabajo, o el subsidio por desempleo.*

*En todo caso, se descontará del período de percepción de la prestación por desempleo, como ya consumido, el tiempo que hubiera permanecido en la situación de incapacidad temporal a partir de la fecha de la extinción del contrato de trabajo.*

*La entidad gestora de las prestaciones por desempleo efectuará las cotizaciones a la Seguridad Social conforme a lo previsto en el párrafo b) del apartado 1 del artículo 206, asumiendo en este caso la aportación que corresponde al trabajador en su totalidad por todo el período que se descuenta como consumido”.*

La primera secuencia temporal regulada en el artículo 222.1, refiere a los supuestos en que el contrato de trabajo se extinga mientras el trabajador se encuentren en situación de incapacidad temporal. En estos casos el trabajador continuará percibiendo la prestación de incapacidad temporal en cuantía igual a la prestación por desempleo hasta que dicha situación se extinga, pasando entonces a percibir la prestación por desempleo...”

Los efectos de la coordinación efectuada por el artículo 222.1 son los siguientes:

- El tiempo que hubiera permanecido en incapacidad temporal a partir de la extinción del contrato se descontará del período que acredite de protección por desempleo.
- Como consecuencia de lo anterior, durante este tiempo subsiste la obligación de cotizar a cargo de la entidad gestora del desempleo, con la singularidad de que asume la aportación correspondiente al trabajador en su totalidad.

Los interrogantes que el precepto ofrece son múltiples y variados, a saber:

- Qué ocurre si no hay derecho al desempleo.
- Qué ocurre si el tiempo acreditado de desempleo es inferior al tiempo de incapacidad temporal.
- Qué ocurre si el trabajador no acredita derecho al desempleo contributivo y sí lo acredita en el nivel asistencial. ¿Cómo se coordina una prestación contributiva y una asistencial? ¿La prestación que continuara percibiendo desde la extinción del contrato será la del subsidio asistencial?

La reforma silenció estas y otras cuestiones. Posiblemente los defectos de ordenación o sus dificultades, traen su origen en la premura por poner fin a la mala utilización de la incapacidad temporal en la finalización de los contratos temporales, utilizada aquélla como instrumento para extender el tiempo de protección o para obtener protección en los supuestos de carecer de derecho al desempleo. La inoperancia de los mecanismos de control llevó al legislador a utilizar la vía más agresiva, a saber, que el tiempo de incapacidad temporal consume tiempo de desempleo. De esta forma la efectividad del control y la contención del gasto se imputan al trabajador. El tiempo de protección es único y el trabajador sabrá en qué gasta su tiempo de protección.



## 2.5.2 La Maternidad y el desempleo

Como decía una de las novedades estructurales y de contenido de la reforma operada por la Ley 24/2001, fue la ordenación singular de las relaciones entre la maternidad y el desempleo. Así, el número 2 del artículo 222 establecía que:

*“Cuando el trabajador se encuentre en situación de maternidad y durante la misma se extinga su contrato, por alguna de las causas previstas en el apartado 1 del artículo 208, seguirá percibiendo la prestación por maternidad hasta que se extinga dicha situación, pasando entonces a la situación legal de desempleo y a percibir, si reúne los requisitos necesarios, la correspondiente prestación. En este caso no se descontará del período de percepción de la prestación por desempleo de nivel contributivo el tiempo que hubiera permanecido en situación de maternidad”.*

La primera apreciación a realizar resulta casi obvia de la lectura del precepto, a pesar de la ordenación separada de la maternidad la sombra del desempleo está presente en todos los espacios. Cierto es, que el objetivo de la norma es la coordinación entre las prestaciones de maternidad y desempleo, pero también lo es, como ya he apuntado, que al utilizar como perspectiva de ordenación el desempleo, se corre el peligro de que la contingencia coordinada pierda parte de la sustantividad que le es propia.

Prueba de lo anterior es la vinculación de la extinción del contrato a las causas previstas en el artículo 208.1 del LGSS, esto es, la exigencia de que la extinción constituya situación legal de desempleo. A este tema, me referiré detenidamente en el epígrafe siguiente referido a la reforma de la Ley de Igualdad, no obstante conviene advertir desde ahora, que o bien el precepto está mal redactado ( la causa de la extinción opera para abrir las puertas del desempleo y no para mantener la prestación por maternidad) lo que lleva a la confusión, o bien la exigencia es inapropiada y carece de virtualidad.

Posiblemente, el elemento más destacable que surge de la ordenación separada de la maternidad y el desempleo, es la independencia de los espacios protectores, en la medida en que las reglas antifraude aplicables a las relaciones entre la incapacidad temporal y el desempleo, carecen de cualquier racionalidad cuando se aplican a la maternidad. El resultado, como no podía ser de otra forma y así lo he planteado en múltiples ocasiones, es que el tiempo de maternidad tras la extinción del contrato de trabajo no consume tiempo de desempleo acreditado. De ello deriva, por un lado, que la maternidad se mantendrá hasta su extinción conforme a sus propias reglas ordenadoras y, por otro, que el desempleo nacerá al agotamiento de la maternidad, también conforme a sus propias reglas.

La extinción del contrato de trabajo y el mantenimiento de la protección por maternidad, plantea el interrogante de qué ocurre con la obligación de cotizar. Pues bien, siguiendo la consolidada doctrina del Tribunal Supremo (STS 18-IX y 27-XI-1991 y 27-I-1992, entre otras) que no comparto, tras la extinción de contrato desaparece la obligación de cotizar. La medida constituye, como también he denunciado<sup>122</sup>, un elemento de penalización impropio en la protección por maternidad en función del bien jurídico

---

<sup>122</sup> A esta problemática nos referimos en M. ALONSO OLEA y JL TORTUERO PLAZA, *Instituciones de Seguridad Social*, Madrid, edit. Civitas, 18 edic., 202, pag.291. También a este respecto, analizando su régimen jurídico, JF. LOUSADA AROCHENA, *El derecho a la maternidad de la mujer trabajadora*, Madrid, Instituto de la Mujer, 2002, pags. 264-266

protegido y de la relevancia social de la maternidad. En base a ello, se hace imprescindible considerar el tiempo de maternidad subsistente tras la extinción del contrato, como tiempo cotizado a la seguridad social a todos los efectos<sup>123</sup>

### **2.5.3 El desempleo, la incapacidad temporal y la maternidad**

La Ley da también nueva redacción al número 3 del artículo 222 con el siguiente tenor:

*“Cuando el trabajador esté percibiendo la prestación de desempleo total y pase a la situación de incapacidad temporal que constituya recaída de un proceso anterior iniciado durante la vigencia de un contrato de trabajo, percibirá la prestación por esta contingencia en cuantía igual a la prestación por desempleo. En este caso, y en el supuesto de que el trabajador continuase en situación de incapacidad temporal una vez finalizado el período de duración establecido inicialmente para la prestación por desempleo, seguirá percibiendo la prestación por incapacidad temporal en la misma cuantía en la que la venía percibiendo.*

*Cuando el trabajador esté percibiendo la prestación de desempleo total y pase a la situación de incapacidad temporal que no constituya recaída de un proceso anterior iniciado durante la vigencia de un contrato de trabajo, percibirá la prestación por esta contingencia en cuantía igual a la prestación por desempleo. En este caso, y en el supuesto de que el trabajador continuase en situación de incapacidad temporal una vez finalizado el período de duración establecido inicialmente para la prestación por desempleo, seguirá percibiendo la prestación por incapacidad temporal en cuantía igual al 75 % del salario mínimo interprofesional, excluida la parte proporcional de las pagas extras.*

*Cuando el trabajador esté percibiendo la prestación por desempleo total y pase a la situación de maternidad, percibirá la prestación por esta última contingencia en la cuantía que corresponda.*

*El período de percepción de la prestación por desempleo no se ampliará por la circunstancia de que el trabajador pase a la situación de incapacidad temporal o maternidad. Durante dicha situación, la entidad gestora de las prestaciones por desempleo continuará satisfaciendo las cotizaciones a la Seguridad Social conforme a lo previsto en el párrafo b) del apartado 1 del artículo 206”.*

El precepto tiene como objetivo central ordenar con criterios antifraude las relaciones entre el desempleo y la incapacidad temporal, dando un tratamiento diferenciado a los supuestos de incapacidad temporal que surjan durante el desempleo, en función de si aquella constituye o no recaída de un proceso anterior iniciado durante la vigencia del contrato de trabajo.

Por otro lado y siguiendo el precedente de la Ley 66/1997 que ya analizaremos, da un tratamiento separado a los supuestos de maternidad, de forma que cuanto ésta surja durante la percepción de la prestación por desempleo, dejará de percibir ésta para recibir

---

<sup>123</sup> Esta propuesta la efectué en JLTORTUERO PLAZA, *50 Propuestas para racionalizar la maternidad y facilitar la conciliación laboral*, Madrid, edit. Civitas-Thomson, 2006, pag.164

la prestación por maternidad en la cuantía legalmente establecida, esto es, el 100 por 100 de la base reguladora.

Cumplido el objetivo de la reforma, el último párrafo del número 3 del artículo 222 queda invariable, reproduciéndose en los mismos términos incorporados por la Ley 66/1997. De esta forma, se establece que, “el período de percepción de la prestación por desempleo no se ampliará por la circunstancia de que el trabajador pase a la situación de incapacidad temporal o maternidad”<sup>124</sup>.

Cuando la maternidad se produce en tiempo de prestación por desempleo, la regulación es penalizadora de la maternidad, en la medida en que el tiempo de descanso no amplía el período de percepción del desempleo. Dicho en otros términos, cada día de maternidad consume un día de desempleo acreditado. De este modo se superponen de forma incorrecta y penalizadora los dos bienes jurídicos objeto de protección, provocando que el tiempo dedicado al cuidado del hijo se descuenta del tiempo subvencionado destinado a la búsqueda activa de empleo. En efecto, la norma tiene un marcado carácter antifraude que no es aplicable a la maternidad. La gestación y el cuidado de los hijos no se puede acelerar para consumir el menor tiempo posible de desempleo<sup>125</sup>. Se hace necesario racionalizar la situación de forma que, la maternidad interrumpa el tiempo de prestación por desempleo, permitiendo que cada contingencia opere en el espacio protector que le es propio<sup>126</sup>.

### **3.- EL DESEMPLEO Y LA LEY DE IGUALDAD**

#### **3.1.- Los bloques reformados: una valoración general**

La Ley Orgánica de Igualdad ha procedido nuevamente a la reforma del artículo 222 del LGSS, con la finalidad de dar un tratamiento razonable y coherente a las relaciones entre la maternidad y el desempleo, al tiempo que incorpora con el mismo alcance la nueva contingencia de la paternidad. A tal efecto la disposición adicional decimoctava números quince, dieciséis y diecisiete de la LOI da nueva redacción al apartado 2, a los párrafos 3º y 4º del apartado 3 e incorpora un nuevo párrafo 5º al referido apartado 3.

Siguiendo la trayectoria reformista en la materia, se ha renunciado a dar un tratamiento diferenciado y en precepto separado a la coordinación de la maternidad, la paternidad y el desempleo, de forma que en el mismo precepto conviven las relaciones entre la incapacidad temporal y el desempleo, así como, las ya referidas entre la maternidad y la paternidad y el desempleo. La estructura del precepto se hará todavía más compleja con la futura reforma del artículo 222 contenida en la Ley de Medidas sobre materias de Seguridad Social, que procederá a dar un tratamiento singular a los supuestos en que la

---

<sup>124</sup> La problemática que plantea el precepto ha sido analizada por J- LUJAN ALCARAZ, *Desempleo, maternidad e incapacidad temporal*, en AAVV (Dir. A. SEMPERE NAVARRO) “Comentarios a la Ley General de Seguridad Social”, Murcia, edit. Laborum, 2003, págs. 1183 y ss.; J. GUALDA ALCALA, *Problemas aplicativos de la ordenación de las prestaciones de incapacidad temporal y desempleo tras la Ley 24/2001*, en Revista Derecho Social, num. 18/ 2002.

<sup>125</sup> La denuncia de esta situación la he planteado en varios trabajos, entre ellos, JL TORTUERO, *Aspectos jurídicos de las prestaciones: el desempleo y las pensiones*, Fundación BBV, 1996, pag.13; *Regimen jurídico de la incapacidad temporal: una perspectiva general*, en Rev. Foro de Seguridad Social, num. 12/13, julio 2005, pag.11 a 13 y finalmente en *50 propuestas ...cit*, pag.163

<sup>126</sup> A esta propuesta me referí en JL TORTUERO, *50 propuestas...cit*, pag.164

incapacidad temporal traiga su origen de accidente de trabajo y enfermedad profesional. En definitiva, el artículo 222 se convertirá en un precepto excesivamente extenso, con demasiada casuística, donde no es fácil conseguir la claridad sistemática necesaria y la armonía del conjunto de situaciones que se pretenden coordinar. La evolución histórica que he realizado, es una buena prueba de la dificultad apuntada y de lo sencillo que resulta la invasión de medidas de naturaleza antifraude a contingencias que deben tener un tratamiento separado y blindado. Como veremos, la hipótesis ya se hecho realidad y el entramado normativo resultante de la reforma de la LOI contiene elementos de ordenación del desempleo aplicados a la maternidad y a la paternidad.

La LOI procede también a reformar el apartado 6 del artículo 124, con la finalidad de otorgar a las situaciones de maternidad y paternidad la protección necesaria y deseable. A tal efecto, se consideran cotizados los periodos de maternidad y paternidad que subsistan a la extinción del contrato de trabajo, o que se inicien durante la prestación por desempleo, en los términos que analizaré mas adelante. En varias ocasiones he reclamado y defendido teóricamente la reforma que incorpora la LOI, por lo que entiendo que es una reforma acertada y necesaria. Sin embargo, desde una perspectiva estructural, hubiera sido conveniente que el artículo 222 hiciera alguna referencia al artículo 124.6 con la finalidad de que la mejora en la protección estuviera presente en la coordinación que el artículo 222 ordena. Igualmente hubiera sido conveniente que el artículo 124.6 hiciera referencia al artículo 222. La ordenación separada y carente de cualquier referencia dificulta su comprensión y complementariedad, singularmente cuando el artículo 124.6 esta dedicado en exclusiva a dar respuesta a las situaciones planteadas en el artículo 222.

### **3.2.- Los silencios históricos: la coordinación con el subsidio por desempleo**

Antes de iniciar el análisis de cada contingencia, conviene hacer referencia a la ausencia de regulación en los supuestos en que las contingencias se produzcan mientras el trabajador percibe el subsidio de desempleo asistencial. La ausencia de regulación es histórica y ha sido completada por la doctrina jurisprudencial de unificación, que desde hace tiempo conceptúa el nivel asistencial en términos de exclusión ( STSud. 26-VII-1993 y 28-IV-1995). La doctrina es mas que discutible, por un lado, el nivel asistencial es parte inseparable de la protección contributiva por desempleo, aunque para la extensión de la protección se exija carencia de rentas y, por otro, los componentes teóricos se reproducen en los mismos términos, a saber: la situación incapacitante impide responder al compromiso de actividad y se mantiene el efecto sustitución aunque el subsidio tenga el calificativo de asistencial. En definitiva, el silencio normativo y la doctrina jurisprudencial se empeñan en negar una realidad innegable.

Los razonamientos expuestos alcanzan su máxima expresión hasta el punto de rozar lo socialmente reprochable cuando la negativa ordenadora refiere a los procesos de maternidad y paternidad, donde el bien jurídico protegido tiene sustantividad propia y es prioritario e independiente del nivel estructural de desempleo en que se encuentre la trabajadora o el trabajador.

El subsidio asistencial carece de cualquier regla de coordinación de contingencias, configurándose como un espacio protector ajeno a la modalidad contributiva. Ambas cuestiones son radicalmente erróneas y carecen de la más mínima justificación. Prueba de ello son los múltiples problemas que ha dado el régimen jurídico del subsidio para

mayores de 52 años y las repuestas jurisprudenciales, incluidas las del TJCE de 20 de febrero de 1997 que califico el subsidio como un espacio de protección por desempleo con todos sus efectos. La ausencia de regulación es por tanto incomprensible.

Incluso desde una perspectiva estructural, la ausencia de regulación carece de sentido. En efecto, el artículo 222 del LGSS esta ubicado en el Capítulo IV que lleva como rubrica “Régimen de las prestaciones”. El titulo hace referencia a una ordenación común a los niveles contributivo y asistencial y, sin embargo, el artículo 222 se circunscribe al nivel contributivo, ignorando el asistencial.

La idea protectora de la maternidad y de la conciliación de la vida personal y laboral que subyace en la LOI, hace más incomprensible, si cabe, la ausencia de regulación referida a las situaciones de maternidad y paternidad que surjan durante la percepción del subsidio por desempleo.

Desde una perspectiva conceptual, es claro que las situaciones de maternidad y paternidad impiden responder a las exigencias del compromiso de actividad en todas sus dimensiones, planteándose una especie de incompatibilidad de situaciones. En este orden, es claro, como veremos, que el ordenamiento jurídico da prioridad protectora a las referidas situaciones, produciéndose una especie de mutación en el planteamiento protector en todos sus espacios. En efecto, lo relevante deja de ser “la situación de parado” para adquirir dimensión propia las situaciones de maternidad y paternidad. Esta mutación alcanza a todo el espacio protector, desde la esfera económica (sustitución de la prestación por desempleo por la propia de la maternidad / paternidad, del 100 por 100 de la base reguladora), hasta la consideración de los tiempos de descanso y licencia como periodos cotizados a la seguridad social. Pero aun más, la mutación es respetuosa con los diferentes intereses jurídicos objeto de protección, de forma que la tutela de la maternidad / paternidad no disminuye o vacía de contenido la tutela del desempleo, simplemente ésta se aplaza en el tiempo.

Ignorar todo lo anterior por el mero hecho de que el trabajador este percibiendo el subsidio por desempleo es poco razonable desde cualquier perspectiva. Pero aun más, el silencio normativo no altera la realidad de las cosas, simplemente las ignora, lo que ya es bastante incomprensible. Su evidencia se constata con el simple hecho de responder a la siguiente pregunta ¿en qué situación estará la mujer receptora del subsidio asistencial por desempleo en el momento del parto y en el tiempo posterior?, ¿respondiendo a las obligaciones asumidas en el compromiso de actividad?.

Desde la perspectiva comparativa de las situaciones protegidas por nuestro Sistema después de las reformas incorporadas por la LOI, el análisis nos conduce igualmente a un resultado poco razonable. En términos contributivos la situación seria la siguiente: una trabajadora incorporada al Sistema puede acceder a la protección por maternidad aunque no acredite los periodos de cotización exigidos, tanto si es menor de 21 años (art.133 ter.1.a), como si es mayor de la referida edad ( art.133 sexies), la diferencia se circunscribe a la duración, la cuantía y la financiación del espacio protector (art.133 septies). Por el contrario, para acceder al subsidio por desempleo es necesario en términos generales haber pasado por el nivel contributivo del desempleo y, por tanto, haber acreditado, al menos 360 días de cotización (art. 207.a) o entre 3 y 6 meses si se accede directamente al subsidio (art.215.1.2). En definitiva, una trabajadora que no acredita las cotizaciones exigidas tiene protección por maternidad y una trabajadora que

cumple con creces los periodos de cotización exigidos, carece de protección por maternidad por el mero hecho de estar en situación de desempleo asistencial.

El hecho diferencial entre los distintos espacios protegidos que se han analizado, se circunscribe a la exigencia de “carencia de rentas” propia de los niveles asistenciales y a la configuración del estadio protector correspondiente al referido nivel. Pues bien, la diferencia es precisamente la que debería justificar la protección. Si la maternidad ha alcanzado un nivel de protección autónomo por su propia relevancia social, con mayor motivo debe alcanzarlo cuando, además de haber contribuido suficientemente al sistema, se carece de rentas en un momento dado. En estas situaciones, el estado de necesidad es doble y acumulativo, por lo que el silencio normativo y la carencia de protección son del todo incomprensible y socialmente reprochables.

### **3.3.- Coordinación de contingencias: la maternidad, la paternidad y el desempleo**

Como ya hemos visto, el artículo 222 coordina las contingencias de desempleo, incapacidad temporal, maternidad y paternidad, utilizando como hecho diferencial la secuencia cronológica en que las contingencias de produzcan, esto es, si el contrato de trabajo se extingue ( hecho determinante del desempleo) durante las referidas contingencia, o si éstas se producen durante la percepción de la prestación por desempleo.

Analizaré de forma diferencial cada uno de los supuestos referidos a las contingencias de maternidad y paternidad.

#### **3.3.1 La maternidad / paternidad y el desempleo.**

Como hemos visto, la LOI procede a dar nueva redacción al artículo 222.2 en los siguientes términos:

*“Cuando el trabajador se encuentre en situación de maternidad o de paternidad y durante las mismas se extinga su contrato por alguna de las causas previstas en el apartado 1 del artículo 208, seguirá percibiendo la prestación por maternidad o por paternidad hasta que se extingan dichas situaciones, pasando entonces a la situación legal de desempleo y a percibir, si reúne los requisitos necesarios, la correspondiente prestación. En este caso no se descontará del período de percepción de la prestación por desempleo de nivel contributivo el tiempo que hubiera permanecido en situación de maternidad o de paternidad”.*

La única novedad de la reforma ha sido la incorporación de la paternidad al entramado coordinador con la situación de desempleo, de forma que las previsiones existentes son ahora aplicables tanto a la maternidad como a la paternidad.

Destacada la novedad, es necesario resaltar las imperfecciones del precepto que el legislador ha ignorado o no ha querido corregir.

En primer lugar, se exige que “el contrato de trabajo se extinga por alguna de las causas previstas en el apartado 1 del artículo 208”, esto es, que la extinción contractual constituya situación legal de desempleo. La exigencia carece de sentido, como ya he

afirmado en alguna ocasión, y pone de manifiesto la perversa influencia de la coordinación efectuada desde la ordenación del desempleo, que ciega al legislador a la hora de conformar un espacio protector nuevo. Todo ello sin perjuicio, del vicio nada positivo de utilizar el viejo precepto para conformar el nuevo, sin plantearse si el resultado final es armónico con el objetivo buscado por la reforma.

La exigencia de que la causa determinante de la pérdida del empleo sea constitutiva de “situación legal de desempleo” es requisito que opera, junto con los demás exigidos, para abrir las puertas de la protección contributiva por desempleo. Sin embargo, es intrascendente a los efectos de mantener la protección por maternidad o paternidad una vez que se extingue el contrato de trabajo. Únicamente tendría relevancia jurídica en el supuesto de que se aplicara la regla del descuento del tiempo acreditado de protección por desempleo (lo que no es el caso, como veremos), en la medida en que solo se accede al derecho desde la situación legal de desempleo.

Antes la maternidad y ahora la paternidad han adquirido sustantividad propia y constituyen un valor social de primer orden. En estos términos, plantearse que la protección ya iniciada se extingue cuando la pérdida del empleo no constituya situación legal de desempleo, es jurídicamente inviable y socialmente reprochable. Es jurídicamente inviable en la medida en que la causa extintiva es silenciada en la ordenación de la maternidad y de la paternidad. Igualmente lo es, en la medida en que la causa motivadora de la extinción del contrato es ajena al bien jurídico protegido durante la maternidad y la paternidad.

Finalmente y sin perjuicio de la argumentación referida a la literalidad del precepto, cabría advertir que si lo pretendido es la coordinación del tránsito sin solución de continuidad entre la maternidad, paternidad y el desempleo, el precepto debería cambiar y ubicar la exigencia del requisito en el espacio referido al acceso a la protección por desempleo. De esta forma habría que entender el precepto en los siguientes términos: *cuando el trabajador se encuentre en situación de maternidad o de paternidad y durante las mismas se extinga su contrato, seguirá percibiendo la prestación por maternidad o por paternidad hasta que se extingan dichas situaciones, pasando entonces a la situación legal de desempleo y a percibir la correspondiente prestación, siempre que el contrato se hubiera extinguido por alguna de las causas previstas en el apartado 1 del artículo 208 y reúna los requisitos exigidos.*

En segundo lugar y también como novedad, la reforma corrige una imperfección histórica. La doctrina jurisprudencial ha mantenido reiteradamente (STS 18-IX y 27-XI-1991 y 27-I-1992, entre otras)<sup>127</sup> que, cuando el contrato de trabajo se extingue cesa la obligación de cotizar a la seguridad social, aunque el trabajador se encuentre en situación de incapacidad temporal, maternidad o paternidad, habría que añadir ahora. La doctrina es más que discutible<sup>128</sup>, en la medida en que el mantenimiento de la

---

<sup>127</sup> .. La problemática no solo ha afectado a la coordinación de las contingencias, sino a la obligación de cotizar, como pusieron de manifiesto, diferenciando los supuestos en que se produce la relación entre la maternidad y el desempleo, MR. ALARCON CARACUEL y J. FRAGAS FERNANDEZ, *Cotización durante la situación de incapacidad transitoria que se superpone y se prolonga mas allá de la de desempleo*, en REDT num.69/1995, pags. 5 a 13.

<sup>128</sup> A esta problemática nos referimos en M. ALONSO OLEA y JL. TORTUERO PLAZA, *Instituciones de Seguridad Social*, Madrid, edit. Civitas, 18ª. Edic., 2002 pags. 291.

obligación de cotizar forma parte de la protección en cada contingencia, a modo de prestación económica indirecta. La crítica adquiere mayor relevancia cuando la contingencia de referencia es la maternidad-paternidad, en la medida en que debe ser despojada de cualquier elemento penalizador.

La reforma ha corregido la imperfección reiteradamente denunciada por la doctrina<sup>129</sup>, procediendo a la reforma del artículo 124.6 del LGSS, en el sentido de que “ el periodo por maternidad o paternidad que subsista a la fecha de la extinción del contrato de trabajo será considerado como periodo de cotización efectiva a los efectos de las correspondientes prestaciones de la Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad”.

La corrección es satisfactoria, aunque no plena. En función del bien jurídico protegido que justifica la reforma, es poco comprensible la exclusión de las contingencias de incapacidad temporal y desempleo, lo razonable hubiera sido dar a las cotizaciones valor universal, única forma de despojar a la maternidad-paternidad de cualquier elemento penalizador en función de circunstancias ajenas a la protección misma.

A lo anterior habría que añadir un defecto adicional, a saber, en la nueva redacción de la disposición adicional undécima bis del LGSS que tiene como rubrica “prestaciones por maternidad y por paternidad en los regímenes especiales” no se hace ninguna referencia a la previsión contenida en el nuevo apartado 6 del artículo 124 y por tanto, a su aplicación a los regímenes especiales, singularmente a los trabajadores por cuenta propia. Es de suponer que se trata de un “olvido del legislador” provocado por la singularidad de la relación entre los artículos 222 y 124.6 en el entramado de la coordinación entre las contingencias de maternidad, paternidad y desempleo. Sin embargo, es perfectamente posible que trabajadores por cuenta ajena (empleados de hogar) o por cuenta propia que carecen de la protección por desempleo, vean extinto su contrato o se produzca el cese en la actividad mientras están en situación de maternidad o paternidad. En estos casos, el silencio normativo exige una interpretación donde el hilo conductor no se residencia en la condición del trabajador o en la protección por desempleo, sino en la protección de la maternidad y la paternidad. Dicho de otro modo, la previsión contenida en el artículo 124.6 constituye una parte integrante de la protección social por maternidad y paternidad, para los casos en que se extinga el contrato o el trabajador por cuenta propia cese en su actividad. Aunque el tema no será pacífico, dejar fuera de la protección a colectivos en base a la defectuosa ordenación dada por la LOI sería poco razonable, sobre todo dada la asimilación protectora que proyecta la disposición adicional undécima bis del LGSS.

Finalmente, el precepto mantiene tras la reforma, que el tiempo de maternidad o paternidad mantenido desde la extinción del contrato de trabajo, no se descontará del tiempo que posteriormente acredite de desempleo. La regla es absolutamente razonable y lógica, cuyo origen procede, como vimos, de la reforma operada por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social.

---

<sup>129</sup> La problemática referida a la maternidad y la propuesta de reforma, en JL. TORTUERO PLAZA, 50 *propuestas...cit*, pags.165



### 3.3.2 El desempleo y la maternidad / paternidad.

Como vimos, la LOI da nueva redacción a los párrafos 3º y 4º del número 3 del artículo 222, con distintas finalidades. La reforma del párrafo 3º tiene como finalidad incorporar la nueva contingencia de paternidad, en los siguientes términos:

*“Cuando el trabajador esté percibiendo la prestación por desempleo total y pase a la situación de maternidad o de paternidad, percibirá la prestación por estas últimas contingencias en la cuantía que corresponda”*

Por su parte, la reforma del párrafo 4º del número 3 es una reforma técnica, en la medida en que únicamente elimina la maternidad del tratamiento conjunto con la incapacidad temporal que había sido la constante histórica. De esta forma, el actual párrafo tercero refiere exclusivamente a la relación entre el desempleo y la incapacidad temporal en los siguientes términos:

*“El período de percepción de la prestación por desempleo no se ampliará por la circunstancia de que el trabajador pase a la situación de incapacidad temporal. Durante dicha situación, la Entidad Gestora de las prestaciones por desempleo continuará satisfaciendo las cotizaciones a la Seguridad Social conforme a lo previsto en el párrafo b) del apartado 1 del artículo 206”.*

Finalmente y derivado de lo anterior, la LOI incorpora un nuevo párrafo 5º al número 3 del artículo 222, con la finalidad de dar un tratamiento diferenciado a las contingencias de maternidad y paternidad, en los siguientes términos:

*“Si el trabajador pasa a la situación de maternidad o de paternidad, se le suspenderá la prestación por desempleo y la cotización a la Seguridad Social antes indicada y pasará a percibir la prestación por maternidad o por paternidad, gestionada directamente por su Entidad Gestora. Una vez extinguida la prestación por maternidad o por paternidad, se reanudará la prestación por desempleo, en los términos recogidos en el artículo 212.3.b), por la duración que restaba por percibir y la cuantía que correspondía en el momento de la suspensión”.*

Sin duda, se trata de la reforma de mayor trascendencia que viene a corregir un error histórico reiteradamente denunciado por la doctrina, consistente en aplicar a la maternidad las medidas antifraude referidas a las relaciones entre el desempleo y la incapacidad temporal. Por fin, el precepto da un tratamiento separado e independiente a la maternidad y a la paternidad y estructura su coordinación con la protección por desempleo en términos razonables y coherentes, en función de los intereses a proteger.

Veamos cual es el nuevo régimen jurídico de la coordinación entre las distintas contingencias.

Cuando el trabajador este percibiendo la prestación por desempleo y pase a las situaciones de maternidad o paternidad, pasará a percibir las prestaciones por las referidas contingencias, suspendiéndose la prestación por desempleo y la cotización que durante la misma efectúa la entidad gestora del desempleo.

Las situaciones protegidas serán las previstas en los artículos 133bis y 133 octies del LGSS, esto es, la maternidad, el nacimiento de hijo, la adopción y el acogimiento, tanto preadoptivo como permanente o simple de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las Comunidades Autónomas que lo regules, siempre que en este último caso, su duración no sea inferior a un año, y aunque dichos acogimientos sean provisionales, durante los periodos de descanso o permiso que por tales situaciones se disfruten, de acuerdo con lo previsto en los artículos 48.4 y 48 bis del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores. Lógicamente, están incorporadas las “licencias parentales”.

Para que esto ocurra, el trabajador o la trabajadora deberán cumplir los requisitos exigidos para acceder a la protección por maternidad o paternidad, esto es, estar afiliado, en alta o situación asimilada a la de alta y acreditar el periodo de cotización previo. Los requisitos se cumplirán siempre, en la medida en que el desempleo contributivo constituye una situación asimilada a la de alta y las cotizaciones ya debieron acreditarse para acceder al desempleo<sup>130</sup>, sin perjuicio de las efectuadas durante ésta contingencia que también son computables. Téngase en cuenta, que las cotizaciones tienen valor universal y, por tanto, su efectividad no se agota por el hecho de haber sido utilizadas para acceder a una determinada contingencia.

La duración de los periodos de descanso y permiso, así como su distribución, será la prevista con carácter general en los artículos 48.4 y 48 bis del Estatuto de los Trabajadores. Aunque nada dice la norma y el supuesto es anómalo, sería posible, a opción del trabajador y de acuerdo con la entidad gestora del desempleo (imaginemos, por ejemplo, que están realizando un programa de formación que quieren concluir), la utilización a tiempo parcial del periodo de descanso voluntario, de las licencias por adopción o acogimiento y del permiso por paternidad. En este caso, compatibilizarían la prestación por maternidad / paternidad y el desempleo en la proporción correspondiente.

Por lo que refiere a la prestación de maternidad y paternidad, será del 100 por 100 de la base reguladora respectiva a cada beneficiario, calculándose aquella sobre la base de cotización del mes anterior al hecho causante, esto es, sobre la base de cotización realizada durante el desempleo; salvo que el hecho causante se produzca durante el primer mes de desempleo, en cuyo caso la base de cotización será la última de activo. Dicha base de cotización se dividirá por 30 para calcular el subsidio diario. Igualmente, tendrán derecho al subsidio especial en los supuestos de parto, adopción o acogimiento múltiples. El pago de la prestación será realizado en los términos generalmente previstos por la entidad gestora correspondiente.

Las situaciones de maternidad y paternidad suspenden la prestación por desempleo, así como la cotización a la Seguridad Social que efectúa durante la misma la entidad gestora del desempleo. No obstante, “el tiempo de maternidad y paternidad será considerado como periodo de cotización efectiva a los efectos de las correspondientes prestaciones de la Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad”, de conformidad con lo previsto en el artículo 124.6 del LGSS en la redacción dada por la LOI. Dos cuestiones, sobre las que ya me he pronunciado, son destacables. En primer lugar, la falta de referencias entre el artículo 222 y el artículo 124.6 cuyo contenido está dedicado exclusivamente a dar respuesta a

---

<sup>130</sup> Téngase en cuenta que el periodo de cotización exigido para acceder al desempleo por el artículo 207 del LGSS es superior al exigido por los artículos 133 ter y 133 nonies para acceder respectivamente a las prestaciones por maternidad y paternidad.

las situaciones previstas en el artículo 222. En segundo lugar, la limitada eficacia del tiempo de cotización reconocido.

El elemento mas destacado de la reforma en esta materia, viene determinado por el cambio producido en la relación entre la maternidad / paternidad y el desempleo. Hasta la LOI, la maternidad consumía tiempo de desempleo, y a partir de la LOI la maternidad/ paternidad no consume tiempo de desempleo. En efecto, las referidas contingencias provocan la suspensión de la prestación por desempleo, de forma que cuando finalicen los periodos de descanso o permiso, el trabajador volverá a percibir la prestación por desempleo por el tiempo que le restaba y en la cuantía que viniera percibiendo en el momento de la suspensión. La reanudación de la prestación exige solicitud del beneficiario en los quince días siguientes y tendrá efectos a partir del día siguiente a la finalización de la causa suspensiva. Igualmente se reanuda la cotización a la seguridad social a cargo de la entidad gestora del desempleo, así como se reactiva el compromiso de actividad.

#### **4.- EL DESEMPLEO Y EL PROYECTO DE LEY DE MEDIDAS EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL.**

Los múltiples y complejos problemas planteados en este trabajo sobre las relaciones entre el desempleo y la incapacidad temporal son silenciados por la reforma operada por el Proyecto de Ley de Medidas en materia de seguridad Social, que únicamente se ocupa de las relaciones entre la incapacidad temporal derivada de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y el desempleo.

Como observación general, además de la ya planteada, debemos decir que el aislamiento que se esta produciendo en el ordenamiento respecto a los procesos derivados de enfermedad común y accidente no laboral, parece excesivo a todos los efectos. Como igualmente es excesiva la técnica que se utiliza, al sustituir el control por una ordenación, a priori penalizadora.

Desde otra perspectiva, se trata de una reforma histórica en la medida en que nunca el artículo 222 de la LGSS y sus precedentes, diferenciaron las relaciones entre el desempleo y la incapacidad temporal diferenciado si el riesgo originario es común o profesional. Seguramente porque el punto de mira se situaba en la extinción del contrato y desde esta orbita el origen de la incapacidad temporal era intranscendente. La óptica antifraude que preside las relaciones entre la incapacidad temporal y el desempleo, ha provocado el aislamiento de las situaciones derivadas de enfermedad común y accidente no laboral, de lo que deriva que era necesario salvar de las medidas antifraude a las situaciones de incapacidad temporal donde las conductas indebidas son mas complejas, en la medida en que existe un control por parte del empresario. Posiblemente esta sea la causa que justifica una ordenación singular de los procesos de incapacidad temporal derivados de accidente de trabajo y enfermedades profesionales.

La nueva ordenación el artículo 222 afecta tan solo al número 1, procediendo de la siguiente forma: por un lado, se reserva el párrafo primero a ordenar la relación entre la incapacidad temporal derivada de contingencias comunes y el desempleo, por otro se integra en el primer párrafo la previsión hoy contenida en el segundo párrafo y, finalmente, se dedica un párrafo tercero, a la ordenación de la relación entre la incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales y el desempleo. Por tanto

la ordenación hasta ahora existente es aplicable en idénticos términos a la incapacidad temporal derivada de contingencias comunes.

Las novedades, por tanto, refieren única y exclusivamente a las situaciones en que, encontrándose el trabajador en incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales, se extinga el contrato de trabajo, siendo los efectos los siguientes:

- El trabajador seguirá percibiendo la prestación de incapacidad temporal en la misma cuantía que la venía percibiendo, hasta que dicha situación se extinga.
- A la extinción de la situación de incapacidad temporal, el trabajador pasara, si procede, a la situación legal de desempleo.
- El tiempo que hubiera permanecido en la situación de incapacidad temporal desde la fecha de la extinción del contrato de trabajo, NO se descontara del periodo de percepción de la prestación o subsidio por desempleo.

Por tanto, el trato preferencial de las contingencias profesionales alcanza a la cuantía de la prestación y al tratamiento independiente de ambas contingencias, incapacidad temporal y desempleo, de forma que el tiempo consumido en la primera no descuenta en el desempleo.

Una observación estructural, el párrafo primero ordenador de la relación entre la incapacidad temporal derivada de contingencias comunes y el desempleo, se establece pormenorizadamente que la extinción del contrato debió constituir situación legal de desempleo y que el trabajador debe reunir todos los requisitos exigidos necesarios para acreditar la protección por desempleo, en los términos previstos, sucesivamente, en los artículos 208 y 207 de la LGSS. En el párrafo tercero, ordenador de la relación entre la incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales y el desempleo, se sustituyen todas las exigencias impuestas expresamente, por la expresión “ en su caso”.

Finalmente, la reforma no solo tienen como objetivo dar un tratamiento mas favorable al trabajador que ve extinto su contrato de trabajo durante la incapacidad temporal, sino que tiene repercusiones económicas importantes. En efecto, la nueva ordenación hace presumir que la entidad pagadora de la prestación de incapacidad temporal una vez extinto el contrato de trabajo, será la misma que tenga asumida su cobertura, generalmente la Mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

## **5.- La extinción del contrato y la obligación de cotizar.**

En materia de cotización durante las situaciones reguladas en el artículo 222.1, estos es, incapacidad temporal-desempleo, las reglas son distintas dependiendo del origen de la incapacidad temporal.

- Cuando la incapacidad temporal deriva de contingencias comunes, la obligación de cotizar continúa, sin solución de continuidad, a cargo de la entidad gestora del desempleo, que, además, de conformidad con el párrafo segundo del artículo 222.1 de la LGSS, asume la aportación que corresponde al trabajador. La lógica del precepto esta en que el tiempo que media entre la extinción del contrato de trabajo y la extinción de la incapacidad temporal, es tiempo acreditado y

consumido de desempleo. Por tanto si durante la situación de desempleo se mantiene la obligación de cotizar, la consecuencia razonable del precepto es que el tiempo acreditado y consumido es tiempo cotizable y lo será, a cargo de la entidad gestora de la prestación por desempleo.

Parece que la lógica razonada no es pacífica y que la entidad gestora del desempleo únicamente cotiza cuando reconoce la situación legal de desempleo y la acreditación de los requisitos exigidos, esto es, a la extinción de la incapacidad temporal. Por tanto no cotiza durante “el tiempo de descuento”.

Cierto es que el precepto tiene una ordenación compleja en su afán por incorporar la exigencia de todos los requisitos, sin embargo toda la lógica del precepto se desvanece si el cumplimiento de los requisitos del desempleo se trasladan a la extinción de la incapacidad temporal. Por el contrario, es en el momento de la extinción del contrato cuando, debe valorarse si la extinción es causa de situación legal de desempleo y se acreditan los requisitos de carácter general, esto es, afiliación, alta, cotización...De esta forma la acreditación del derecho al desempleo permite el posterior descuento de tiempo disfrutado de incapacidad temporal como tiempo consumido del desempleo acreditado. Dicho de otra forma, para que sea posible el descuento es necesario tener previamente reconocido el derecho, por tanto, si hay derecho hay descuento y, lo contrario, si no hay derecho no hay descuento.

El tiempo de descuento es tiempo de prestación y , por tanto, de cotización, en la medida en que el mantenimiento de la cotización constituye una prestación económica indirecta, lo que quiere decir que la entidad que responde de la prestación , responde igualmente de la cotización. Son dos prestaciones inseparable en lo que refiere al sujeto responsable de las mismas.

- Cuando la incapacidad temporal deriva de contingencias profesionales, la obligación de cotizar se extingue a partir del momento en que se extingue el contrato de trabajo. En efecto, conforme una antigua doctrina jurisprudencial<sup>131</sup>, que nunca ha sido pacífica, con la extinción del contrato cesa la obligación de cotizar, aunque el trabajador continúe recibiendo prestaciones de incapacidad temporal. En la medida en que el tiempo de prestación de incapacidad temporal, una vez extinguido el contrato de trabajo, es ajeno a la prestación por desempleo (no hay descuento) , que solo se acreditará o no tras la extinción referida, la obligación de cotizar sigue la regla de conformación jurisprudencial, a saber: “cesa la obligación de cotizar durante la incapacidad temporal, ahora por contingencias profesionales, que subsista a partir de la extinción del contrato de trabajo”.

Por lo que refiere a los supuestos de maternidad desempleo, ya vimos como a partir de las reformas incorporadas por la Ley Orgánica de Igualdad, los tiempos de maternidad y paternidad que subsistan tras la extinción del contrato de trabajo, se consideran cotizados a la seguridad social. Igualmente se consideran cotizados los periodos de maternidad y paternidad que se produzcan durante el tiempo de prestación contributiva de desempleo. A los comentarios efectuados entonces, nos remitimos.

---

<sup>131</sup> STS 18-IX y 27-XI-1991 (A. 6469 y 8421) y 27-I-1992 (A.72). Sobre sus efectos ver, ALONSO OLEA ,M. y TORTUERO PLAZA, JL., *Instituciones de Seguridad Social...cit*, pag. 283, y nota 72.

## **VIII.- LA DIMENSIÓN CONSTITUCIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, LA SALUD Y LA ASISTENCIA SANITARIA**

### **1.- ENMARQUE CONSTITUCIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, LA SALUD Y LA ASISTENCIA SANITARIA**

#### **1.1.- Los resortes constitucionales**

El espacio público de protección social se compone en la actualidad de los sistemas o subsistemas de Seguridad Social, Nacional de Salud y Asistencia Social<sup>132</sup> y todos ellos inciden –ya sea de forma directa o colateral- en la dinámica de la protección. Ahora bien, cada uno de estos sistemas presenta elementos de conexión y diferencias sustanciales que exigen precisar su contenido y alcance a la vista del texto constitucional y de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

El art. 41 de la Constitución encomienda a los poderes públicos mantener “un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo”. El mantenimiento del régimen público de Seguridad Social que, en definitiva, es lo que más directamente se vincula a la disciplina jurídica-laboral, debe completarse necesariamente, por ser presupuesto y soporte de aquél, con la necesidad de protección de la salud o, en la dicción del art. 43.1 CE, el reconocimiento “(d)el derecho a la protección de la salud”.

Como acertadamente se ha escrito, “la salud constituye uno de los superiores bienes jurídicos que el Derecho tutela. En una hipotética escala de valores, la salud ocuparía uno de los más altos puestos, tal vez el inmediatamente inferior al de la vida, ya que la carencia o la merma de salud impide o dificulta gravemente el ejercicio y disfrute de los demás derechos y libertades personales”<sup>133</sup>. Dicho en términos constitucionales profundos, “la salud, individual y colectiva, privada y pública, es sin duda condición y presupuesto de la dignidad y la calidad de vida, de la vida personal –en la doble dimensión física y psíquica- y social y, por tanto, también de la libertad. Pues sin salud, individual y colectiva, no hay posibilidad de verdadero desarrollo de la personalidad en sociedad, mediante la participación plena, real y efectiva, en la vida política, económica, cultural y social de que habla el art. 9.2 de la Constitución, fundamentalmente a través de la actividad productiva (trabajo, profesión u oficio) que proporciona el soporte material de la vida”<sup>134</sup>. Este mismo fundamento es el que acoge y ampara a la Seguridad Social. Como se verá seguidamente, la Seguridad Social y la Salud están estrechamente unidas no sólo por un motivo técnico de ubicación constitucional en dos bloques normativos bien identificados (los principios rectores de la política social y económica y las competencias estatales y autonómicas) sino por una cuestión fáctica que despliega

---

<sup>132</sup> Cfr. L.E. DE LA VILLA GIL, “El modelo constitucional de protección social”, en A.V. Sempere Navarro (Dir.) y R. Martín Jiménez (Coord.), *El Modelo Social en la Constitución Española de 1978*, MTAS, Madrid, 2003, pág. 70. Este mismo artículo puede consultarse en *Aranzadi Social* nº 3, 2004 (BIB 2004/426).

<sup>133</sup> P. ACOSTA GALLO, *Salud, profesiones sanitarias y Constitución Española*, Fundación Mapfre Medicina, Madrid, 2002, pág. 26.

<sup>134</sup> L. PAREJO ALFONSO, “Algunas reflexiones generales sobre la sanidad y la salud a modo de prólogo”, Estudio Preliminar al *Manual jurídico de la profesión médica* coordinado por A. PALOMAR OLMEDA, Dykinson, Madrid, 1998, pág. 21.

sus efectos en todos los espacios. Ejemplo paradigmático es la incapacidad temporal que posee una dimensión plural: jurídica laboral y de Seguridad Social (suspensión del contrato y sus efectos prestación económica sustitutiva de salario o renta); técnica (valoración)<sup>135</sup>; de control y seguimiento<sup>136</sup>; en fin, sanitaria y farmacológica.

## **1.2.- La incardinación de la seguridad social y la salud-sanidad en los principios rectores de la política social y económica**

Seguridad Social y Sanidad se integran sistemáticamente en los principios rectores de la política social y económica y parten del dato inequívoco de unas situaciones de necesidad que han de ser satisfechas por los poderes públicos (Gobierno y Administraciones públicas)<sup>137</sup> en el marco de la cláusula del Estado social (art. 1 de la Constitución)<sup>138</sup>.

En contra de una extendida opinión, los principios rectores no son normas sin contenido sino que vinculan a todos los poderes públicos, y señaladamente a los órganos judiciales, tal y como ha señalado el Tribunal Constitucional en las Sentencias 19/1982, de 5 de mayo (FJ 6), 126/1994, de 25 de abril (FJ 2) y 203/2000, de 24 de julio (FJ 4). El reconocimiento de estos derechos no es a título meramente enunciativo, pues los poderes públicos, como acaba de indicarse, han de asumir su efectiva tutela. Ahora bien, la determinación del grado o la intensidad que han de mostrar los poderes públicos en su protección no es una cuestión pacífica. No obstante, podemos convenir en que, de acuerdo con los arts. 53.3 y 103.1 CE, el grado de tutela y salvaguardia dependerá de la labor llevada a cabo por los poderes públicos en orden a la fijación o definición de objetivos concretos que, obviamente, deben cumplirse de acuerdo con lo establecido en las Leyes<sup>139</sup>. Este es el sentido que adquiere la “neutralidad” del art. 41 CE para el Tribunal Constitucional<sup>140</sup>, en la medida en que impone unos compromisos a los poderes públicos, aunque no prejuzga ni predetermina cuáles pueden ser éstos.

Lo anterior en modo alguno significa que nos encontremos ante principios o reglas puramente programáticas, pues el propio Tribunal Supremo ha señalado que “el mismo artículo 53.3 está rechazando de forma muy clara ese pretendido carácter programático de los artículos 39 a 52 al decir los principios a que alude específicamente la rúbrica que le da cobertura informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos”<sup>141</sup>. No puede olvidarse, en fin, la vigencia de normas del más alto rango –aunque de contenido igualmente difuso– como el art. 25.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos<sup>142</sup>.

---

<sup>135</sup> Sobre el tema, C. BOROBIA (Dir.), *Valoración médica y jurídica de la incapacidad temporal*, La Ley, Madrid, 2006.

<sup>136</sup> Vid. J.R. MERCADER UGUINA, “El control de la incapacidad temporal (historia de una sospecha)”, *RL* nº 9, 2004, págs. 13-39.

<sup>137</sup> Cfr. Y. SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, *Seguridad Social y Constitución*, Civitas, Madrid, 1995, pág. 32 y ss.

<sup>138</sup> Cfr. A. OLLERO TASSARA, “Estado social y democrático de derecho. Algo más que retórica”, en A.V. Sempere Navarro (Dir.) y R. Martín Jiménez (Coord.), *El Modelo Social en la Constitución Española de 1978*, cit., pág. 55 y ss.

<sup>139</sup> En este sentido, R. GÓMEZ-FERRER MORANT, “Incidencia de la Constitución sobre el Derecho Administrativo”, *RAP* nº 150, 1999, págs. 159-208.

<sup>140</sup> STC 206/1997, de 27 de noviembre.

<sup>141</sup> SSTS/III de 24 de abril de 1999 (RJ 1999, 3787) y 27 de abril de 1999 (RJ 1999, 4600).

<sup>142</sup> Según este precepto, cuya redacción recuerda a algunas de nuestras normas constitucionales y legales básicas, “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene, asimismo, derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad,

### **1.3.- La Seguridad Social y la Sanidad desde la óptica competencial a la luz de la jurisprudencia constitucional**

#### **1.3.1 Importancia del tema**

El contenido constitucional de la Seguridad Social y de la Sanidad plantea dudas desde el punto de vista de la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Se trata de un tema de la máxima importancia pues, como ha advertido el Tribunal Constitucional, la adecuada determinación del contenido de cada una de las materias enumeradas en los arts. 148 y 149 CE a los efectos de determinar la competencia estatal o autonómica es sumamente trascendente<sup>143</sup>.

#### **1.3.2 Enunciado**

Según el art. 149.1.17ª CE, el Estado tiene competencia exclusiva en materia de “legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social, sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por las Comunidades Autónomas”. También tiene el Estado competencia exclusiva en materia de “bases y coordinación general de la sanidad” (art. 149.1.16ª CE). Por su parte, las Comunidades Autónomas pueden asumir competencias en materia de asistencia social (art. 148.1.20ª CE) y sanidad (art. 148.1.21ª CE).

#### **1.3.3 La “legislación básica” en materia de Seguridad Social y las “bases” de la sanidad**

El concepto de “legislación básica” en materia de Seguridad Social, ha sido clarificado por el Tribunal Constitucional<sup>144</sup> en un doble sentido. De un lado, la legislación comprende no sólo la acción normativa de rango legal sino también los reglamentos de desarrollo o ejecutivos<sup>145</sup>; de otro, lo “básico” se refiere al carácter fundamental o importante, básico en sentido vulgar, de la legislación y no a las leyes de bases del art. 150.1 CE, de donde se sigue que las Comunidades Autónomas pueden establecer regulaciones normativas no básicas en materia de Seguridad Social y Sanidad<sup>146</sup>. En orden a una mayor claridad, las normas deben definir que el contenido de lo “básico” o, al menos, disponer de una estructura de la que aquella definición se desprenda sin dificultad<sup>147</sup> aunque los defectos de técnica legislativa no hacen devenir la norma en inconstitucional<sup>148</sup>.

---

invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia independientes de su voluntad”.

<sup>143</sup> Por todas, SSTC 35/1982, de 14 de junio, 27/1983, de 20 de abril, y 116/1984, de 4 de diciembre.

<sup>144</sup> SSTC 1/1982, de 28 de enero, 69/1988, de 19 de abril, 102/1995, de 26 de junio, 197/1996, de 28 de noviembre, 223/2000, de 21 de septiembre, 188/2001, de 20 de septiembre, 126/2002, de 23 de mayo, 24/2002, de 31 de enero, 37/2002, de 14 de febrero y 1/2003, de 16 de enero; específicamente en materia de Seguridad Social, SSTC 124/1989, de 7 de julio, y 195/1996, de 28 de noviembre.

<sup>145</sup> STC 18/1982, de 4 de mayo: “cuando la Constitución emplea el término ‘legislación laboral’ y la atribuye a la competencia estatal, incluye también en esta expresión los reglamentos tradicionalmente llamados ejecutivos, es decir, aquellos que aparecen como desarrollo de la ley y, por ende como complementarios de la misma”.

<sup>146</sup> SSTC 170/1989, de 19 de octubre y 102/1995, de 26 de junio.

<sup>147</sup> SSTC 69/1988, de 19 de abril, 15/1989, de 26 de enero y 131/1996, de 11 de julio.

<sup>148</sup> SSTC 109/1987, de 29 de junio, 226/1993, de 8 de julio y 195/1996, de 28 de noviembre.



De acuerdo con lo expuesto, la competencia exclusiva del Estado no es sólo legislativa en sentido material sino también ejecutiva, en la medida de lo necesario para configurar un régimen unitario de Seguridad Social<sup>149</sup> que impida diversas políticas territoriales de Seguridad Social<sup>150</sup>. Como tuvo ocasión de razonar el Tribunal Constitucional en la STC Sentencia 124/1989, de 7 de julio:

“Del artículo 149.1.17ª de la Constitución no puede extraerse la apresurada conclusión de que en materia de régimen económico de Seguridad Social el Estado retenga sólo potestades normativas. Que ello no es así se deduce sin dificultad de un análisis sistemático, histórico y teleológico del precepto constitucional. El designio perseguido con el acantonamiento del ‘régimen económico’ dentro de la competencia exclusiva del Estado no ha sido otro, con toda claridad, que el de preservar la unidad del sistema español de Seguridad Social y el mantenimiento de un ‘régimen público’, es decir, único y unitario de Seguridad Social para todos los ciudadanos (art. 41 de la Constitución), que garantice al tiempo la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y deberes en materia de Seguridad Social (art. 149.1.1ª de la Constitución). Debe tenerse en cuenta a este propósito que en el momento de aprobarse la Constitución había sido ya creada la Tesorería General de la Seguridad Social para hacer efectivos los principios de solidaridad financiera y de unidad de caja, y este dato resulta relevante para la correcta interpretación del artículo 149.1.17ª, en la medida en que, como cabe deducir de los antecedentes y de los debates parlamentarios que culminaron en la aprobación del texto del citado precepto constitucional, la mención separada del ‘régimen económico’ como función exclusiva del Estado trataba de garantizar la unidad del sistema de la Seguridad Social, y no sólo la unidad de su regulación jurídica, impidiendo diversas políticas territoriales de Seguridad Social en cada una de las Comunidades Autónomas.

En su dimensión o expresión jurídica, el principio de unidad presupuestaria de la Seguridad Social significa la unidad de titularidad y por lo mismo la titularidad estatal de todos los fondos de la Seguridad Social, puesto que si faltara un único titular de los recursos financieros del sistema público de aseguramiento social, tanto para operaciones presupuestarias como extrapresupuestarias, no podría preservarse la vigencia efectiva de los principios de caja única y de solidaridad financiera, ni consecuentemente la unidad del sistema. No basta, por tanto, con la reserva de las competencias normativas para, desde las mismas, disponer la solidaridad financiera, mediante el establecimiento de reglas para la transferencia de fondos, a través de la Tesorería, de una a otra Comunidad Autónoma, en función de las disponibilidades financieras de cada momento. La Constitución no se ha limitado a establecer esa solidaridad interterritorial, sino que, partiendo de la misma, ha establecido e impuesto el carácter unitario del sistema y de su régimen económico, la estatalidad de los fondos financieros de la Seguridad Social y, por ende, la competencia exclusiva del Estado no sólo de normación sino también de disponibilidad directa sobre esos fondos propios, que en este momento se articula a través y por medio de la Tesorería General de la Seguridad Social. Por ello es competencia exclusiva del Estado, ejercida a través de la Tesorería General de la Seguridad Social, la gestión de los recursos económicos y la administración financiera del sistema, en aplicación de los principios de solidaridad financiera y caja única, como se dice en el artículo 1 del Real Decreto 1314/1984 y que la Generalidad de Cataluña no ha cuestionado, lo que implica admitir, desde luego, que el Estado ejerce no sólo facultades normativas sino también facultades de gestión o ejecución del régimen económico de los fondos de la Seguridad Social destinados a los servicios o a las prestaciones de la Seguridad Social en Cataluña.

Las consideraciones anteriores permiten sostener, por tanto, que la ‘gestión del régimen económico de la Seguridad Social’, prevista en el artículo 17.2 b) del Estatuto de Autonomía de Cataluña, no puede ser interpretada con el alcance omnicompreensivo que parece mantenerse en este conflicto por la representación de la Generalidad y, más en concreto, obligan a rechazar la tesis de que, dentro del territorio de Cataluña, la Generalidad pueda administrar y disponer de los fondos generados por la Seguridad Social, aplicándolos a sus propias obligaciones o cargas, como si se tratara de fondos autonómicos y no, como con toda evidencia son, de fondos estatales cuya disponibilidad por los órganos de la Comunidad Autónoma es siempre de carácter mediato que presupone la provisión o habilitación previa a cargo de la caja única de la Seguridad Social que la Tesorería gestiona sobre todo el territorio nacional.

<sup>149</sup> STC 195/1996, de 28 de noviembre.

<sup>150</sup> STC 124/1989, de 7 de julio.

En consecuencia, las concretas facultades que integran la competencia estatutaria de gestión del régimen económico de la Seguridad Social serán sólo aquellas que no puedan comprometer la unidad del sistema o perturbar su funcionamiento económico uniforme, ni cuestionar la titularidad estatal de todos los recursos de la Seguridad Social o engendrar directa o indirectamente desigualdades entre los ciudadanos en lo que atañe a la satisfacción de sus derechos y al cumplimiento de sus obligaciones de Seguridad Social. Tales facultades autonómicas deben, en suma, conciliarse con las competencias exclusivas que sobre la gestión del régimen económico la Constitución ha reservado al Estado, en garantía de la unidad y solidaridad del sistema público de Seguridad Social”.

En cuanto a la Sanidad –Sistema Nacional de Salud- los arts. 148.1.21<sup>a</sup> y 149.1.16<sup>a</sup> CE distribuyen, a juicio de algún autor<sup>151</sup>, las competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas de manera más equilibrada que en el sistema de Seguridad Social. Así, corresponden al Estado todas las competencias legislativas y reglamentarias sobre Sanidad exterior, la competencia legislativa sobre productos farmacéuticos y, fuera de esos dos campos, la competencia restringida a fijar las bases -es decir, lo fundamental, lo importante, los aspectos nucleares- del Sistema Nacional de Salud, coordinando la actuación de las diecisiete Comunidades Autónomas y de las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla. En todo lo demás, la competencia en materia de salud se atribuye a las Comunidades Autónomas, lo que ha permitido a éstas establecer servicios de salud propios al lado del servicio de salud a cargo del INSALUD<sup>152</sup>, lo que hicieron seis Comunidades Autónomas antes de que en 2001 se dispusiera la asunción obligatoria de dichos servicios por todas ellas.

Las normas que han permitido asumir las competencias en esta materia son, cronológicamente, las siguientes: Cataluña: Real Decreto 1517/1981, de 8 de julio; Andalucía: Real Decreto 400/1984, de 22 de febrero; País Vasco: Real Decreto 1536/1984, de 6 de noviembre; Valencia: Real Decreto 1612/1987, de 27 de noviembre; Navarra: Real Decreto 1680/1990, de 28 de diciembre; Galicia: Real Decreto 1679/1990, de 28 de diciembre; Canarias: Real Decreto 446/1994, de 11 de marzo; Asturias: Real Decreto 1471/2001, de 27 de diciembre; Cantabria: Real Decreto 1472/2001, de 27 de diciembre; La Rioja: Real Decreto 1473/2001, de 27 de diciembre; Murcia: Real Decreto 1474/2001, de 27 de diciembre; Aragón: Real Decreto 1475/2001, de 27 de diciembre; Castilla-La Mancha: Real Decreto 1476/2001, de 27 de diciembre; Extremadura: Real Decreto 1477/2001, de 27 de diciembre; Baleares: Real Decreto 1478/2001, de 27 de diciembre; Madrid: Real Decreto 1479/2001, de 27 de diciembre; Castilla y León: Real Decreto 1480/2001, de 27 de diciembre.

A otros niveles, Estado y Comunidades Autónomas comparten ciertas funciones, por ejemplo en materia de inspección del funcionamiento del sistema, lo que es coherente con el reparto de competencias en la materia<sup>153</sup>.

Pese a la asunción de la competencia de salud por parte de todas las Comunidades Autónomas, el sistema nacional de salud es único -o único y plural, si se prefiere-, lo que permite compatibilizar los principios de unidad, solidaridad y autonomía en lo relativo al derecho constitucional a la salud<sup>154</sup>, siendo artífice de tales principios el Consejo Interterritorial del sistema nacional de salud, creado por la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, y modificado sustancialmente por la Ley 16/2003, de 8 de mayo.

---

<sup>151</sup> Cfr. L.E. DE LA VILLA GIL, “El modelo constitucional de protección social”, *Aranzadi Social* n° 3, 2004 (BIB 2004/426).

<sup>152</sup> STC 182/1988, de 13 de octubre.

<sup>153</sup> Entre otras, SSTC 32/1983, de 28 de abril, 45/1983, de 25 de mayo y 54/1990, de 28 de marzo.

<sup>154</sup> STC 76/1983, de 5 de agosto.

El Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, según la definición que recoge el artículo 69 de la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, es “el órgano permanente de coordinación, cooperación, comunicación e información de los servicios de salud, entre ellos y con la Administración del Estado, que tiene como finalidad promover la cohesión del Sistema Nacional de Salud a través de la garantía efectiva de los derechos de los ciudadanos en todo el territorio del Estado”.

En la Ley General de Sanidad se plasma el mandato constitucional, según el cual la Coordinación General Sanitaria corresponde al Estado, que debe fijar los medios para facilitar la información recíproca, la homogeneidad técnica y la acción conjunta que logre la integración de actos parciales en la globalidad del Sistema Nacional de Salud. Además, los criterios de Coordinación General Sanitaria, aprobados por el Consejo Interterritorial, deberán ser tenidos en cuenta en la elaboración del Plan Integrado de Salud, documento que deberá recoger los planes de salud estatales, autonómicos y conjuntos y sus fuentes de financiación. Este Plan también tendrá que ser sometido al Consejo.

El establecimiento de Planes de Salud conjuntos entre Estado y Comunidades Autónomas debe formularse en el seno del Consejo, si implican a todas ellas.

También, la Ley General de Sanidad prevé la constitución entre el Estado y las Comunidades Autónomas de Comisiones y Comités Técnicos, la celebración de Convenios y la elaboración de Programas en común que se requieran para la mayor eficacia y rentabilidad de los Servicios Sanitarios.

Asimismo, en la Ley General de Sanidad se crea, como órgano de apoyo científico-técnico del Sistema, el Instituto de Salud Carlos III, al que encomienda que el desarrollo de sus funciones se realice en coordinación con el Consejo, y en colaboración con otras Administraciones Públicas.

El contenido constitucional de la atención sanitaria comprende cualesquiera acciones individuales o colectivas (art. 45.1 CE) de carácter preventivo y reparador por medio de las prestaciones y los servicios necesarios (art. 43.2 CE), incluyendo los mecanismos de rehabilitación o recuperación (art. 49 CE) e, incluso, de fomento de la educación sanitaria (art. 43.3 CE)<sup>155</sup>. Teniendo en cuenta este marco, corresponde al legislador ordinario determinar el contenido concreto de aquella. A partir de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, la protección de la salud se extiende a todos los españoles y a los extranjeros que tengan establecida su residencia en territorio nacional, de acuerdo con lo establecido en el art. 12 de la Ley 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Por lo demás, el Estado, las Comunidades Autónomas y las demás Administraciones Públicas competentes quedan comprometidas a organizar y desarrollar todas las acciones sanitarias dentro de una concepción integral del sistema sanitario, de tal modo que todas las estructuras y servicios públicos al servicio de la salud integran el sistema nacional de salud, definido como el conjunto de los servicios de la salud de la Administración del Estado y los servicios de salud de las Comunidades Autónomas<sup>156</sup>.

La legislación ordinaria posterior ha profundizado en el diseño inicial del sistema nacional de salud, en lo que ahora interesa, ordenando las prestaciones sanitarias del sistema (Real Decreto 63/1995, de 20 de enero), lo que exige diferenciar las prestaciones sanitarias unitarias, de los recursos financieros diversificados, bien con cargo al sistema de seguridad social, bien con cargo a fondos especiales adscritos a la sanidad. A juicio de algún autor<sup>157</sup>, no es adecuado “mantener dentro del sistema de seguridad social una parte de las prestaciones sanitarias -a lo que aparentemente

---

<sup>155</sup> Cfr. L.E. DE LA VILLA GIL, “El modelo constitucional de protección social”, *Aranzadi Social* nº 3, 2004 (BIB 2004/426).

<sup>156</sup> L.E. DE LA VILLA GIL, “El modelo constitucional de protección social”, *Aranzadi Social* nº 3, 2004 (BIB 2004/426).

<sup>157</sup> L.E. DE LA VILLA GIL, “El modelo constitucional de protección social”, *Aranzadi Social* nº 3, 2004 (BIB 2004/426).

conducen los anacrónicos arts. 38.1, a) y b) LGSS/94 y 98 y ss. LGSS/74- puesto que dichas prestaciones han de ser encuadradas decididamente en el sistema nacional de salud, cualesquiera sean las disfunciones e irregularidades transitorias en el aspecto financiero”. Este criterio se apoya en la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento, la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y de los derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica y, sobre todo, la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del sistema nacional de salud<sup>158</sup>.

En fin, algunos Estatutos de Autonomía han profundizado en los contenidos concretos de la asistencia sanitaria, a los efectos de perfilar más adecuadamente las competencias concurrentes Estado-Comunidad Autónoma.

El Estatuto de Autonomía de Andalucía (aprobado por LO 2/2007, de 19 de marzo) atribuye en su art. 55 (salud, sanidad y farmacia) a la Comunidad Autónoma “la competencia exclusiva sobre organización, funcionamiento interno, evaluación, inspección y control de centros, servicios y establecimientos sanitarios, así como en el marco del artículo 149.1.16.ª de la Constitución la ordenación farmacéutica. Igualmente le corresponde la investigación con fines terapéuticos, sin perjuicio de la coordinación general del Estado sobre esta materia (apartado 1). Asimismo se reconoce la competencia compartida en materia de sanidad interior y, en particular “la ordenación, planificación, determinación, regulación y ejecución de los servicios y prestaciones sanitarias, sociosanitarias y de salud mental de carácter público en todos los niveles y para toda la población, la ordenación y la ejecución de las medidas destinadas a preservar, proteger y promover la salud pública en todos los ámbitos, incluyendo la salud laboral, la sanidad animal con efecto sobre la salud humana, la sanidad alimentaria, la sanidad ambiental y la vigilancia epidemiológica, el régimen estatutario y la formación del personal que presta servicios en el sistema sanitario público, así como la formación sanitaria especializada y la investigación científica en materia sanitaria”.

El Estatuto de Autonomía de Aragón (aprobado por LO 5/2007, de 20 de abril) incluye entre las competencias exclusivas (art. 71) la “sanidad y salud pública, en especial, la organización, el funcionamiento, la evaluación, la inspección y el control de centros, servicios y establecimientos sanitarios. La Comunidad Autónoma participará, de acuerdo con el Estado, en la planificación y la coordinación estatal en lo relativo a sanidad y salud pública (nº 55).

La Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña, dispone en su art. 162 (rubricado “Sanidad, salud pública, ordenación farmacéutica y productos farmacéuticos” que “corresponde a la Generalitat, en materia de sanidad y salud pública, la competencia exclusiva sobre la organización y el funcionamiento interno, la evaluación, la inspección y el control de centros, servicios y establecimientos sanitarios (nº 1). Como competencias compartidas se enumeran las siguientes (nº 3): a) La ordenación, la planificación, la determinación, la regulación y la ejecución de las prestaciones y los servicios sanitarios, sociosanitarios y de salud mental de carácter público en todos los niveles y para todos los ciudadanos; b) La ordenación, la planificación, la determinación, la regulación y la ejecución de las medidas y las actuaciones destinadas a preservar, proteger y promover la salud pública en todos los ámbitos, incluyendo la salud laboral, la sanidad animal con efectos sobre la salud humana, la sanidad alimentaria, la sanidad ambiental y la vigilancia epidemiológica; c) La planificación de los recursos sanitarios de cobertura pública y la coordinación de las actividades sanitarias privadas con el sistema sanitario público; d) La formación sanitaria especializada, que incluye la acreditación y la evaluación de centros; la planificación de la oferta de plazas; la participación en la elaboración de las convocatorias y la gestión de los programas de formación de las especialidades y las áreas de capacitación específica y la expedición de diplomas de áreas de capacitación específica; e) El régimen estatutario y la formación del personal que presta servicios en el sistema sanitario público. Asimismo, la Generalitat participa en la planificación y la coordinación estatal en materia de sanidad y salud pública (nº 4).

En Valencia, la Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, establece (art. 54.1) que “es de competencia exclusiva de La Generalitat la organización, administración y gestión de todas las instituciones sanitarias públicas dentro del territorio de la Comunitat Valenciana”.

<sup>158</sup> Sobre la inclusión de la sanidad en el concepto de Seguridad Social, *vid. infra* epígrafe 2.4.

En fin, el Estatuto de Autonomía de Illes Balears (Ley Orgánica [1/2007](#), de 28 de febrero, de reforma del Estatuto de las Illes Balears) establece en su art. 30 que la Comunidad Autónoma tiene la competencia exclusiva en materia de “organización, funcionamiento y control de los centros sanitarios públicos y de los servicios de salud. Planificación de los recursos sanitarios. Coordinación de la sanidad privada con el sistema sanitario público. Promoción de la salud en todos los ámbitos, en el marco de las bases y la coordinación general de la sanidad. Ordenación farmacéutica, en el marco de lo que dispone el número 16, apartado 1, del artículo 149 de la Constitución (nº 48). Además, aunque no es sino una síntesis de lo anterior, el art. 31 contempla entre las competencias de desarrollo legislativo y ejecución la salud, la sanidad, la formación sanitaria especializada, la sanidad vegetal y animal (apartado 4º).

### 1.3.4 El “régimen económico” de la Seguridad Social

En este tema, la jurisprudencia constitucional no ha sido especialmente restrictiva, pues ha entendido incluidas las instituciones previstas en los preceptos de referencia de la LGSS, tales como recargo en la cotización por horas extraordinarias<sup>159</sup>, actos de gestión recaudatoria o del patrimonio de la seguridad social<sup>160</sup>, aplazamiento y fraccionamiento de los pagos, reducciones y subvenciones<sup>161</sup>, disponibilidad y provisiones de los fondos y la ordenación de los pagos<sup>162</sup>, infracciones y sanciones en materia de seguridad social<sup>163</sup> y, en definitiva, todo lo atinente a la unidad presupuestaria y de caja<sup>164</sup>. Al mismo tiempo, se ha declarado que quedan fuera del régimen económico de la Seguridad Social las técnicas instrumentales de inclusión en el sistema, como el encuadramiento, la afiliación, las altas y las bajas<sup>165</sup> porque, si bien se vinculan al régimen económico, exceden del ámbito propio y exclusivo de éste<sup>166</sup>.

A las Comunidades Autónomas les corresponde asumir la competencia legislativa y reglamentaria sobre el núcleo no básico de la Seguridad Social, excepto en materia de régimen económico, y la competencia administrativa correspondiente<sup>167</sup>, cuando quede a salvo la unidad del sistema, su funcionamiento económico uniforme, la titularidad estatal de todos los recursos económicos y la igualdad de todos los ciudadanos en el ejercicio de sus derechos y obligaciones<sup>168</sup>, debiendo advertirse que, de conformidad con la doctrina del Tribunal Constitucional, la inexistencia de transferencia de servicios no es condición obstativa para la asunción de la titularidad de las competencias estatutarias en materia de seguridad social<sup>169</sup>.

La importante y compleja STC 195/1996, resolutoria de varios recursos de inconstitucionalidad contra determinados preceptos de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social de 1988, estableció la doctrina de que Seguridad Social y régimen económico de la Seguridad Social son áreas o materias competencialmente distintas, con el resultado (ya anticipado en la STC 102/1995, de 26 de junio) de que, en materia de Seguridad Social, corresponde a las Comunidades Autónomas asumir las

---

<sup>159</sup> STC 27/1983, de 20 de abril.

<sup>160</sup> STC 124/1989, de 7 de julio.

<sup>161</sup> STC 195/1996, de 28 de noviembre.

<sup>162</sup> STC 124/1989, de 7 de julio.

<sup>163</sup> STC 195/1996, de 28 de noviembre.

<sup>164</sup> STC 124/1989, de 7 de julio.

<sup>165</sup> STC 124/1989, de 7 de julio.

<sup>166</sup> STC 195/1996, de 28 de noviembre.

<sup>167</sup> STC 102/1995, de 26 de junio.

<sup>168</sup> STC 124/1989, de 7 de julio.

<sup>169</sup> STC 124/1989, de 7 de julio.

competencias sancionadoras, aunque tal competencia no puede extenderse al ámbito del régimen económico.

Los Estatutos de Autonomía, tanto los ya conocidos<sup>170</sup> como los recientemente aprobados, acatan el criterio constitucional, como es lógico, si bien en algunos casos se matizan algunos extremos. Así, por ejemplo, acogiendo los criterios ya expuestos del Tribunal Constitucional, el Estatuto de Autonomía de Aragón (LO 5/2007, de 20 de abril) dispone en su art. 75 (competencias compartidas) que “la Comunidad Autónoma de Aragón ejercerá el desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación básica que establezca el Estado en normas con rango de ley, excepto en los casos que se determinen de acuerdo con la Constitución, desarrollando políticas propias”, asumiendo la materia de “Seguridad Social, a excepción de las normas que configuran su régimen económico” (nº 1ª). La gestión de la asistencia sanitaria y del régimen económico de la Seguridad Social y los servicios que integran el sistema (y en el marco del respeto al principio de unidad de caja, se añade), esta Comunidad podrá “dictar reglamentos para la regulación de su propia competencia funcional y la organización de los servicios necesarios para ello, y en general podrá ejercer todas aquellas funciones y actividades que el ordenamiento jurídico atribuye a la Administración Pública (art. 77).

La Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña, establece en un prolijo art. 165 dedicado a la Seguridad Social que la Generalitat asume competencias compartidas en las siguientes materias: desarrollo y la ejecución de la legislación estatal, excepto las normas que configuran el régimen económico; gestión del régimen económico de la Seguridad Social; organización y la gestión del patrimonio y los servicios que integran la asistencia sanitaria y los servicios sociales del sistema de la Seguridad Social en Cataluña; ordenación y el ejercicio de las potestades administrativas sobre las instituciones, las empresas y las fundaciones que colaboran con el sistema de la Seguridad Social, en las materias indicadas en la letra c), así como la coordinación de las actividades de prevención de riesgos laborales que desarrollen en Cataluña las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales; reconocimiento y gestión de las pensiones no contributivas; coordinación de las actuaciones del sistema sanitario vinculadas a las prestaciones de Seguridad Social. Asimismo, la Generalitat “podrá organizar y administrar a tales fines y dentro de su territorio, todos los servicios relacionados con las materias indicadas, y ejercerá la tutela de las instituciones, entidades y fundaciones en materia de sanidad y Seguridad Social, reservándose el Estado la alta inspección”.

El Estatuto de la Comunitat Valenciana (LO 1/2006, de 10 de abril) declara (art. 54) que en materia de Seguridad Social, corresponderá a La Generalitat: el desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación básica del Estado, a excepción de las normas que configuran el régimen económico de ésta; la gestión del régimen económico de la Seguridad Social. Con el fin de organizar y administrar para aquellas finalidades, y dentro de su territorio, todos los servicios relacionados con las materias mencionadas, la Generalitat ejercerá la tutela de las instituciones, entidades y funciones en materia de sanidad y seguridad social, y se reservará el Estado la alta inspección para el cumplimiento de las funciones y competencias contenidas en este artículo.

---

<sup>170</sup> Paradigmático es el caso del Estatuto de Galicia, aprobado por Ley Orgánica 1/1981, de 6 de abril, modificada por la Ley 18/2002, por lo avanzado de sus previsiones. El art. 33 dispone lo siguiente: “1. Corresponde a la Comunidad Autónoma el desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación básica del Estado en materia de sanidad interior. 2. En materia de Seguridad Social corresponderá a la Comunidad Autónoma el desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación básica del Estado, salvo las normas que configuran el régimen económico de la misma. Corresponde también a la Comunidad Autónoma la gestión del régimen económico de la Seguridad Social en Galicia, sin perjuicio de la Caja Unica. 3. Corresponderá también a la Comunidad Autónoma la ejecución de la legislación del Estado sobre productos farmacéuticos. 4. La Comunidad Autónoma podrá organizar y administrar a tales fines y dentro de su territorio todos los servicios relacionados con las materias antes expresadas, y ejercerá la tutela de las instituciones, entidades y fundaciones en materia de Sanidad y Seguridad Social, reservándose el Estado la alta inspección conducente al cumplimiento de las funciones y competencias contenidas en este artículo”.

#### 1.4.- La posible integración de la sanidad en el concepto de Seguridad Social y sus consecuencias

Tradicionalmente se ha planteado la cuestión de si la Constitución ha pretendido o no establecer una separación radical entre la Seguridad Social y la Asistencia Sanitaria, habida cuenta la importancia que el tema posee en materia competencial, pues en el caso de que las prestaciones sanitarias se integren en el Sistema de la Seguridad Social, corresponde al Estado de modo exclusivo la legislación básica y el régimen económico sobre ellas, y a las Comunidades Autónomas la normativa no básica y la ejecución de los servicios (art. 149.1.17ª CE). En este sentido, la STC 124/1982 estableció que “las concretas facultades que integran la competencia estatutaria de gestión (por las Comunidades Autónomas) del régimen económico de la Seguridad Social serán sólo aquellas que no puedan comprometer la unidad del sistema o perturbar su funcionamiento económico uniforme”. En la citada sentencia se razona que la “mención separada (en el art. 149.1.17ª CE) del régimen económico como función exclusiva del Estado trataba de garantizar la unidad del sistema de la Seguridad Social, y no sólo la unidad de su regulación jurídica, impidiendo diversas políticas territoriales de Seguridad Social en cada una de las Comunidades Autónomas”. Por el contrario, si las prestaciones sanitarias se segregan de la Seguridad Social y se adscriben a la genérica “asistencia sanitaria” gestionada por el Sistema Nacional de Salud, al Estado corresponde solamente establecer las “bases y coordinación general” (art. 149.1.16ª CE), incluida la alta inspección en la materia pero no el régimen económico, que sería también atribución de las Comunidades Autónomas, competentes en materia de sanidad (art. 148.1.21ª CE)<sup>171</sup>.

A nuestro juicio, el modelo constitucional impone el respeto a unos principios – igualdad, solidaridad y cohesión social- consagrados en la Ley 16/2003, de 8 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, que exigen reservar a favor del del Estado los aspectos nucleares o básicos de la sanidad, en coherencia con lo dispuesto en el art. 149.1.16ª CE<sup>172</sup>. Ahora bien, como reconoce la STC 14/1998, “la igualdad de derechos y obligaciones en su aspecto interterritorial no puede ser entendida en términos tales que resulten incompatibles con el principio de descentralización política del Estado, pues ello impediría el ejercicio por las CC.AA de las competencias que tienen atribuidas, ejercicio que, entre otras cosas supone libertad para configurar una política propia en relación a dichas materias”. Esto supone, la formación de un sistema sanitario equitativo (sustancialmente homogéneo) pero en el que sea posible la diversidad y, dentro de una igualdad básica, diferencias jurídicas y fácticas que podrán dar lugar a que el contenido de la asistencia sanitaria difiera de unos a otros territorios<sup>173</sup>.

De la propia Constitución resulta evidente la separación de la asistencia sanitaria pública (art. 43 y 149.1.16ª) respecto del Sistema de Seguridad Social (art. 41 y

---

<sup>171</sup> En este sentido, A. MONTOYA MELGAR, “Asistencia sanitaria: de la Seguridad Social al sistema nacional de salud (Apunte para un estudio)”, *Aranzadi Social* nº 5, 2004 (BIB 2004/542).

<sup>172</sup> Sobre estos principios insiste A. MONTOYA MELGAR, “Asistencia sanitaria: de la Seguridad Social al sistema nacional de salud (Apunte para un estudio)”, cit.

<sup>173</sup> J.L. BELTRÁN AGUIRRE, “La igualdad básica, la coordinación y la cooperación interterritorial: Fundamentos del Sistema Nacional de Salud”, *Revista Derecho y Salud*, nº 2, 2002, pág. 127.

149.1.17<sup>a</sup>). Esta separación también se desprende de la Ley 14/1986, de 25 abril, General de Sanidad –que ha de entenderse como legislación básica al amparo del art. 149.1.16<sup>a</sup> CE- que creó el Servicio Nacional de Salud como ente centralizador de las prestaciones sanitarias distinto del Sistema de Seguridad Social. Por su parte, la LGSS de 1994 no incluye ningún capítulo referente a la prestación de asistencia sanitaria<sup>174</sup>. La financiación de la asistencia sanitaria a través de los presupuestos generales del Estado en lugar de cotizaciones constituye un argumento adicional a la separación radical entre Seguridad Social y asistencia sanitaria. Por último, las prestaciones de accidente de trabajo y enfermedad profesional, de naturaleza contributiva, se vinculan a la Seguridad Social, mientras que la asistencia sanitaria se concibe como una prestación concedida a todos los ciudadanos por los servicios de salud autonómicos, si bien debe quedar claro que las bases y coordinación general de la sanidad, como señalan las SSTC 182/1988, de 13 de octubre y 124/1989, de 7 de julio, corresponden al Estado, siguiendo el título competencial marcado por la Constitución.

En sentido contrario al expuesto, el art. 38 LGSS incluye en la acción protectora del sistema de la Seguridad Social “la asistencia sanitaria en los casos de maternidad, de enfermedad común o profesional y de accidentes, sean o no de trabajo”. Además, algunas normas recientes ponen de manifiesto la inclusión de la asistencia sanitaria en la acción protectora del Sistema de Seguridad Social<sup>175</sup>. En fin, la Ley del Sistema Nacional de Salud, en su redacción modificada de 12 de marzo de 2003, insiste en que dentro de la acción protectora de la Seguridad Social se encuentra la asistencia sanitaria.

A nuestro juicio, la inclusión o exclusión de la asistencia sanitaria en el campo de la Seguridad Social depende del enfoque más amplio o más estrecho que se quiera dar a la noción de Seguridad Social. En sentido amplio, la Seguridad Social es omnicomprensiva de cuantas acciones se requieran para la mejorar la salud de la población y satisfacer del modo más completo posible sus necesidades económicas que, normalmente vienen causadas por la inactividad laboral. Así se comprende que el art. 38 LGSS y los preceptos ya citados incluyan la asistencia sanitaria en el campo propio de la Seguridad Social. Ahora bien, al mismo tiempo, en sentido más restringido y técnico, que es el que ahora interesa en tanto la perspectiva del análisis es eminentemente constitucional, Seguridad Social y Asistencia Sanitaria no pueden equipararse y han de tener necesariamente contenidos diferentes. De otro modo, la Constitución no habría establecido una separación conceptual y competencial como la que se desprende de los arts. 148 y 149 CE y de los Estatutos de Autonomía. Ambas nociones no son excluyentes sino complementarias, sin perjuicio de que las legislaciones esten necesitadas de claridad y armonización.

A modo de ejemplo, baste señalar que la incapacidad temporal comprende tanto las prestaciones económicas que derivan del accidente o enfermedad –incluidas en el campo propio y estricto de la Seguridad Social, en los términos constitucionales descritos- como las sanitarias, médicas y farmacológicas que se exponen a continuación.

---

<sup>174</sup> De todos modos, la justificación de la omisión de la regulación de esta prestación en la LGSS se debe a la vigencia del Decreto 2766/1967, de 16 de noviembre, que regula las prestaciones y ordenación de servicios médicos de la asistencia sanitaria en el Régimen General de la Seguridad Social y (parcialmente) del la LGSS de 1974.

<sup>175</sup> *Vid.* art. 69 de la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, por la que se regulan las medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía, que modifica el art. 86.2 de la LGSS.



Ambas prestaciones forman un todo inseparable, sin perjuicio de que cada bloque responda a un orden competencial y organizativo distinto.

## **2.- Asistencia sanitaria y prestaciones farmacéuticas**

El complejo deslinde material y competencial entre la Seguridad Social y la Asistencia Sanitaria se incrementa al considerar que las prestaciones farmacéuticas también contribuyen a superar los procesos de alteración de la salud y en esta materia las competencias estatales y autonómicas son igualmente concurrentes.

El Estado tiene competencia exclusiva en materia de legislación sobre productos farmacéuticos (art. 149.1.16ª CE). La Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, es la norma central en esta materia. De ella, interesa destacar el Título VII, rubricado “De la financiación pública, los medicamentos y productos sanitarios”, que se refiere a aspectos tan relevantes como los siguientes:

- Igualdad territorial: según el art. 88.1 de la Ley, todos los ciudadanos tienen derecho “a obtener medicamentos en condiciones de igualdad en todo el Sistema Nacional de Salud, sin perjuicio de las medidas tendentes a racionalizar la prescripción y la utilización de medicamentos y productos sanitarios que puedan adoptar las Comunidades Autónomas en ejercicio de sus competencias”. A tal efecto, el Ministerio de Sanidad y Consumo mediante resolución motivada decidirá, con carácter previo a su puesta en el mercado, la inclusión o no del mismo en la prestación farmacéutica del Sistema Nacional de Salud (art. 89)
- Coordinación a través del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud (art. 88.2).
- Fijación y revisión del precio por el Estado. El art. 90.1 de la Ley atribuye al Consejo de Ministros, por Real Decreto “establecer el régimen general de fijación de los precios industriales de los medicamentos, así como de aquellos productos sanitarios que vayan a ser incluidos en la prestación farmacéutica del Sistema Nacional de Salud y que se dispensen, a través de receta oficial, en territorio nacional”. La revisión de tal régimen corresponde igualmente al Consejo de Ministros (art. 91). El Gobierno fijará “las cuantías económicas correspondientes a los conceptos de la distribución y dispensación de los medicamentos y de dichos productos sanitarios”. El Ministerio de Sanidad y Consumo establecerá el precio de venta al público de los medicamentos y productos sanitarios mediante la agregación del precio industrial máximo y de los conceptos correspondientes a los costes de la comercialización (art. 90.4).
- Control del uso de los medicamentos. El art. 95.3 de la Ley encomienda al Ministerio de Sanidad y Consumo el establecimiento de los mecanismos de coordinación que permitan conocer la utilización de medicamentos y productos sanitarios, optimizar la investigación de su evolución y adoptar las medidas de información y promoción del uso racional de los medicamentos y productos sanitarios y, en su caso, las medidas cautelares y de control correspondientes con exigencia de las responsabilidades administrativas y penales a que hubiere lugar.
- Gestión de la información sobre recetas. Como señala el art. 97 de la Ley, la gestión de la información resultante del procesamiento de las recetas del Sistema Nacional de Salud corresponde a los Servicios de Salud de las Comunidades

Autónomas en su ámbito territorial y a la Administración General del Estado en la información del conjunto del Sistema Nacional de Salud.

El alcance del significado de “legislación sobre productos farmacéuticos” ha sido restringido al máximo por la STC 98/2004, de 25 de mayo, que, aun reconociendo – como claramente establece hoy la Ley 29/2006- la competencia estatal para establecer el régimen general de fijación de los precios de los medicamentos, declaró la constitucionalidad de la concreta fijación de estos precios por las Comunidades Autónomas:

“A pesar de la indiscutible vinculación entre la protección de la salud y el sistema público de Seguridad Social, que dentro de su acción protectora incluye la asistencia sanitaria de sus beneficiarios en los casos de maternidad, enfermedad (común y profesional) y accidente (común y de trabajo), no cabe subsumir la materia aquí cuestionada en el título competencial relativo a ella (art. 149.1.17 CE) (...) la financiación pública de una prestación sanitaria (el medicamento) proporcionada por el Sistema Nacional de Salud con carácter universalista a todos los ciudadanos (...) no afecta al régimen económico de la Seguridad Social, ni a sus recursos financieros, ni a la vigencia del principio de «caja única» por el que se rige. Y ello resulta avalado porque la descentralización de la gestión de los servicios sanitarios y el traspaso de servicios y funciones efectuada por la Administración del Estado en materia de sanidad a favor de las distintas Comunidades Autónomas se ha visto acompañada de una nueva forma de financiación de la asistencia sanitaria, que abandonando la específica partida presupuestaria de la Seguridad Social se ha integrado en el sistema general de financiación autonómica junto al resto de las partidas presupuestarias (proceso éste que ha culminado con la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, por la que se regulan las medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con estatuto de autonomía) (...) En suma, la cuestión debatida se encuadra en el ámbito material correspondiente a la «sanidad» (art. 149.1.16 CE)”.

En esta materia, y teniendo en cuenta el marco competencial estatal y autonómico, es preciso aclarar, según la citada STC 98/2004, “que cuando el art. 149.1.16 CE se refiere a la competencia estatal para fijar las bases y realizar la coordinación general de la «sanidad», este último vocablo hay que entenderlo referido a la «sanidad interior» por exclusión con el de «sanidad exterior» que previamente es utilizado en ese mismo apartado (STC 32/1983, de 28 de abril) (...) ni la fijación de las bases ni la coordinación general a la que también se refiere la regla 16 del art. 149.1 CE (que persigue la integración de la diversidad de las partes o subsistemas en el conjunto o sistema, evitando contradicciones, y reduciendo disfunciones según SSTC 32/1983, de 28 de abril, 42/1983, de 20 de mayo, 80/1985, de 4 de julio, deben llegar a tal grado de desarrollo que dejen vacías de contenido las correspondientes competencias que las Comunidades Autónomas hayan asumido en la materia (STC 32/1983, de 28 de abril).

Para el Tribunal Constitucional, “el establecimiento de una prestación farmacéutica y su financiación pública constituyen un criterio básico en materia de «sanidad», pues satisface las exigencias formales y materiales de la legislación básica” (STC 98/2004). Partiendo del carácter básico de la materia en cuestión dentro del marco normativo que regula la sanidad, forzosamente se ha de afirmar que es al Estado al que corresponde su regulación, en tanto que el art. 149.1.16<sup>a</sup> CE le otorga la competencia exclusiva sobre las bases y coordinación general de la sanidad. De esta forma se garantiza una uniformidad mínima en las condiciones de acceso a los medicamentos con independencia del lugar en el que dentro del territorio nacional se resida y se evita la introducción de factores de desigualdad en la protección básica de la salud. Sin embargo, esa necesaria uniformidad mínima, que corresponde establecer al Estado,

asegurando así un nivel mínimo homogéneo o nivel de suficiencia de las prestaciones sanitarias públicas, puede ser susceptible de mejora, en su caso, por parte de las Comunidades Autónomas, en virtud de su competencia sustantiva y de su autonomía financiera, siempre y cuando, con ello, no se contravengan las exigencias que impone el principio de solidaridad (arts. 2 y 138 CE).

Para el Tribunal Constitucional, el art. 149 CE no sólo atribuye al Estado una facultad, sino que le exige que preserve la existencia de un sistema normativo sanitario nacional con una regulación uniforme mínima y de vigencia en todo el territorio español, eso sí, sin perjuicio, bien de las normas que sobre la materia puedan dictar las Comunidades Autónomas en virtud de sus respectivas competencias<sup>176</sup>, dirigidas a mejorar en su ámbito territorial el mínimo establecido en la legislación estatal. En este sentido, el art. 23 de la Ley 16/2003 establece que todos los usuarios del Sistema Nacional de Salud tendrán acceso a las prestaciones sanitarias en ella reconocidas en condiciones de igualdad efectiva. En consecuencia, el acceso a los medicamentos en condiciones de igualdad presupone una regulación uniforme mínima y de vigencia en todo el territorio español que establezca un sistema de precios de referencia a los efectos de determinar el alcance de su financiación pública, de tal modo que quede garantizado a todos los ciudadanos, con independencia de la Comunidad Autónoma de que se trate, el disfrute de medicamentos financiados por los poderes públicos.

Los Estatutos de Autonomía regulan esta cuestión con una acusada generalidad, como se pone de manifiesto, por ejemplo, en el Estatuto de Autonomía de Andalucía (LO 2/2007, de 19 de marzo) que simplemente atribuye a la Comunidad “la ejecución de la legislación estatal en materia de productos farmacéuticos” (art. 55.3). El de Aragón (LO 5/2007, de 20 de abril) recoge entre las competencias exclusivas del art. 71 la ordenación farmacéutica (nº 56); sin embargo, en el art. 77 los productos farmacéuticos se integran en las competencias ejecutivas, respecto de las que se aclara que podrán consistir en “dictar reglamentos para la regulación de su propia competencia funcional y la organización de los servicios necesarios para ello”. El de Cataluña (LO 6/2006, de 19 de julio) se manifiesta en términos parecidos, al igual que el de la Comunitat Valenciana (Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril), que establece como competencia exclusiva la “ordenación farmacéutica (art. 49.1.19ª) o, en fin, el de las Illes Balears (art. 32), aprobado por Ley Orgánica [1/2007](#), de 28 de febrero.

---

<sup>176</sup> SSTC 61/1997, de 20 de marzo, 173/1998, de 23 de julio, 188/2001, de 29 de septiembre, 37/2002, de 14 de febrero y 152/2003, de 17 de julio.

## **IX.- EL ORDEN COMPETENCIAL EN MATERIA DE SANIDAD: ESTADO Y COMUNIDADES AUTONOMAS.**

### **1. Las competencias del estado**

#### **1.1 Introducción**

La Constitución Española de 1978 establece, en su artículo 43, el derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria de todos los ciudadanos.

Los principios y criterios sustantivos que permiten el ejercicio de este derecho se regulan por la Ley 14/1986, General de Sanidad y se concretan en:

- ✓ Financiación pública, universalidad y gratuidad de los servicios sanitarios en el momento del uso
- ✓ Derechos y deberes definidos para los ciudadanos y para los poderes públicos
- ✓ Descentralización política de la sanidad en las Comunidades Autónomas
- ✓ Prestación de una atención integral de la salud procurando altos niveles de calidad debidamente evaluados y controlados integración de las diferentes estructuras y servicios públicos al
- ✓ Servicio de la salud en el Sistema Nacional de Salud.

El Sistema Nacional de Salud es, por lo tanto, el conjunto coordinado de los Servicios de Salud de la Administración del Estado y los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas que integra todas las funciones y prestaciones sanitarias que, de acuerdo con la ley, son responsabilidad de los poderes públicos.

Las competencias del Estado en materia de sanidad son las siguientes:

- ✓ Bases y coordinación general de la sanidad
- ✓ Sanidad Exterior y las relaciones y acuerdos sanitarios internacionales.
- ✓ Legislación sobre productos farmacéuticos.

Las Bases y Coordinación General se refieren al establecimiento de normas que fijen las condiciones y requisitos mínimos, persiguiendo una igualación básica de condiciones en el funcionamiento de los servicios sanitarios públicos. Incluye igualmente la fijación de medios y de sistemas de relación que hagan posible la información recíproca, la homogeneidad técnica en determinados aspectos y la acción conjunta de las autoridades sanitarias estatales y comunitarias en el ejercicio de sus respectivas competencias.

Las actividades de Sanidad Exterior se realizan en materia de vigilancia y control de los posibles riesgos para la salud derivados de la importación, exportación o tránsito de mercancías y del tráfico internacional de viajeros. Mediante las relaciones y acuerdos sanitarios internacionales, España colabora con otros países y Organismos internacionales en las siguientes materias:

- ✓ Control epidemiológico
- ✓ Lucha contra las enfermedades transmisibles
- ✓ Conservación de un medio ambiente saludable

- ✓ Elaboración, perfeccionamiento y puesta en práctica de normativas internacionales
- ✓ Investigación biomédica y en todas aquellas acciones que se acuerden por estimarse beneficiosas para las partes en el campo de la salud.

En relación con los Productos Farmacéuticos, las competencias que corresponden al Estado son las siguientes:

- ✓ Legislación sobre productos farmacéuticos
- ✓ Evaluación, autorización y registro de medicamentos de uso humano, medicamentos de uso veterinario y productos sanitarios.
- ✓ Decisión sobre la financiación pública y fijación del precio de los medicamentos y productos sanitarios.
- ✓ Garantizar el depósito de sustancias estupefacientes de acuerdo con lo dispuesto en los Tratados Internacionales
- ✓ Importación de medicación extranjera y urgente no autorizada en España
- ✓ Mantener un depósito estatal estratégico de medicamentos y productos sanitarios para emergencias y catástrofes
- ✓ Adquisición y distribución de medicamentos y productos sanitarios para programas de cooperación internacional

La Administración del Estado, sin menoscabo de las competencias de las Comunidades Autónomas, y en coordinación con éstas en su caso, desarrolla igualmente actuaciones en materia de:

- ✓ Control sanitario del medio ambiente y de alimentos, servicios o productos directa o indirectamente relacionados con el uso y consumo humanos
- ✓ Reglamentación, autorización y registro u homologación de los medicamentos de uso humano y veterinario y, sobre los primeros, ejerce las competencias de inspección y control de calidad
- ✓ Fomento de uso racional del medicamento
- ✓ Determinación, con carácter general, de las condiciones y requisitos técnicos mínimos para la aprobación y homologación de las instalaciones y equipos de los centros y servicios
- ✓ Fomento de la calidad en el Sistema Nacional de Salud
- ✓ Formación sanitaria especializada en centros y unidades docentes acreditados al efecto
- ✓ Establecimiento del Sistema de Información del Sistema Nacional de Salud

Así, las competencias de las Administraciones Públicas en materia sanitaria se pueden resumir en el siguiente cuadro:

<b>Administración del Estado</b>	Bases y coordinación de la Sanidad	Consejo Interterritorial del SNS
	Sanidad Exterior	
	Política del medicamento	
	Gestión de INGESA	
<b>Comunidades Autónomas</b>	Planificación sanitaria	
	Salud pública	
	Gestión Servicios de Salud	

<b>Corporaciones Locales</b>	Salubridad Colaboración en la gestión de los servicios públicos
----------------------------------	--

## 1.2. La legislación básica

La expresión «legislación básica», ha sido objeto de polémica no sólo respecto a su significado, sino también en lo que respecta a la delimitación de su contenido. Sin embargo, cualquier tipo de diferencia es una cuestión que en la actualidad ha quedado superada tras los distintos pronunciamientos que ha llevado a cabo el Tribunal Constitucional consolidando así un concepto unívoco sobre bases, legislación básica o norma básica.

El debate inicial se gestó en torno a dos perspectivas.

Desde el punto de vista formal, se consideraba la legislación básica a toda norma que así apareciera definida por el Estado sin atender a su contenido. Por tanto, sería norma básica toda aquella que así estableciera y definiera como tal. En dicha norma, que habría de tener necesariamente rango de ley y, en consecuencia sólo podría ser dictada por las Cortes Generales, se establecerían los contornos de las competencias estatales, los cuales precisarían de posteriores desarrollos normativos.

Desde el punto de vista material, se atendía como básica no la declaración sobre tal carácter que se efectuase por la propia norma sino el contenido de la misma de manera que, si el Estado declaraba como básica una norma cuyo contenido no se correspondiera con su calificación como básica, el Tribunal Constitucional podía intervenir pronunciándose al respecto, determinando el carácter básico o no de estas normas que podían venir dadas bien por el Gobierno o por las Cortes. Dichas perspectivas pueden observarse de la lectura de los pronunciamientos que, al respecto, ha llevado a cabo el Tribunal Constitucional en donde puede apreciarse la evolución en la línea interpretativa que nuestro Tribunal ha desarrollado de esta cuestión.

Así pues, en un principio, la interpretación del Constitucional viene a resaltar la naturaleza material de la norma básica puntualizando varios aspectos<sup>177</sup>:

- ✓ Para que una norma estatal sea considerada como básica no es preciso que sea formulada como tal norma básica sino que ha de estarse a su propio contenido; es decir, que la calificación que el legislador efectúe sobre una norma como básica no implica necesariamente que su contenido se ajuste a dicha calificación. Por tanto, esos principios o criterios básicos, estén o no formulados como tales, son los que racionalmente se deducen de la legislación vigente.
- ✓ La conexión entre legislación estatal básica y la legislación autonómica de desarrollo de aquélla ha de ir precedida por un criterio temporal, es decir, es necesario que sea dictada en primer lugar la regulación estatal para que, con posterioridad las Autonomías puedan llevar a cabo el desarrollo normativo de aquellos aspectos que se reputen básicos, por lo que en aquellos casos en los que la Constitución reserva al Estado el establecimiento de las bases o principios de

<sup>177</sup> STC 32/1981, de 28 de julio.

una determinada materia, es necesario que las Cortes Generales aprueben las correspondientes leyes antes de que los Parlamentos territoriales puedan ejercitar la competencia que los respectivos Estatutos de Autonomía le atribuyen.

En pronunciamientos posteriores el Tribunal Constitucional defenderá también el concepto formal de las reglas básicas de manera que al regular las materias sobre las que se procede a dictar las bases el legislador ha de identificar la naturaleza de la norma básica, de manera que la misma pueda ser reconocida fácilmente por las CCAA, para que éstas a su vez, puedan ejecutar sus competencias sin dificultad, ya que la determinación del marco normativo básico al cual las Autonomías han de someter sus actuaciones confiere seguridad jurídica a la relación competencial Estado/CCAA. Además se requiere que su contenido se corresponda con el carácter que se imprime a la norma<sup>178</sup>. Así pues, en caso de controversia sobre la naturaleza de la norma corresponderá al Constitucional pronunciarse sobre tal cuestión revisando la calificación jurídica de la misma<sup>179</sup>.

Por tanto, se centra en las Cortes Generales el órgano llamado a determinar el significado de la normativa básica<sup>180</sup>, siendo admisible que el Gobierno en el ejercicio de su potestad reglamentaria, pueda excepcionalmente dictar por Decreto algunos aspectos básicos sobre alguna materia cuando sirva de complemento necesario para garantizar el fin a que responde la competencia estatal sobre las bases. También de manera excepcional y sólo cuando sea necesario para la ejecución de las competencias estatales, la norma básica podrá contener una regulación detallada e incluso actos de ejecución sobre alguna materia en concreto<sup>181</sup>.

En consecuencia, el principio de reserva de ley queda inoperante en algunos supuestos al no establecerse para éstos la exclusiva fundamentación legal básica.

Es así como el Tribunal Constitucional acuña un nuevo concepto de las normas básicas de carácter mixto, de manera que en él tendrá cabida una vertiente formal y otra material de la normativa básica.

De esta manera, la legislación básica de sanidad, a semejanza de lo que sucede con la legislación básica de Seguridad Social, ha de contener las directrices esenciales que son de aplicación en todo el territorio nacional. Se trata de pautas que marca el Estado y que sirven tanto para delimitar cuáles son las competencias del Estado y cuáles las autonómicas como para otorgar unidad sustancial a determinados aspectos que, dotados de un elevado grado de concreción, actúan a modo de normas mínimas debiendo estar definidos de forma clara y precisa, debiendo ser respetados por las Autonomías para así garantizar la igualdad y uniformidad reguladora a todos los españoles<sup>182</sup>.

Esta legislación básica ha de ser dictada por las Cortes Generales adquiriendo el rango de ley, aunque, es posible que determinados aspectos básicos precisen de ulteriores concreciones para su ejecución práctica y necesiten de un desarrollo posterior. Para estos supuestos se recurre a la actividad complementaria del Gobierno a través del

---

<sup>178</sup> STC 213/1988, de 11 de noviembre.

<sup>179</sup> STC 49/1988, de 22 de marzo y STC 69/1988, de 19 de abril.

<sup>180</sup> STC 32/1981, de 28 de julio.

<sup>181</sup> STC 49/1988, de 22 de marzo.

<sup>182</sup> STC 69/1988, de 19 de abril.

ejercicio de su potestad reglamentaria. Por tanto, dentro de esta legislación básica tienen cabida tanto la propia ley como los reglamentos que la desarrollan y que son imprescindibles para la puesta en práctica del sistema sanitario, ya que tales reglamentos, a semejanza de lo que sucede con la legislación básica de Seguridad Social se encargarán de ejecutar el contenido cardinal dispuesto en la ley y complementaria, organizar las relaciones entre la Administración y los sujetos administrados y hacer posible el cumplimiento del objetivo constitucional de garantizar la unidad normativa del sistema sanitario.

De ahí que, aun cuando el Texto Constitucional se refiera a legislación básica, se ha de entender no sólo a la ley sino también al reglamento, pues éste servirá para adaptar y desarrollar los postulados básicos. Todo ello sin olvidar que el Tribunal Constitucional reconoce dentro de la legislación básica y sólo para determinados supuestos, competencias de ejecución al Estado cuando de lo que se trate sea de garantizar el interés general<sup>183</sup>.

En consecuencia, la legislación básica (ley y reglamento que la complementa) es el patrón que sirve de guía a las Comunidades Autónomas para hacer efectivo en sus propios territorios el desarrollo de las materias incluidas en la citada norma y, a la vez de freno ante el hipotético efecto negativo que la pluralidad de regulaciones sanitarias autonómicas pudiesen tener en la unidad del mercado nacional de servicios sanitarios.

### **1.3. La coordinación general de la sanidad**

Finalizado el proceso de transferencias, la estructura sanitaria española resultante se ha de adaptar al modelo organizativo general previsto en la LGS. Para ello el INSALUD deja de gestionar la asistencia sanitaria de aquellas autonomías que quedaron bajo su amparo, por lo que éstas tendrán que organizar su propia estructura sanitaria acorde con las líneas que en su día trazó la LGS. Sin embargo, es necesario que el resultado se construya de tal forma que no presente desigualdades territoriales, fundamentalmente en el ámbito de prestaciones, que provoquen una calidad asistencial diferente según la Comunidad Autónoma en la que el individuo resida.

Para intentar evitar estos problemas y que la sanidad se desarrolle de forma coherente y armónica en todo el Estado español, la Constitución, en el artículo 149.1.16, reconoce al Estado la competencia exclusiva para establecer un mecanismo de colaboración con todas las CCAA, que es la coordinación general de la sanidad.

La coordinación ha de ser entendida como un concepto jurídico indeterminado que constitucionalmente tiene encomendada una doble funcionalidad: como principio de la organización administrativa del Estado y como competencia estatal.

1. La coordinación como principio. La coordinación es uno de los principios que junto con los de eficacia, jerarquía, descentralización y desconcentración sirve a la Administración pública como guía para organizar su funcionamiento. Se trata de una técnica de actuación cuyo objetivo es la consecución de intereses públicos mediante el funcionamiento conjunto de diversos órganos integrados en una o varias Entidades públicas, evitando las disfuncionalidades que se producirían si tales órganos actuaran de

---

<sup>183</sup> STC 27/1983, de 7 de abril.



forma aislada. Y ello es así por cuanto que la propia estructura jerárquica de la organización administrativa precisa de la utilización de técnicas de coordinación para poder llevar a cabo actuaciones conjuntas u homogéneas cuando existan intereses públicos que afecten a distintos órganos encuadrados en la misma sede administrativa o en varias.

Así entendida, la coordinación procede tanto entre órganos de la misma administración vinculados por una relación jerárquica, como entre órganos pertenecientes a distintas esferas administrativas sin vinculación jerárquica. En el primer supuesto el título jurídico deriva de la propia posición de superioridad o relación de supremacía que ostenta el ente coordinador sobre los coordinados. En el segundo ha de existir un título jurídico que determine la función coordinadora de un órgano el otro, de manera que, sin dicho título no sería posible la coordinación, debiendo el ente coordinador respetar, en este supuesto, la autonomía del coordinado; es decir, la coordinación produce, según el Tribunal Constitucional, un límite efectivo del ejercicio de la competencia que se ostenta y por ello tal función ha de venir reflejada expresamente dentro de las atribuciones del órgano coordinador<sup>184</sup>. Ahora bien, esto último no significa que aun cuando no exista ese título jurídico las Administraciones no deban establecer entre ellas fórmulas de colaboración ya que, según pronunciamientos de este Tribunal, existe un deber de colaboración recíproco entre el Estado y las CCAA, deber que no tiene que ser justificado en preceptos concretos, pues forma parte de la propia esencia de la organización territorial del Estado<sup>185</sup>.

En base a lo anterior, las Administraciones Central y Autonómicas han de proporcionarse mutuamente información y auxilio, siendo el Estado el que deba de garantizar su cumplimiento mediante fórmulas no coercitivas sino de consenso con las autonomías, sin que ello signifique una extensión de la competencia estatal en detrimento del ámbito competencial autonómico<sup>186</sup>. Por lo tanto, este deber de colaboración implica cooperación entre las distintas instancias administrativas y, aun cuando cooperación y coordinación son técnicas que buscan fines semejantes, sus efectos son diferentes, pues la cooperación se basa en las actuaciones voluntarias y la coordinación en actuaciones impuestas<sup>187</sup>.

2. La coordinación como competencia estatal. La coordinación aparece en la Constitución como un instrumento que entabla una relación entre dos instancias con capacidad decisoria sobre una misma materia, para evitar disfuncionalidades, o lo que es lo mismo, evitar que cada un arbitren sobre el mismo espacio decisiones diferentes que resulten incompatibles. A pesar de la citada autonomía que ha de existir entre dichos entes, el ente coordinador ostenta una posición de supremacía o superioridad que garantizará la coherencia en las actuaciones de los entes coordinados. Ello implica que ha de existir un interés público supracomunitario para que la citada competencia adquiera efectividad.

En conclusión, como indica el Tribunal Constitucional la coordinación persigue la integración de la diversidad de las partes o subsistemas en el conjunto o sistema,

---

<sup>184</sup> STC 32/1983, de 28 de abril, STC 80/1985, de 4 de julio y STC 214/1989, de 21 de diciembre.

<sup>185</sup> STC 18/1982, de 4 de mayo, STC 96/1986, de 10 de julio, STC 133/1990, de 19 de julio y STC 331/1993, de 12 de noviembre.

<sup>186</sup> STC 64/1982, de 4 de noviembre y STC 80/1985, de 4 de julio.

<sup>187</sup> STC 214/1989, de 21 de diciembre.

evitando contradicciones y reduciendo disfunciones que, de subsistir, impedirían o dificultarían respectivamente la realidad misma del sistema<sup>188</sup>.

#### **1.4. Las funciones del Estado en materia de coordinación sanitaria**

La función de coordinar la sanidad corresponde al Estado pero esta competencia no supone una ampliación de su ámbito competencial añadida al establecimiento de las bases de la sanidad, sino de una técnica de colaboración de carácter accesorio y subsidiario que acompaña a aquélla. Se trata de una coordinación obligatoria porque afecta a dos instituciones, en las que existe una exigencia constitucional y se trata de un mandato dispuesto constitucionalmente que deviene de la necesidad de establecer directrices estatales de actuación que homogeneicen la sanidad.

Su carácter accesorio se predica porque aparece acompañando a una competencia (las bases de la sanidad), como si fuese una extensión de aquélla, accesoriedad que se hace presente cuando la competencia del Estado deviene insuficiente para asegurar actuaciones conjuntas.

Esta labor se lleva a cabo, según el Tribunal Constitucional, a través de la fijación de medios y de sistemas de relación que hagan posible la información recíproca, la homogeneidad técnica en determinados aspectos y la acción conjunta de las autoridades estatales y comunitarias en el ejercicio de sus respectivas competencias, de tal modo que se logre la integración de actos parciales en la globalidad del sistema sanitario<sup>189</sup>. Sin embargo, el Tribunal no identifica cuáles deberán ser estos medios, sólo que habrán de ser necesarios y suficientes para asegurar la pretendida integración<sup>190</sup>. Lo que sí subraya es que en su labor coordinadora el Estado no puede actuar menoscabando a las autonomías su ámbito competencial, sino que ha de emplearla para armonizar las diferentes actuaciones autonómicas que se lleven a cabo en el plano sanitario. Así se establece en distintos pronunciamientos en donde se reconoce que la coordinación general presupone la existencia de competencias de las Comunidades Autónomas, que en su grado mínimo, deben ser cuanto menos competencias de ejecución a partir de las que el Estado pueda ejercer su competencia de coordinación.

Dicha competencia de coordinación no puede amparar el vaciamiento de las competencias ejecutivas de las Comunidades Autónomas ya que ni la competencia en materia de coordinación ni la competencia sobre las bases de la planificación autorizan al Estado para atraer hacia su órbita de actividad cualquier competencia de las Comunidades Autónomas por el mero hecho de que su ejercicio pueda incidir en el desarrollo de las competencias estatales sobre determinadas materias<sup>191</sup>. La coordinación no supone una sustracción o menoscabo de las competencias de las entidades sometidas a la misma: antes bien, presupone, lógicamente, la titularidad de las competencias en favor de la entidad coordinada, por lo que no puede servir de instrumento para asumir competencias autonómicas, ni siquiera respecto de una parte del objeto material sobre el que recaen<sup>192</sup>.

---

<sup>188</sup> STC 32/1983, de 28 de abril y STC 144/1985, de 25 de octubre.

<sup>189</sup> STC 32/1983, de 28 de abril y STC 42/1983, de 20 de mayo.

<sup>190</sup> STC 11/1984, de 2 de febrero, STC 144/1985, de 25 de octubre y STC 118/1996, de 27 de junio.

<sup>191</sup> STC 54/1990, de 28 de marzo.

<sup>192</sup> STC 32/1983, de 28 de abril.

El establecimiento de un sistema nacional sanitario requiere que su funcionamiento se efectúe siguiendo unos patrones básicos y comunes en todo el territorio nacional para así garantizar el ejercicio por igual del derecho a la salud<sup>193</sup>.

En base a lo anterior, la Constitución dispone que el Estado tiene la misión de coordinar el sistema nacional sanitario. Sin embargo, no ni los medios ni con qué órganos han de llevarse a cabo por lo que, unos y otros, ha de buscarse en la normativa específica que desarrolla tal materia, esto es, en la LGS, Ley de cohesión y en la normativa que las desarrollen y complementen.

La LGS compone un sistema sanitario que deja atrás la estructura centralizada del Estado para otorgar a las CCAA la responsabilidad de asumir la gestión integral del sistema. Este cambio precisa de la existencia de mecanismos de coordinación entre las distintas administraciones públicas que vienen determinados en la LGS. Ahora bien, hay que tener en cuenta que la relación Estado-CCAA tiene perfiles de colaboración voluntaria<sup>194</sup>.

El Estado ha de poner en práctica un mecanismo coordinador en el que se tengan en cuenta los instrumentos regulados en la LGS (Capítulo IV), en la Ley de cohesión y en el RD 1087/2003, de 29 de agosto, por el que se establece la estructura orgánica de! Ministerio de Sanidad y Consumo.

## **1.5 Los instrumentos para la coordinación sanitaria**

Los instrumentos coordinadores que establece la LGS son los tres siguientes.

### **1. La planificación sanitaria**

La planificación es una técnica de coordinación que se utiliza en el ámbito sanitario por ser un instrumento muy eficaz para conseguir la convergencia de las actuaciones sanitarias al trazar una radiografía de la realidad sanitaria territorial en cuanto a necesidades sanitarias que demanda la población, servicios disponibles, condiciones de acceso a los mismos, nivel de prestaciones de los servicios sanitarios, calidad asistencial, etc., marcando las prioridades y los objetivos a conseguir, así como las disponibilidades financieras con que se cuenta para ello<sup>195</sup>. Además resulta ser un instrumento de gran flexibilidad ya que, al quedar sujeto a revisiones periódicas, permite valorar los las necesidades existentes en cada momento.

La LGS recoge esta técnica permitiendo su aplicación tanto a nivel central, autonómico mediante la utilización de los siguientes modelos de planes de salud:

- ✓ Planes de salud estatales: son los realizados por el Gobierno y cuyo ámbito de actuación se extiende a todo el territorio nacional.
- ✓ Planes de salud autonómicos: creados por cada Comunidad Autónoma de aplicación limitada a su espacio territorial.

---

<sup>193</sup> STC 103/1989, de 8 de junio y STC 118/1996, de 27 de junio.

<sup>194</sup> STC 214/1989, de 21 de diciembre.

<sup>195</sup> STC 45/1991, de 28 de febrero.

- ✓ Planes de salud conjuntos: han de ser realizados de común acuerdo por el Estado y las CCAA, son de eficacia limitada y están financiados conjuntamente por las partes intervinientes. Ahora bien, este tipo de planes de salud pueden llevarse a cabo con la participación no sólo de una o de varias autonomías sino también de todas.
- ✓ Planes de salud integrados: se trata de un documento que ha de contener los diversos planes de salud que hayan sido formulados tanto por el Estado como por las CCAA, es decir, que en él han de incluirse los planes de salud estatales, los autonómicos y los realizados conjuntamente por el Estado y las CCAA.

Para su creación el Departamento de Sanidad de la Administración del Estado (Secretaría General de Sanidad) precisa, con carácter previo a la confección del mismo, de la documentación relativa de los diversos planes que aglutinará el documento final y comprobará que en la formulación de aquéllos se hayan tenido en cuenta los criterios mínimos comunes de alcance general establecidos por el Gobierno.

Efectuada dicha comprobación se efectuará el plan integrado de salud siguiendo los criterios básicos comunes marcados por el Gobierno e incorporando los recursos financieros que dispondrán las distintas administraciones implicadas para que se lleven a efecto los diversos planes que en él se albergan.

Una vez elaborado se dará traslado del mismo al Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud para que sus miembros efectúen cuantas observaciones y recomendaciones considerasen oportunas, correspondiendo, finalmente al Gobierno su aprobación y al Consejo Interterritorial el control del grado de cumplimiento de los diversos planes integrados.

## 2. El establecimiento por parte del Gobierno de criterios mínimos comunes en materia sanitaria.

Estos criterios comunes han de ser respetados por todas las autonomías con vistas a evaluar las necesidades y recursos de los factores humanos y materiales, la prevención, protección, promoción y asistencia sanitaria, dar homogeneidad y solidaridad al Sistema Nacional de Salud, así como evaluar la eficacia y utilidad de los programas, centros o servicios sanitarios.

La fijación y el establecimiento de estos patrones generales se realizarán por el Gobierno siguiendo un procedimiento que consta de varias fases:

- ✓ Documentación: el Gobierno recaba todas las previsiones sanitarias que le proporcionen las diferentes Autonomías.
- ✓ Consulta: previamente a la realización de los citados criterios el Gobierno solicita el asesoramiento de los sindicatos y organizaciones empresarial,
- ✓ Elaboración: el Gobierno elabora los criterios generales de coordinación con la colaboración de los sindicatos y organizaciones empresariales
- ✓ Aprobación: una vez que los criterios son aprobados por el Estado se remiten a las CCAA para que les sirva e pauta a la hora de realizar sus respectivos planes de salud y sus presupuestos.

Hasta la entrada en vigor de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, no se había llegado a elaborar ningún Plan Integrado de Salud por lo que resultaba de al generalizada en todo el territorio español los Criterios Generales de Coordinación Sanitaria que contenían los objetivos generales y específicos que había de llevar a cabo el Sistema Nacional de Salud en relación con una serie de materias: la extensión de la asistencia sanitaria pública a toda la población; la promoción de la salud y la prevención de las enfermedades; la superación de los desequilibrios territoriales; la integración de todas las acciones sanitarias en el Sistema Nacional de Salud; la garantía de la calidad de los servicios sanitarios; el desarrollo de los sistemas de información necesarios para la planificación, evaluación y gestión del Sistema Sanitario; la potenciación de la cooperación intersectorial; la participación ciudadana en el Sistema Nacional de Salud garantizando y potenciando la información del usuario; priorizar la investigación en las Ciencias de la Salud según la política nacional de investigación y la política nacional de salud.

Sin embargo, la Ley de cohesión, ha vuelto a potenciar la utilización de los planes integrales de salud como instrumento generalizador y aglutinador de criterios de aplicación común en todos los servicios de salud autonómicos en relación a las patologías prevalentes o relevantes. En este sentido, se pretende que dichos planes contengan: la forma de organizar los servicios para atender de modo integral y semejante las patologías; los estándares mínimos y los modelos básicos de atención de las enfermedades; especificación de las actuaciones de efectividad reconocida y desarrollo de procesos de evaluación de la actividad asistencial con indicación de los objetivos a conseguir, así como de las carencias del conocimiento para abrir nuevas líneas de investigación.

### 3. La creación de programas y acciones conjuntas.

Estos programas y acciones se han de realizar en cuestiones relacionadas con la salud que afecten a todos los sectores o que sean de interés general.

## **2. Las competencias autonómicas**

### **2.1. Introducción**

La Constitución de 1978 presenta un nuevo concepto de Estado descentralizado, dispuesto territorialmente en entidades político-administrativas provistas de personalidad jurídica (Comunidades Autónomas) a las cuales se les confiere una serie de competencias para actuar sobre determinados ámbitos, integrando el denominado Estado de las Autonomías. Estos nuevos entes están dotados de poder para definir sus directrices políticas, para auto-organizarse a través de un Estatuto y para dictar normas dentro de su ámbito competencial.

Este traslado de poder desde el órgano central hacia unas nuevas organizaciones territoriales, lo que supone la distribución del mismo hacia dichas entidades, se determina en la Norma Fundamental a través de las fórmulas contempladas en los artículos 143 y 151, permitiéndose a los nuevos entes configurar su grado de autonomía dependiendo del proceso elegido y de las propias características de cada territorio.

Este procedimiento se ha llevado a cabo en dos niveles:

- ✓ Nivel pleno o privilegiado: utilizado por aquellas Comunidades que desde su configuración como tales acceden al máximo grado de autonomía (País Vasco, Cataluña, Galicia y Andalucía) por la vía del artículo 151, cuya tramitación se simplifica para aquellos territorios históricos provistos de regímenes autonómicos provisionales (País Vasco, Cataluña y Galicia) según prevén las Disposiciones Transitorias 1.<sup>a</sup> y 2.<sup>a</sup> de la Constitución.
- ✓ Nivel semipleno u ordinario: utilizado por el resto de las Comunidades las cuales irán adquiriendo su autonomía por fases -art. 143-, esto es, ampliando sus competencias iniciales mediante la modificación de sus estatutos transcurridos cinco años desde su aprobación -art. 148.2. Formando parte de este nivel también se encuentran las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla constituidas al amparo de lo dispuesto en el artículo 144 b) y Disposición Transitoria 5.<sup>a</sup> de la Constitución.

En principio, concluido el procedimiento autonómico el grado de autonomía resultante ha de ser el mismo para todas las Comunidades.

## **2.2. Las competencias de las Comunidades Autónomas en la Constitución**

La Constitución regula un catálogo de materias que son propias de las Comunidades Autónomas respecto de otras materias que se reservan a la competencia exclusiva del Estado central. Las primeras aparecen enumeradas en el artículo 148 y las segundas en el artículo 149. Pero esta determinación competencial establecida en los preceptos citados ha de ser matizada puesto que ni todas las competencias autonómicas están en el artículo 148, ni todas las materias que contiene el artículo 148 están reservadas en exclusividad al Estado, ni la regulación competencial se limita a tales preceptos.

El artículo 148 dispone el conjunto de materias que los Estatutos de cada Autonomía pueden adjudicarse como propias tanto a nivel legislativo como ejecutivo, dado que el precepto no establece ningún límite al respecto.

Por su parte, el tenor literal del artículo 149 comienza acotando la demarcación competencial que se reserva al Estado, pero a medida que se avanza en su lectura se observa que el precepto mezcla materias de competencia exclusiva con otras en las que es posible reconocer una atribución competencial a las Autonomías, bien textualmente a través de expresiones como que el Estado tendrá exclusiva competencia sobre la legislación básica y régimen económico la Seguridad Social: “*sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por las Comunidades Autónomas*” (art. 149.1.17) o bien de forma indirecta mediante la utilización de enunciados tales como que el Estado tendrá competencia sobre “*Bases y coordinación general la sanidad*” (art. 149.1.16).

Estos ejemplos demuestran una combinación competencial en la que participan el Estado y las Comunidades Autónomas, combinación que depende de los términos concretos en que las citadas atribuciones queden formuladas. Así pues, es posible que las Comunidades Autónomas ostenten competencias de ejecución o de desarrollo normativo complementario sobre determinadas materias calificadas como exclusivas del Estado, pero que en definitiva, no lo son.

En su apartado tercero el artículo 149, en su primer inciso determina la posibilidad de las Comunidades Autónomas de asumir competencias, en virtud de sus propios Estatutos, en todas las materias no atribuidas expresamente al Estado por la Constitución.

Ahora bien, según el segundo inciso del artículo 149, si las Comunidades Autónomas no hacen uso de esa asignación competencial y sus Estatutos adolecen de tales materias, es el Estado el que lleva a cabo la regulación de las mismas, la cual tendrá prioridad frente a las regulaciones autonómicas postestatutarias que se hubiesen dictado por parte de las Comunidades Autónomas.

Pero las atribuciones que pueden llegar a tener las Comunidades Autónomas no quedan ahí, sino que además el Texto Constitucional les reconoce en el artículo 150.1 la capacidad de generar normas legislativas delegadas sobre materias de competencia estatal que atiendan a los principios y reglas dictados por las Leyes Marco Delegantes y que se destinen a la regulación del territorio autonómico en cuestión; esto es, producción normativa propia sobre materias de competencia estatal con un doble límite: el primero se concreta en las pautas previamente trazadas por la legislación delegante y el segundo en la circunscripción territorial en que se desarrolla la misma que es el propio territorio de la Comunidad Autónoma.

En todo caso, la atribución competencial del Estado hacia las Comunidades Autónomas tiene su punto más conflictivo en el artículo 150.2 cuando permite que el Estado pueda trasvasar a aquéllas las facultades estatales que fuesen objeto de posible transferencia o delegación.

En principio, la interpretación general entiende que las nuevas competencias que a través del artículo 150.2 pueden adquirir las Comunidades Autónomas no son potestades legislativas sino sólo administrativas o de ejecución, siguiendo así la versión que se dio en el curso de los trabajos parlamentarios en la redacción de la Constitución. Por ello la Constitución emplea el término “*facultades*” en el sentido de “*facultades reglamentarias*”

Teniendo en cuenta lo anterior, la transferencia o delegación no implica la posibilidad de regulación autonómica de materias exclusivas del Estado, sino sólo la ejecución, desarrollo de las mismas, esto es, la descentralización funcional por parte de la organización administrativa central hacia órganos autonómicos pero reservándose el Estado la titularidad y el control de la competencia en cuestión.

La interpretación mantenida por el Tribunal Constitucional establece al respecto que en puridad la transferencia de competencias no supone una cesión sino una sucesión parcial entre dos instituciones públicas, mediante la cual el Estado sustrae de sus órganos centrales parte de sus competencias y se las atribuye a las Comunidades Autónomas junto con los recursos necesarios (medios personales y materiales) para que puedan ser ejercitadas por estos entes territoriales. Y ello es así por cuanto que las CCAA son entes de nueva creación y las competencias que a partir de la Constitución se les atribuyen se encontraban hasta entonces en manos del Estado. De ahí que el Estado haga uso de las transferencias para traspasar a las Autonomías los servicios y bienes que corresponden a las competencias asumidas estatutariamente.

En este sentido, la diferencia entre transferencia y delegación se halla no en el órgano que ordena la facultad transferida o delegada, ni en la norma a utilizar, pues ambas se dictan mediante Ley Orgánica, sino en el órgano que las revoca. En el primer supuesto sería preciso modificación o derogación de la Ley Orgánica por las Cortes Generales porque lo que contiene la Ley Orgánica es una autorización al traspaso de la facultad en concreto, mientras que la revocación del segundo supuesto se llevaría a efecto a través del Gobierno, pues la Ley Orgánica de delegación lo que contiene es una autorización para que se proceda sólo a la delegación y no al traspaso<sup>196</sup>.

Una vez establecida esta premisa es necesario determinar si todas las competencias estatales admiten transferencia. Hay que concretar si las competencias estatales a las que se extiende la posibilidad de hacer uso de la transferencia son las exclusivas que se relacionan en el artículo 149.1 o las residuales del artículo 149.3, porque de esta respuesta puede deducirse el concepto de transferencia.

En principio, no se incluyen las primera, ya que se trata de competencias que la propia Constitución considera intransferible y por ello tienen el carácter de reservadas y además, el papel a desempeñar por las CCAA respecto de las materias que contiene el artículo 149.1 queda previsto en dicho precepto, siendo en algunos aspectos inexistente y, en otros, limitado a potestades de organización, ejecución o gestión. Por tanto, en aquellas materias de exclusividad estatal no es posible la transferencia en el sentido propio del término.

El cambio sí resulta posible respecto de las competencias residuales, puesto que sobre ella no pesa ninguna limitación constitucional y, por ende, el Estado podría disponer de las mismas a través de esta vía. Así pues, es posible que las CCAA reciban competencias por dos vías: no sólo dispuestas en los Estatutos sino también mediante Ley Orgánica.

En virtud de lo anterior cabe decir que la transferencia no es operativa ante materias de competencia exclusiva del Estado; puesto que no es posible utilizar esta figura para que las CCAA puedan asumir materias sobre las que inicialmente la Constitución limita sus facultades. Ahora bien, para estos supuestos cabe el recurso a utilizar la delegación competencial, esto es, la ampliación competencial de las CCAA en la ejecución de materias no dispuestas estatutariamente. Aquí la asunción no es sobre la titularidad sino sobre determinadas parcelas de una competencia de la que sigue siendo titular el Estado.

La transferencia supone la asunción por la Comunidad Autónoma de la titularidad de la competencia transferida (legislación y ejecución), interpretación posible dada la exigencia constitucional requerida de Ley Orgánica para que se lleve a efecto, equiparándose, el rango legal con el previsto para la formación de los Estatutos de Autonomía. En cambio, permite a las Comunidades Autónomas ejecutar una competencia estatal si de acceso a la potestad legislativa.

En consecuencia, cabe la transferencia cuando se trate de competencias residuales del Estado y delegación cuando sean competencias exclusivas del Estado previstas en el artículo 149.1 en la cuales, el objeto de la determinación son facultades ejecutivas

---

<sup>196</sup> STC 58/1982, de 27 de julio.



(administrativas y de gestión). Esta orientación es la que posee virtualidad práctica pudiéndose observar la extensión del artículo 150.2 de la Constitución en la configuración de algunas Leyes Orgánicas de transferencias tales como la LO 11/1982, de 10 de agosto, de transferencias de titularidad estatal para Canarias (LOTRACA), la LO 12/1982, de 10 de agosto, de transferencias de competencias de titularidad estatal para Valencia (LOTRAVA), la LO 9/1992, de 23 de diciembre, de transferencia de competencias a las Comunidades Autónomas que accedieron a la autonomía por la vía del artículo 143, en las cuales se transfieren competencias tanto legislativas como ejecutivas, o la LO 5/1987, de 30 de julio, de delegación de las facultades del Estado a las Comunidades Autónomas en relación con los transportes por carretera y cable.

Ahora bien, no resulta divergente a las interpretaciones citadas que, en el curso de las relaciones entre las distintas Administraciones Públicas, se efectúen delegaciones entre sujetos de competencias de ámbito estatal en materia de gestión a través de norma de rango inferior al de Ley Orgánica (instrucciones o normas reglamentarias) facilitando así la descentralización administrativa en materias concretas.

En conclusión, la Constitución no es rígida en materia de competencias ya que permite que las Comunidades Autónomas lleguen a realizar funciones que, en principio, no se hallan establecidas en su catálogo estatutario pero que podrán ser atribuidas dependiendo de las circunstancias de cada momento.

Cuestión superada es la determinación del punto de partida de la transferencia o delegación, es decir, si resultaba admisible que ambos operasen desde el propio Estatuto de Autonomía (teniendo en cuenta que los Estatutos se aprueban por Ley Orgánica, rango legal exigido por la Constitución para que se lleve a cabo la transferencia o delegación competencial), o si por el contrario se precisaba una Ley Orgánica al margen del Estatuto.

En esta materia, el Tribunal Constitucional ha declarado que en el Estatuto sólo son incluibles las competencias que la Constitución atribuye a las Comunidades Autónomas pero no aquellas que son atribuibles al Estado<sup>197</sup>. En consecuencia, las facultades que se transfieren o delegan pueden retornar al Estado mientras que las que se recogen en los Estatutos de Autonomía pertenecerán en forma indefinida a la Comunidad Autónoma.

Pero, al hacer referencia a las competencias de las Comunidades Autónomas se ha de tener presente que el Estado y las Comunidades Autónomas, a pesar de la delimitación competencial, mantienen estrechos vínculos que se traducen en la colaboración, coordinación o complementariedad que se produce entre ambos cuando comparten determinadas competencias, fundamentalmente las que afectan al interés general y que precisan de cierto grado de homogeneidad normativa.

### **2.3. Las competencias sanitarias en los Estatutos de Autonomía**

El artículo 148.1.21 de la Constitución establece la competencia de las CCAA en materia de sanidad e higiene. Ello quiere decir que las autonomías tienen en exclusiva el poder de normar dicha materia con el alcance que determine el artículo 149 de la Constitución, precepto que regula el ámbito competencial exclusivo del Estado.

---

<sup>197</sup> STC 56/1990, de 20 de julio.

Sin embargo, el art. 149.1 regula, en el número 16 se reconoce al Estado la competencia para regular la sanidad exterior y coordinación general de la sanidad así como la legislación sobre productos farmacéuticos. Esto significa que el límite a las competencias sanitarias de las CCAA se circunscribe al contenido dispuesto en dicho apartado, lo cual quiere decir que la materia sanitaria es una competencia compartida entre el Estado y las CCAA. Además, en el número 17 establece la competencia estatal para regular la legislación básica y el régimen económico de la Seguridad Social, permitiéndose a las CCAA la ejecución de sus servicios.

Por lo tanto, tanto el Estado como las CCAA poseen en esta materia una doble titularidad competencial. Así pues, por un lado existen las competencias del artículo 148.1.21 en relación con el artículo 149.1.16 de la Constitución, es decir, una asistencia sanitaria pública de bases y coordinación estatales y de desarrollo y gestión autonómicos, y por otro lado la competencia del artículo 149.1.17 en lo que a asistencia sanitaria se refiere en donde el Estado es competente para dictar las reglas básicas de la Seguridad Social (y entre ellas las que se refieren a la asistencia sanitaria como prestación de la Seguridad Social) mientras que las CCAA tienen reconocidas las competencias para ejecutar y desarrollar los servicios de la Seguridad Social, y entre ellos los sanitarios.

Esta vinculación de la asistencia sanitaria con la Seguridad Social va a tener una consecuencia muy importante a la hora de que las autonomías redacten sus estatutos pues, en principio, sólo las CCAA de primer grado, aquellas que accedieron a la autonomía por la vía del artículo 151 de la Constitución, que son Cataluña, País Vasco, Galicia y Andalucía, al tener reconocidas no sólo las competencias exclusivas del artículo 148 de la Constitución sino además el desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación básica estatal, art. 149 tuvieron la posibilidad de incorporar en sus Estatutos las competencias sanitarias que se derivan tanto del artículo 148.1.21 de la Constitución (sanidad e higiene) como del artículo 149.1.17 de la citada Norma respecto de las competencias sanitarias de la Seguridad Social, y en consecuencia, poder acceder a la gestión de los servicios sanitarios de la Seguridad Social.

En cambio las CCAA de segundo grado, que son aquellas que accedieron a la autonomía por la vía del artículo 143 de la Constitución, tuvieron limitadas sus competencias sanitarias, en principio, al contenido dispuesto en el artículo 148, debiendo esperar un plazo de 5 años para modificar sus estatutos y ampliar su ámbito competencial conforme a las competencias que para las autonomías se derivan del artículo 149 de la Constitución.

De ahí que dichas autonomías, en su primera redacción estatutaria, no pudieran incorporar las competencias de ejecución de la legislación básica de la Seguridad Social, lo cual les impedía acceder a la gestión de las prestaciones, servicios e instituciones sanitarias de la Seguridad Social, competencia que se fue introduciendo en las regulaciones estatutarias con las modificaciones que se operaron años después.

De lo anterior se deriva que la regulación estatutaria que las distintas Comunidades ofrecen en materia sanitaria resulte desigual dependiendo del proceso por el cual accedieron a su autonomía.

1. Autonomías de primer grado: La redacción estatutaria de las cuatro autonomías que accedieron al nivel máximo de competencias es resulta coincidente en este aspecto al quedar reconocida en todas ellas la competencia autonómica para desarrollar y ejecutar la legislación básica del Estado en materia de sanidad y seguridad social pudiendo organizar, administrar y tutelar todos sus servicios e instituciones.

El contenido así dispuesto en los Estatutos de Autonomía de las citadas comunidades ha sido suficiente para proceder al traspaso de la gestión de las funciones del INSALUD pues la gestión de las prestaciones, servicios e instituciones sanitarias que formaban parte de la Seguridad Social se entiende incluida dentro de las competencias citadas.

En dicha redacción, aunque tampoco aparece expresamente, se entiende también incluida la función de desarrollar la legislación farmacéutica.

Por lo que respecta a la ordenación farmacéutica esta competencia autonómica sí que recogida expresamente, salvo en Andalucía que no la menciona.

2. Autonomías de segundo grado: En un principio tuvieron limitadas sus competencias sanitarias, pero éstas se vieron ampliadas a través de modificaciones estatutarias previa transferencia de competencias.

Así pues por las Leyes Orgánicas 11 y 12/1982, de 10 de agosto, se le transfirieron las competencias de desarrollo legislativo y ejecución de la legislación prevista en el artículo 149 de la Constitución a las CCAA de Canarias y Valencia.

A través de la LO 9/1992, de 23 de diciembre, de transferencia de competencias a las Comunidades Autónomas que accedieron a la autonomía por la vía del artículo 143 de la Constitución, se transfirieron las competencias sobre desarrollo legislativo y ejecución de la legislación básica del Estado en materia de sanidad, higiene y coordinación hospitalaria, pertenecieran o no a la Seguridad Social, quedando incorporada total o parcialmente en los Estatutos de las Comunidades Autónomas del Principado de Asturias, La Rioja, Murcia, Aragón, Castilla-La Mancha, Extremadura y Madrid, previa modificación parcial de los mismos.

También se transfirió la competencia de ejecución de la legislación sobre productos farmacéuticos quedando incorporada en los estatutos de las CC AA de Principado de Asturias, Cantabria, La Rioja, Murcia, Aragón, Castilla-La Mancha, Extremadura, Islas Baleares, Madrid y Castilla y León.

Posteriormente, se inicia en 1996 una serie de modificaciones estatutarias que culminan en 1999. En dichas modificaciones las autonomías que no incorporaron en la etapa anterior el desarrollo legislativo y ejecución en algunas de las funciones citadas aprovecharon ahora la ocasión para incorporadas junto con el desarrollo legislativo y la ejecución de la ordenación farmacéutica y la asunción de la gestión de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social.

En definitiva, con las citadas modificaciones estatutarias la gestión de la prestación sanitaria ha pasado a manos de las CCAA, dando así cumplimiento a lo dispuesto por la LGS de construir un Sistema Nacional de Salud integrado por los Servicios de Salud de las distintas autonomías, en donde se dispense una prestación sanitaria de carácter

público.

Una vez que todas las Autonomías incorporaron en sus respectivos Estatutos las competencias en materia sanitaria, para poder ejercitadas y dar cumplimiento al artículo 41 la LGS, el Estado previamente habría de articular los mecanismos adecuados, esto es, hacer uso de los traspasos de competencias. Por su parte, cada Comunidad Autónoma debía organizar y gestionar los establecimientos sanitarios pertenecientes a su ámbito territorial creando en cada una de ellas un Servicio de Salud que pasa a formar parte del Sistema Nacional de Salud, y que ha de ajustarse a lo dispuesto en los artículos 49 a 55 de la LGS.

#### **2.4. Regulación de las autonomías de primer grado**

En primer lugar, entre este grupo de cuatro autonomías, la que presenta una regulación menos amplia es la Ley Orgánica 1/1981, de 6 de abril, por la que se aprueba el Estatuto de Autonomía de Galicia, como se puede observar en este extracto.

Artículo 33.

*1. Corresponde a la Comunidad Autónoma el desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación básica del Estado en materia de sanidad interior.*

*2. En materia de Seguridad Social corresponderá a la Comunidad Autónoma el desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación básica del Estado, salvo las normas que configuran el régimen económico de la misma.*

*Corresponde también a la Comunidad Autónoma la gestión del régimen económico de la Seguridad Social en Galicia, sin perjuicio de la Caja Unica.*

*3. Corresponderá también a la Comunidad Autónoma la ejecución de la legislación del Estado sobre productos farmacéuticos.*

*4. La Comunidad Autónoma podrá organizar y administrar a tales fines y dentro de su territorio todos los servicios relacionados con las materias antes expresadas, y ejercerá la tutela de las instituciones, entidades y fundaciones en materia de Sanidad y Seguridad Social, reservándose el Estado la alta inspección conducente al cumplimiento de las funciones y competencias contenidas en este artículo.*

En segundo lugar, el más reciente es la redacción en el Proyecto de Estatuto de Autonomía de Andalucía es el siguiente:

Artículo 55. Salud, sanidad y farmacia.

*1. Corresponde a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva sobre organización, funcionamiento interno, evaluación, inspección y control de centros, servicios y establecimientos sanitarios, así como en el marco del artículo 149.1.16.º de la Constitución la ordenación farmacéutica. Igualmente le corresponde la investigación con fines terapéuticos, sin perjuicio de la coordinación general del Estado sobre esta materia.*

2. *Corresponde a la Comunidad Autónoma de Andalucía la competencia compartida en materia de sanidad interior y, en particular y sin perjuicio de la competencia exclusiva que le atribuye el artículo 61, la ordenación, planificación, determinación, regulación y ejecución de los servicios y prestaciones sanitarias, sociosanitarias y de salud mental de carácter público en todos los niveles y para toda la población, la ordenación y la ejecución de las medidas destinadas a preservar, proteger y promover la salud pública en todos los ámbitos, incluyendo la salud laboral, la sanidad animal con efecto sobre la salud humana, la sanidad alimentaria, la sanidad ambiental y la vigilancia epidemiológica, el régimen estatutario y la formación del personal que presta servicios en el sistema sanitario público, así como la formación sanitaria especializada y la investigación científica en materia sanitaria.*

3. *Corresponde a Andalucía la ejecución de la legislación estatal en materia de productos farmacéuticos.*

4. *La Comunidad Autónoma participa en la planificación y la coordinación estatal en materia de sanidad y salud pública con arreglo a lo previsto en el Título IX.*

Artículo 84. Organización de servicios básicos.

1. *La Comunidad Autónoma podrá organizar y administrar todos los servicios relacionados con educación, sanidad y servicios sociales y ejercerá la tutela de las instituciones y entidades en estas materias, sin perjuicio de la alta inspección del Estado, conducente al cumplimiento de las funciones y competencias contenidas en este artículo.*

2. *La Comunidad Autónoma de Andalucía ajustará el ejercicio de las competencias que asuma en las materias expresadas en el apartado anterior a criterios de participación democrática de todos los interesados, así como de los sindicatos de trabajadores y asociaciones empresariales en los términos que la ley establezca.*

Artículo 85. Ejercicio de las funciones y servicios inherentes a las competencias de la Comunidad Autónoma.

1. *En el ámbito de las competencias que se le atribuyen en el presente Estatuto, le corresponden a la Comunidad Autónoma de Andalucía, además de las facultades y funciones expresamente contempladas en el mismo, todas aquellas que, por su naturaleza, resulten inherentes a su pleno ejercicio.*

2. *El ejercicio de las funciones y servicios inherentes a las competencias recogidas en el presente Título se entenderá conforme a lo establecido en el Título VIII de la Constitución.*

Artículo 175. Principios generales.

1. *Las relaciones de orden tributario y financiero entre el Estado y la Comunidad Autónoma de Andalucía se regulan por la Constitución, el presente Estatuto y la Ley Orgánica prevista en el apartado tercero del artículo 157 de la Constitución.*

2. La Comunidad Autónoma de Andalucía dispondrá de los recursos necesarios para atender de forma estable y permanente el desarrollo y ejecución de sus competencias para que quede garantizado el principio de igualdad en el acceso y prestación de servicios y bienes públicos en todo el territorio español. Todo ello de acuerdo con los principios de:

a) Autonomía financiera.

b) Suficiencia financiera, en virtud de los artículos 157 y 158 de la Constitución Española, que atenderá fundamentalmente a la población real efectiva determinada de acuerdo con la normativa estatal y, en su caso, protegida, así como a su evolución. Junto a la población, para hacer efectivo este principio, se tendrán en cuenta otras circunstancias que pudieran influir en el coste de los servicios que se presten.

c) Garantía de financiación de los servicios de educación, sanidad y otros servicios sociales esenciales del estado de bienestar para alcanzar niveles similares en el conjunto del Estado, siempre que se lleve a cabo, un esfuerzo fiscal similar expresado en términos de la normativa y de acuerdo con el artículo 31 de la Constitución.

En tercer lugar, la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra presenta la siguiente regulación:

Artículo cincuenta y tres

*Uno. En materia de sanidad interior q higiene, corresponden a Navarra .as facultades y competencias que actualmente ostenta, y además, el desarrollo legislativo y la ejecución de la “legislación básica del Estado”.*

*Dos. Dentro de su territorio, Navarra podrá organizar y administrar todos los servicios correspondientes a la materia a la que se refiere el apartado anterior y ejercerá la tutela de las instituciones, entidades y fundaciones relacionadas con las mismas.*

*Tres. Sin perjuicio de lo establecido en los apartados anteriores, corresponde al Estado la coordinación y alta inspección conducente al cumplimiento de las facultades y competencias contenidas en este artículo.*

Artículo cincuenta y cuatro

*Uno. En materia de seguridad social, corresponde a Navarra:*

a) *El desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación básica de, Estado, salvo las normas que configuran el régimen económico de la Seguridad Social.*

b) *La gestión del régimen económico de la Seguridad Social.*

*Dos. Dentro de su territorio, Navarra podrá organizar y administrar todos los servicios correspondientes a las materias a las que se refiere el apartado anterior y ejercerá la tutela de las instituciones, entidades y fundaciones relacionadas con las mismas.*

*Tres. Corresponde al Estado la alta inspección conducente al cumplimiento de las facultades y competencias contenidas en este artículo.*

En cuarto lugar, la Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre, de Estatuto de Autonomía para el País Vasco, en esta materia presenta la siguiente regulación.

#### Artículo 18

*1.- Corresponde al País Vasco el desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación básica del Estado en materia de Sanidad Interior.*

*2.- En materia de Seguridad Social, corresponderá al País Vasco:*

*a) El desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación básica del Estado, salvo las normas que configuran el régimen económico de la misma.*

*b) La gestión del régimen económico de la Seguridad Social.*

*3.- Corresponderá también al País Vasco la ejecución de la legislación del Estado sobre productos farmacéuticos.*

*4.- La Comunidad Autónoma podrá organizar y administrar a tales fines, dentro de su territorio, todos los servicios relacionados con las materias antes expresadas y ejercerá la tutela de las instituciones, entidades y fundaciones en materia de Sanidad y de Seguridad Social, reservándose el Estado la alta inspección conducente al cumplimiento de las funciones y competencias contenidas en este artículo.*

*5.- Los poderes públicos vascos ajustarán el ejercicio de las competencias que asuman en materia de Sanidad y de Seguridad Social a criterios de participación democrática de todos los interesados, así como de los sindicatos de trabajadores y asociaciones empresariales en los términos que la ley establezca.*

Finalmente, la regulación en Cataluña, contenida en la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña, presenta el siguiente contenido.

Artículo 162. Sanidad, salud pública, ordenación farmacéutica y productos farmacéuticos.

*1. Corresponde a la Generalitat, en materia de sanidad y salud pública, la competencia exclusiva sobre la organización y el funcionamiento interno, la evaluación, la inspección y el control de centros, servicios y establecimientos sanitarios.*

*2. Corresponde a la Generalitat la ordenación farmacéutica en el marco del artículo 149.1.16 de la Constitución.*

*3. Corresponde a la Generalitat, en todo caso, la competencia compartida en los siguientes ámbitos:*

*a) La ordenación, la planificación, la determinación, la regulación y la ejecución de las prestaciones y los servicios sanitarios, sociosanitarios y de salud mental de carácter público en todos los niveles y para todos los ciudadanos.*

*b) La ordenación, la planificación, la determinación, la regulación y la ejecución de las medidas y las actuaciones destinadas a preservar, proteger y promover la salud pública*

*en todos los ámbitos, incluyendo la salud laboral, la sanidad animal con efectos sobre la salud humana, la sanidad alimentaria, la sanidad ambiental y la vigilancia epidemiológica.*

*c) La planificación de los recursos sanitarios de cobertura pública y la coordinación de las actividades sanitarias privadas con el sistema sanitario público.*

*d) La formación sanitaria especializada, que incluye la acreditación y la evaluación de centros; la planificación de la oferta de plazas; la participación en la elaboración de las convocatorias y la gestión de los programas de formación de las especialidades y las áreas de capacitación específica y la expedición de diplomas de áreas de capacitación específica.*

*e) El régimen estatutario y la formación del personal que presta servicios en el sistema sanitario público.*

*4. La Generalitat participa en la planificación y la coordinación estatal en materia de sanidad y salud pública con arreglo a lo previsto en el Título V.*

*5. Corresponde a la Generalitat la competencia ejecutiva de la legislación estatal en materia de productos farmacéuticos.*

Artículo 165. Seguridad social.

*1. Corresponde a la Generalitat, en materia de seguridad social, respetando los principios de unidad económico-patrimonial y solidaridad financiera de la Seguridad Social, la competencia compartida, que incluye:*

*a) El desarrollo y la ejecución de la legislación estatal, excepto las normas que configuran el régimen económico.*

*b) La gestión del régimen económico de la Seguridad Social.*

*c) La organización y la gestión del patrimonio y los servicios que integran la asistencia sanitaria y los servicios sociales del sistema de la Seguridad Social en Cataluña.*

*d) La ordenación y el ejercicio de las potestades administrativas sobre las instituciones, las empresas y las fundaciones que colaboran con el sistema de la Seguridad Social, en las materias indicadas en la letra c), así como la coordinación de las actividades de prevención de riesgos laborales que desarrollen en Cataluña las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.*

*e) El reconocimiento y gestión de las pensiones no contributivas.*

*f) La coordinación de las actuaciones del sistema sanitario vinculadas a las prestaciones de Seguridad Social.*

*2. La Generalitat podrá organizar y administrar a tales fines y dentro de su territorio, todos los servicios relacionados con las materias antes expuestas, y ejercerá la tutela de las instituciones, entidades y fundaciones en materia de sanidad y Seguridad Social, reservándose el Estado la alta inspección.*

Artículo 206. Participación en el rendimiento de los tributos estatales y mecanismos de nivelación y solidaridad.

*1. El nivel de recursos financieros de que disponga la Generalitat para financiar sus servicios y competencias se basará en criterios de necesidades de gasto y teniendo en cuenta su capacidad fiscal, entre otros criterios. A estos efectos, los recursos de la*



*Generalitat, entre otros, serán los derivados de sus ingresos tributarios, ajustados en más o menos por su participación en los mecanismos de nivelación y solidaridad.*

*2. La Generalitat participará en el rendimiento de los tributos estatales cedidos. El porcentaje de participación se establecerá teniendo en cuenta sus servicios y competencias.*

*3. Los recursos financieros de que disponga la Generalitat podrán ajustarse para que el sistema estatal de financiación disponga de recursos suficientes para garantizar la nivelación y solidaridad a las demás Comunidades Autónomas, con el fin de que los servicios de educación, sanidad y otros servicios sociales esenciales del estado del bienestar prestados por los diferentes gobiernos autonómicos puedan alcanzar niveles similares en el conjunto del Estado, siempre y cuando lleven a cabo un esfuerzo fiscal también similar. En la misma forma y si procede, la Generalitat recibirá recursos de los mecanismos de nivelación y solidaridad. Los citados niveles serán fijados por el Estado.*

*4. La determinación de los mecanismos de nivelación y solidaridad se realizará de acuerdo con el principio de transparencia y su resultado se evaluará quinquenalmente.*

*5. El Estado garantizará que la aplicación de los mecanismos de nivelación no altere en ningún caso la posición de Cataluña en la ordenación de rentas per cápita entre las Comunidades Autónomas antes de la nivelación.*

*6. Debe tenerse en cuenta, como variable básica para determinar las necesidades de gasto a que se refiere el apartado 1, la población, rectificada por los costes diferenciales y por variables demográficas, en particular, por un factor de corrección que será en función del porcentaje de población inmigrante. Asimismo, deben tenerse en cuenta la densidad de población, la dimensión de los núcleos urbanos y la población en situación de exclusión social.*

## **2.5. Regulación de las autonomías de segundo grado**

En cambio, en los Estatutos de estas Comunidades Autónomas, la regulación es similar y ciertamente reducida, como se puede apreciar.

Así, en la Ley Orgánica 8/1982, de 10 de agosto, de Estatuto de Autonomía de Aragón, en el art. 35.1 se regula que corresponde a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva en las siguientes materias:

*40.ª Sanidad e higiene.*

*41.ª Ordenación farmacéutica, sin perjuicio de lo dispuesto en el número dieciséis del apartado 1 del artículo 149 de la Constitución.*

En la Ley Orgánica 7/1981, de 30 de diciembre, de Estatuto de Autonomía del Principado de Asturias, el artículo once regula que en el marco de la legislación básica del Estado y, en su caso, en los términos que la misma establezca, corresponde al Principado de Asturias el desarrollo legislativo y la ejecución en las siguientes materias:

2. *Sanidad e higiene.*

3. *Coordinación hospitalaria en general, incluida la de la Seguridad Social.*

4. *Ordenación farmacéutica.*

8. *Defensa del consumidor y del usuario, de acuerdo con las bases y la ordenación de la actividad económica general y la política monetaria del Estado, las bases y la coordinación general de la sanidad, en los términos de lo dispuesto en los artículos 38, 131 y en los números 11, 13 y 16 del apartado 1 del artículo 149 de la Constitución.*

En la Ley Orgánica 10/1982, de 10 de Agosto, de Estatuto de Autonomía de Canarias, el artículo 32 regula que corresponde a la Comunidad Autónoma de Canarias el desarrollo legislativo y la ejecución en las siguientes materias:

10. *Sanidad e higiene. Coordinación hospitalaria en general.*

En la Ley Orgánica 8/1981, de 30 de diciembre, del Estatuto de Autonomía de Cantabria, en el art. 25, modificado por la Ley 2/1994 y por la Ley 11/1998, regula que el marco de la legislación básica del Estado y en los términos que la misma establezca, corresponde a la Comunidad Autónoma de Cantabria el desarrollo legislativo y la ejecución de las siguientes materias:

1. *Sanidad e higiene, promoción, prevención y restauración de la salud. Coordinación hospitalaria en general, incluida la de la Seguridad Social.*

2. *Ordenación farmacéutica.*

4. *Defensa de los consumidores y usuarios, de acuerdo con las bases y la ordenación de la actividad económica general y la política monetaria del Estado, las bases y coordinación general de la Sanidad, en los términos de lo dispuesto en los artículos 38, 131 y números 11 y 13 del apartado 1 del artículo 149 de la Constitución.*

En la Ley Orgánica 9/1982, de 10 de agosto, de Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha, en el art. 32, modificado por las Leyes Orgánicas 7/1994 y 3/1997, se establece, de igual manera, que en el marco de la legislación básica del Estado y, en su caso, en los términos que la misma establezca, es competencia de la Junta de Comunidades el desarrollo legislativo y la ejecución en las materias siguientes:

3. *Sanidad e higiene, promoción, prevención y restauración de la salud. Coordinación hospitalaria en general, incluida la de la Seguridad Social.*

4. *Ordenación farmacéutica.*

6. *Defensa del consumidor y usuario, de acuerdo con las bases y la ordenación de la actividad económica general y la política monetaria del Estado, las bases y coordinación general de la sanidad, en los términos de lo dispuesto en los artículos 38, 131 y en los números 11, 13 y 16 del apartado 1 del artículo 149 de la Constitución.*

En la Ley Orgánica 1/1983, de 25 de febrero, de Estatuto de Autonomía de Extremadura, en su artículo octavo, modificado por la Ley Orgánica 8/1994 y por Ley Orgánica 12/1999, regula que en el marco de la legislación básica del Estado y en los términos que la misma establezca corresponde a la Comunidad Autónoma el desarrollo legislativo y ejecución de:

*4. Sanidad e higiene. Centros sanitarios y hospitalarios públicos. Coordinación hospitalaria en general.*

*7. Defensa del consumidor y usuario, de acuerdo con las bases y la ordenación de la actividad económica general y la política monetaria del Estado, las bases y coordinación general de la sanidad, en los términos de lo dispuesto en los artículos 38, 131, y en los números 11, 13 y 16 del apartado 1 del artículo 149 de la Constitución.*

En la Ley Orgánica 2/1983, de 25 de febrero, del Estatuto de Autonomía para las Illes Balears, en su artículo 10, modificado por Ley Orgánica 9/1994 y Ley Orgánica 3/1999, establece que la Comunidad Autónoma tiene la competencia exclusiva en las siguientes materias:

*14. Acción y bienestar sociales. Desarrollo comunitario e integración. Sanidad e higiene.*

El artículo 11 regula que en el marco de la legislación básica del Estado y, en su caso, en los términos que la misma establezca, corresponde a la Comunidad Autónoma de las Illes Balears el desarrollo legislativo y la ejecución de las siguientes materias:

*5. Coordinación hospitalaria, incluida la de la Seguridad Social.*

*9. Defensa de los consumidores y usuarios, de acuerdo con las bases y la ordenación de la actividad económica general y la política monetaria del Estado, las bases y coordinación general de la sanidad, en los términos de lo dispuesto en los artículos 38, 131 y en los números 11, 13 y 16 del apartado 1 del artículo 149 de la Constitución.*

Finalmente, el art. 39 determina que los Consejos Insulares, además de las competencias que les correspondan como corporaciones locales, tendrán la facultad de asumir en su ámbito territorial la función ejecutiva y la gestión en la medida en que la Comunidad Autónoma asuma competencias sobre las mismas, de acuerdo con el presente Estatuto, en las siguientes materias:

*18. Sanidad e higiene.*

En la Ley Orgánica 3/1982, de 9 de junio, de Estatuto de Autonomía de La Rioja, en su art. Nueve, modificado por la Ley Orgánica 3/1994 y la Ley Orgánica 2/1999, regula que en el marco de la legislación básica del Estado y, en su caso, en los términos que la misma establezca, corresponde a la Comunidad Autónoma de La Rioja el desarrollo legislativo y la ejecución en las siguientes materias:

*3. Defensa del consumidor y usuario, de acuerdo con las bases y la ordenación de la actividad económica general y la política monetaria del Estado, las bases y*

*coordinación general de la sanidad, en los términos de lo dispuesto en los artículos 38, 131 y en los números 11, 13 y 16 del apartado 1 del artículo 149 de la Constitución.*

*4. La coordinación hospitalaria en general.*

*5. Sanidad e higiene.*

En la Ley Orgánica 4/1983, de 25 de febrero, de Estatuto de Autonomía de Castilla-León, en el art. 34, sobre competencias de desarrollo normativo y de ejecución, modificado por la Ley Orgánica 4/1999, se regula que el marco de la legislación básica del Estado y, en su caso, en los términos que ella establezca, es competencia de la Comunidad de Castilla y León el desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación del Estado en las siguientes materias:

*1.ª Sanidad e higiene. Promoción, prevención y restauración de la salud.*

*2.ª Coordinación hospitalaria en general, incluida la de la Seguridad Social.*

*4.ª Defensa del consumidor y del usuario, de acuerdo con las bases y con la ordenación de la actividad económica general y la política monetaria del Estado y con las bases y la coordinación general de la Sanidad, en los términos de lo dispuesto en los artículos 38, 131 y 149.1, números 11, 13 y 16, de la Constitución.*

En la Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid, en su artículo 27, modificado por la Ley Orgánica 5/1998, se regula que en el marco de la legislación básica del Estado y, en su caso, en los términos que la misma establezca, corresponde a la Comunidad de Madrid el desarrollo legislativo, la potestad reglamentaria y la ejecución de las siguientes materias:

*4. Sanidad e higiene.*

*5. Coordinación hospitalaria en general, incluida la de la Seguridad Social.*

*10. Defensa del consumidor y del usuario, de acuerdo con las bases y la ordenación de la actividad económica general y la política monetaria del Estado, las bases y coordinación general de la Sanidad, en los términos de lo dispuesto en los artículos 38, 131 y en los números 11.ª, 13.ª y 16.ª del apartado 1 del artículo 149 de la Constitución.*

En la Ley Orgánica 5/1982 de 1 de julio, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, su artículo 38 contiene la siguiente regulación.

*1. Corresponde a la Generalidad Valenciana el desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación básica del Estado en materia de sanidad interior.*

*2. En materia de seguridad social, corresponderá a la Generalidad Valenciana:*

*a) El desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación básica del Estado, salvo las normas que configuran el régimen económico de la misma.*

*b) La gestión del régimen económico de la Seguridad Social.*

*3. Corresponderá también a la Generalidad Valenciana la ejecución de la legislación del Estado sobre productos farmacéuticos.*

*4. La Generalidad Valenciana podrá organizar y administrar, a tales fines, y dentro de su territorio, todos los servicios relacionados con las materias antes expresadas y ejercerá la tutela de las instituciones, entidades y funciones en materia de Sanidad y Seguridad Social, reservándose el Estado la alta inspección conducente al cumplimiento de las funciones y competencias contenidas en este artículo.*

*5. La Generalidad Valenciana ajustará el ejercicio de las competencias que asuma en materia de Sanidad y de la Seguridad Social a efectos de participación democrática de todos los interesados, así como de los Sindicatos de trabajadores y asociaciones empresariales en los términos que la Ley establezca.*

Además, el artículo 47 establece lo siguiente.

*1. Las Diputaciones Provinciales serán expresión, dentro de la Comunidad Valenciana, de la autonomía provincial, de acuerdo con la Constitución, la legislación del Estado y el presente Estatuto. Tendrán las funciones consignadas en la legislación del Estado y las delegadas por la Comunidad Autónoma.*

*2. Las Cortes Valencianas podrán transferir o delegar en las Diputaciones Provinciales la ejecución de aquellas competencias que no sean de interés general de la Comunidad Valenciana, especialmente en áreas de obras públicas, sanidad, cultura y asistencia social.*

La Ley Orgánica 4/1982, de 9 de Junio, de Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia, en su artículo 11, modificado por la Ley Orgánica 4/1994 y por Ley Orgánica 1/1998, regula que en el marco de la legislación básica del Estado y, en su caso, en los términos que la misma establezca, corresponde a la Comunidad Autónoma el desarrollo legislativo y la ejecución en las siguientes materias:

*1. Sanidad, higiene, ordenación farmacéutica y coordinación hospitalaria en general, incluida la de la Seguridad Social, sin perjuicio de lo dispuesto en el número 16 del artículo 149.1 de la Constitución.*

*7. Defensa del consumidor y usuario de acuerdo con las bases y la ordenación de la actividad económica general y la política monetaria del Estado, las bases y coordinación general de la sanidad, en los términos de lo dispuesto en los artículos 38, 131 y en los números 11, 13 y 16 del apartado 1 del artículo 149 de la Constitución.*

Finalmente, tanto la Ley Orgánica 1/1995, de 13 de marzo, de Estatuto de Autonomía de Ceuta, como en la Ley Orgánica 2/1995, de 13 de marzo, de Estatuto de Autonomía de Melilla, en ambos casos en el artículo 21, regula que cada una de las ciudades ejercerá competencias sobre las materias que a continuación se relacionan, con el alcance previsto en el apartado 2 de este artículo:

*19. Sanidad e higiene.*

### **3. Traspasos de competencias, funciones y servicios**

Una vez fijados en los Estatutos de Autonomía las competencias asumibles, era necesario que el Estado llevase a cabo el traspaso de tales competencias, así como de los servicios y bienes afectos para poder llevarlas a cabo en cada uno de los territorios autonómicos. Es así como se inicia el proceso de transferencia del Estado hacia las Comunidades Autónomas: la Administración Central ha ido dictando Reales Decretos en los cuales traspasaba las funciones y vicios a cada Comunidad Autónoma fijando en cada uno de ellos un contenido mínimo imprescindible: referencia/s normativa/s que evidencian la transferencia; servicios que traspasaban, situación del personal adscrito a los servicios e instituciones que se traspasaban incluyendo sus derechos y obligaciones, inventario de medios materiales que constituían el patrimonio a traspasar, régimen financiero en el que se indicaba la elaboración presupuestaria que constituye el gasto por la gestión de los servicios transferidos y plazos presupuestarios para llevar a cabo el traspaso. Si la materia a transferir era una competencia compartida en los Reales Decretos de Traspasos, se incluía, además de lo anteriormente citado, una relación de funciones en la que se deslindaban las materias que pasaban a ser competencia de la Comunidad Autónoma en virtud de la transferencia de servicios, las que se reservaba el Estado y las que pasaban a compartir tanto el Estado como las CCAA a partir del traspaso.

Así pues, cada Comunidad Autónoma constituyó una Comisión mixta de composición paritaria de miembros del Gobierno Autonómico y de la Nación en la que, previo consenso, dictan las pautas para hacer efectivos los traspasos. Una vez que en la Comisión se alcanza el acuerdo de traspaso éste se remite al Gobierno de la Nación para que lo apruebe y haga público mediante un Real Decreto. Por tanto el traspaso competencial es fundamental para que las CCAA puedan ejercer las competencias determinadas en sus Estatutos, de tal forma que, sin este traspaso el Estado seguirá manteniendo el ejercicio de las competencias de titularidad autonómica. Pero al ser el traspaso una figura que deviene como consecuencia de una serie de procesos<sup>198</sup> se advierte en ella una carencia de uniformidad, cuestión ésta que ha sido doctrinalmente criticada por la diversidad de contenidos y resultados que conlleva su utilización. Dicha falta de homogeneidad se corrige con la puesta en escena de Comisiones sectoriales de transferencias que actuarán en auxilio de las Comisiones mixtas a través del asesoramiento y la elaboración de las propuestas de traspasos.

#### **3.1. Traspasos de competencias, funciones y servicios en materia de Sanidad y Farmacia**

En cuanto a las competencias de las Comunidades Autónomas, la Constitución Española de 1978 diseñó una organización territorial del Estado que posibilita la asunción por las Comunidades Autónomas de competencias en materia de sanidad. Al amparo de las previsiones constitucionales y de los respectivos Estatutos de Autonomía, todas las Comunidades Autónomas han asumido paulatinamente competencias en esta materia. El proceso de transferencia de la asistencia sanitaria gestionada por el Instituto Nacional de la Salud - INSALUD se inició en 1981 y ha culminado en el año 2002, manteniendo la Administración Central del Estado la gestión de la sanidad en las

---

<sup>198</sup> STC 76/1983, de 5 de agosto.

Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla, a través de Instituto Nacional de Gestión Sanitaria - INGESA.

De este modo, las Comunidades Autónomas ejercen sus competencias en las siguientes materias:

- ✓ Planificación sanitaria
- ✓ Salud pública
- ✓ Asistencia sanitaria

Para ello, las Comunidades Autónomas han asumido las funciones y servicios, los bienes, derechos y obligaciones relativos a dichas competencias, el personal y los créditos presupuestarios adscritos.

Así el proceso de transferencias de cada Comunidad Autónoma, con su correspondiente normativa reguladora, se puede resumir en el siguiente cuadro:

<b>Comunidad Autónoma</b>	<b>Norma de transferencia</b>
Cataluña	RD 1517/1981 de 8 de Julio
Andalucía	RD 400/1984, de 22 de Febrero
País Vasco	RD 1536/1987, de 6 de Noviembre
Comunidad Valenciana	RD 1612/1987, de 27 de Noviembre
Galicia	RD 1679/1990, de 28 de Diciembre
Navarra	RD 1680/1990, de 28 de Diciembre
Canarias	RD 446/1994, de 11 de Marzo
Asturias	RD 1471/2001, de 27 de Diciembre
Cantabria	RD 1472/2001, de 27 de Diciembre
La Rioja	RD 1473/2001, de 27 de Diciembre
Murcia	RD 1474/2001, de 27 de Diciembre
Aragón	RD 1475/2001, de 27 de Diciembre
Castilla-La Mancha	RD 1476/2001, de 27 de Diciembre
Extremadura	RD 1477/2001, de 27 de Diciembre
Baleares	RD 1478/2001, de 27 de Diciembre
Madrid	RD 1479/2001, de 27 de Diciembre
Castilla y León	RD 1480/2001, de 27 de Diciembre

De este modo, cada Comunidad Autónoma cuenta con un Servicio de Salud, que es la estructura administrativa y de gestión que integra todos los centros, servicios y establecimientos de la propia Comunidad, Diputaciones, Ayuntamientos y cualesquiera otras Administraciones territoriales intracomunitarias.

Los principios relacionados con la coordinación sanitaria a nivel estatal están recogidos en la Ley 14/1986 de 25 de abril, General de Sanidad, que además concreta los instrumentos de colaboración y crea como órgano de coordinación el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud.

Posteriormente, la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud contempla el Consejo Interterritorial con este mismo carácter de órgano de coordinación, y profundiza en materia de coordinación y cooperación dentro del Sistema Nacional de Salud.

La asunción de competencias por las Comunidades Autónomas constituye un medio para aproximar la gestión de la asistencia sanitaria al ciudadano y facilitarle así garantías en cuanto a la equidad, la calidad y la participación. La experiencia y la práctica de las relaciones entre el Estado y las Comunidades Autónomas en el ámbito de la protección de la salud proporcionan referencias importantes para el desarrollo de la cohesión en el Estado autonómico. El esfuerzo compartido que, en este sentido, realizan todos sus integrantes, tiene como objetivo que el Sistema Nacional de Salud mantenga una identidad común y responda a los principios constitucionales de unidad, autonomía y solidaridad en los que se fundamenta el Estado autonómico.

Por todo ello, la Ley de Cohesión y Calidad del SNS establece acciones de coordinación y cooperación de las Administraciones públicas sanitarias como medio para asegurar a los ciudadanos el derecho a la protección de la salud, con el objetivo común de garantizar:

- ✓ Equidad, en la línea de desarrollo del principio constitucional de igualdad, que garantice el acceso a las prestaciones y, de esta manera, el derecho a la protección de la salud en condiciones de igualdad efectiva en todo el territorio y posibilite la libre circulación de todos los ciudadanos.
- ✓ Calidad, que conjugue la incorporación de innovaciones con la seguridad y efectividad de éstas, que oriente los esfuerzos del sistema hacia la anticipación de los problemas de salud o hacia soluciones eficaces cuando éstos aparecen; calidad que evalúe el beneficio de las actuaciones clínicas incorporando sólo aquello que aporte un valor añadido a la mejora de la salud, e implicando a todos los actores del sistema.
- ✓ Participación ciudadana, tanto en el respeto a la autonomía de sus decisiones individuales como en la consideración de sus expectativas como colectivo de usuarios del sistema sanitario, que permita además el intercambio de conocimientos y experiencias.

Además, en cada una de las Comunidades Autónomas pueden destacarse las siguientes normas relativas a la sanidad.

#### Andalucía

- ✓ RD 1118/1981, de 24 de abril, sobre traspaso de competencias, funciones y servicios a la Junta de Andalucía en materia de sanidad.
- ✓ RD 1021/1984, de 28 de marzo, sobre valoración definitiva, ampliación de medios adscritos a los servicios traspasados y adaptación de los transferidos en fase preautonómica a la Comunidad Autónoma de Andalucía en materia de sanidad.
- ✓ RD 1713/1985, de 1 de agosto, de traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma de Andalucía en materia de sanidad (AISNA).
- ✓ Ley 8/1986, de 6 de mayo, de regulación del SAS.
- ✓ Ley 2/1998, de 15 de junio, de salud.



## Aragón

- ✓ RD 331/1982, de 15 de enero, sobre transferencias de competencias, funciones y servicios de la Administración del Estado a la Junta de Comunidades de la Región Castellano-Manchega y Diputación General de Aragón en materia de sanidad.
- ✓ RD 340/1982, de 15 de enero, sobre transferencia de competencias y servicios de la Administración del Estado a Entes Preautonómicos en materia de sanidad (AISNA).
- ✓ RD 551/1984, de 8 de febrero, sobre valoración definitiva, ampliación de medios adscritos a los servicios traspasados y adaptación de los transferidos en fase preautonómica la Comunidad de Aragón en materia de sanidad.
- ✓ RD 1781/1985, de 11 de septiembre, sobre valoración definitiva, ampliación de funciones y medios adscritos a los servicios traspasados y adaptación de los transferidos en fase preautonómica a la Comunidad Autónoma de Aragón en materia de sanidad (AISNA).
- ✓ Ley 2/1989, de 21 de abril, del Servicio Aragonés de Salud.
- ✓ Ley 6/2002, de 15 de abril, de Salud de Aragón.

## Principado de Asturias

- ✓ RD 2874/1979, de 17 de diciembre, sobre transferencia de competencias de la Administración del Estado al Consejo Regional de Asturias en materia de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas, urbanismo, agricultura, ferias interiores, turismo, transportes, administración local, cultura y sanidad.
- ✓ RD 340/1982, de 15 de enero, sobre transferencias de competencias, funciones y servicios de la Administración del Estado a Entes Preautonómicos en materia de sanidad (AISNA).
- ✓ RD 512/1984, de 8 de febrero, sobre valoración definitiva, ampliación de medios adscritos a los servicios traspasados y adaptación de los transferidos en fase preautonómica Principado de Asturias en materia de sanidad.
- ✓ RD 1793/1985, de 11 de septiembre, sobre valoración definitiva, ampliación de funciones y medios adscritos a los servicios traspasados y adaptación de los transferidos en fase preautonómica al Principado de Asturias en materia de sanidad (AISNA).
- ✓ Ley 1/1992, de 2 de julio, de creación del Servicio de Salud del Principado.

## Islas Baleares

- ✓ RD 2567/1980, de 7 de noviembre, de transferencias de competencias al Consejo General Interinsular de las Islas Baleares en materia de sanidad y cultura.
- ✓ RD 340/1982, de 15 de enero, sobre transferencia de competencias, funciones y servicios de la Administración del Estado a Entes Preautonómicos en materia de sanidad.
- ✓ RD 784/1984, de 22 de febrero, sobre valoración definitiva, ampliación de medios adscritos a los servicios traspasados y adaptación de los transferidos en fase preautonómica a la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares en materia de sanidad.
- ✓ RD 2658/1985, de 27 de diciembre, sobre valoración definitiva, ampliación medios y adaptación de los transferidos en etapa preautonómica a la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, en materia de sanidad (AISNA).
- ✓ RD 2030/1982, de 24 de julio, de traspaso de funciones y servicios de la

Administración del Estado a la Comunidad Autónoma de Cantabria en materia de sanidad.

- ✓ RD 3458/1983, de 28 de diciembre, sobre valoración definitiva y ampliación de medios adscritos a los servicios traspasados a la Comunidad Autónoma de Cantabria en materia de sanidad.
- ✓ RD 2760/1986, de 24 de diciembre, sobre traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma de Cantabria en materia de sanidad (AISNA).
- ✓ Ley 5/2003, de 4 de abril, de Salut de les Illes Balears.

#### Islas Canarias

- ✓ RD 2843/1979, de 7 de diciembre, sobre transferencias de la Administración del Estado a la Junta de Canarias en materia de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas, urbanismo, agricultura, turismo, administración local, cultura y sanidad.
- ✓ RD 837/1984, de 8 de febrero, sobre valoración definitiva, ampliación de medios adscritos a los servicios traspasados y adaptación de los transferidos en fase preautonómica a la Comunidad Autónoma de Canarias en materia de sanidad.
- ✓ RD 489/1986, de 21 de febrero, sobre traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma de Canarias en materia de sanidad (AISNA).
- ✓ RD 2468/1996, de 2 de diciembre, sobre traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma de Canarias en materia de ejecución de la legislación sobre productos farmacéuticos.
- ✓ Ley 11/1994, de 26 de julio, de ordenación sanitaria de Canarias.

#### Cantabria

- ✓ RD 2760/1986, de 24 de diciembre, sobre traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma de Cantabria en materia de sanidad (AISNA).
- ✓ Ley 7/2002, de 10 de diciembre, de ordenación sanitaria.

#### Castilla-La Mancha

- ✓ RD 331/1982, de 15 de enero, sobre transferencias de competencias, funciones y servicios de la Administración del Estado a la Junta de Comunidades de la Región Castellano-Manchega y Diputación General de Aragón en materia de sanidad.
- ✓ RD 340/1982, de 15 de enero, sobre transferencia de competencias, funciones y servicios de la Administración del Estado a Entes Preautonómicos en materia de sanidad.
- ✓ RD 641/1984, de 8 de febrero, sobre valoración definitiva, ampliación de medios adscritos a los servicios traspasados y adaptación de los transferidos en fase preautonómica a la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha en materia de sanidad.
- ✓ RD 2639/1985, de 11 de septiembre, sobre ampliación de funciones y medios, adaptación de los transferidos y valoración definitiva del coste efectivo de los servicios transferidos a la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha en materia de sanidad (AISNA).

- ✓ Ley 8/2000, de 30 de noviembre, de ordenación sanitaria de Castilla-La Mancha
- ✓ Ley 6/2005, de 7 de julio, sobre la declaración de voluntades anticipadas en materia de la propia salud.

#### Castilla y León

- ✓ RD 2559/1981, de 19 de octubre, sobre traspaso de competencias, funciones y servicios al Consejo General de Castilla y León en materia de sanidad.
- ✓ RD 2060/1984, de 26 de septiembre, sobre valoración definitiva, ampliación de medios adscritos a los servicios traspasados y adaptación de los transferidos en fase preautonómica a la Comunidad Autónoma de Castilla y León en materia de sanidad.
- ✓ RD 555/1987, de 11 de septiembre, sobre traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma de Castilla y León en materia de sanidad (AISNA).
- ✓ Ley 1/1993, de 6 de abril, de ordenación del sistema sanitario.
- ✓ Ley 8/2003, de 8 de abril, sobre derechos y deberes de las personas en relación con la salud.

#### Cataluña

- ✓ RD 2210/1979, de 7 de septiembre, sobre transferencias de competencias de Administración del Estado a la Generalidad de Cataluña en materia de agricultura, cultura, sanidad y trabajo.
- ✓ RD 1949/1980, de 31 de julio, sobre traspaso de servicios del Estado a la Generalidad de Cataluña en materia de sanidad y servicios y asistencia sociales.
- ✓ RD 520/1987, de 3 de abril, sobre ampliación de medios adscritos a los servicios traspasados a la Generalidad de Cataluña en materia de sanidad.
- ✓ Ley 15/1990, de 9 de julio, de ordenación sanitaria de Cataluña.
- ✓ RD 46/1993, de 15 de enero, sobre ampliación de medios patrimoniales traspasados a la Generalidad de Cataluña en materia de sanidad, servicios y asistencia sociales, y de Seguridad Social.
- ✓ RD 1047/1997, de 27 de junio, sobre traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Generalidad de Cataluña en materia de ejecución de la legislación sobre productos farmacéuticos.
- ✓ RD 775/1999, de 7 de mayo, sobre traspasos de medios personales y adscritos al Hospital Militar de Barcelona.
- ✓ Ley 21/2000, de 29 de diciembre, sobre los derechos de información concernientes a la salud y a la autonomía del paciente y a la documentación clínica.

#### Extremadura

- ✓ RD 2912/1979, de 21 de diciembre, sobre transferencia de competencias de la Administración del Estado a la Junta Regional de Extremadura en materia de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas, urbanismo, agricultura, ferias interiores, turismo, transportes, administración local, cultura y sanidad.
- ✓ RD 340/1982, de 15 de enero, sobre transferencia de competencias, funciones y servicios de la Administración del Estado a Entes Preautonómicos en materia de sanidad (AISNA).
- ✓ RD 588/1984, de 8 de febrero, sobre valoración definitiva, ampliación de medios adscritos a los servicios traspasados y adaptación de los transferidos en fase

- preautonómica la comunidad Autónoma de Extremadura en materia de sanidad.
- ✓ RD 1795/1985, de 11 de septiembre, sobre valoración definitiva, ampliación e medios adscritos a los servicios traspasados y adaptación de los transferidos en fase preautonómica a la Comunidad Autónoma de Extremadura en materia de sanidad (AISNP).
- ✓ Ley 10/2001, de 28 de junio, de salud de Extremadura.
- ✓ RD 430/2003, de 11 de abril, sobre traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma de Extremadura en materia de ejecución e la legislación del Estado sobre productos farmacéuticos.
- ✓ Ley 3/2005, de 8 de julio, de información sanitaria y autonomía del paciente.

#### Galicia

- ✓ RD 1634/1980, de 31 de julio, sobre transferencias de la Administración del Estado a la Junta de Galicia en materia de trabajo, industria, comercio, sanidad, cultura y pesca.
- ✓ RD 2368/1984, de 19 de diciembre, sobre valoración definitiva, ampliación de medios adscritos a los servicios traspasados y adaptación de los transferidos en fase preautonómica a la Comunidad Autónoma de Galicia en materia de sanidad.
- ✓ RD 1995/1985, de 9 de octubre, sobre traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la comunidad Autónoma de Galicia en materia de sanidad (AINA).
- ✓ RD 232/1987, de 6 de febrero, sobre ampliación de medios personales y presupuestarios a la Comunidad Autónoma de Galicia en materia de sanidad (AISNA).
- ✓ RD 1432/1996, de 7 de junio, de traspaso a la comunidad Autónoma de Galicia de medios personales adscritos al hospital Militar de La Coruña.
- ✓ RD 1379/1997, de 29 de agosto, sobre traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma de Galicia en materia de ejecución de la legislación del Estado sobre productos farmacéuticos.
- ✓ RD 234/1998, de 16 de febrero, de ampliación de medios traspasados por RR DD 1634/1980, de 31 de julio.
- ✓ Ley 3/2001, de 28 de mayo, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes.
- ✓ Ley 7/2003, de 9 de diciembre, de ordenación sanitaria en Galicia.

#### Comunidad de Madrid

- ✓ RD 1359/1984, de 20 de junio, sobre transferencias de funciones y servicios de del Estado a la Comunidad Autónoma de Madrid en materia de sanidad.
- ✓ RD 2060/1985, de 9 de octubre, sobre traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad de Madrid en materia de sanidad (AISNA).
- ✓ RD 415/1989, de 21 de abril, de ampliación y modificación de medios patrimoniales y presupuestarios traspasados a la Comunidad de Madrid por el RD 2060/1980, de 9 de octubre en materia de sanidad (AISNA).
- ✓ RD 466/1984, de 29 de febrero, sobre transferencias de competencias de la Administración del Estado al Consejo Regional de Murcia en materia de urbanismo, agricultura, actividades molestas, insalubres, y peligrosas, ferias interiores, turismo, transportes, administración local, cultura y sanidad.

- ✓ RD 550/1984, de 8 de febrero, sobre valoración definitiva, ampliación de medios adscritos a los servicios traspasados y adaptación de los transferidos en fase preautonómica Comunidad Autónoma de la Región de Murcia en materia de sanidad.
- ✓ Ley 12/2001, de 21 de diciembre, de ordenación sanitaria de la Comunidad de Madrid.
- ✓ Ley 3/2005, de 23 de mayo, por el que se regula el ejercicio del derecho a formular instrucciones previas en el ámbito sanitario y se crea el registro correspondiente.

#### Murcia

- ✓ RD 550/1984, de 8 de febrero, sobre valoración definitiva, ampliación de medios adscritos a los servicios traspasados y adaptación de los transferidos en fase preautonómica a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia en materia de sanidad.
- ✓ Ley 4/1994, de 26 de julio, de salud de la Región de Murcia.

#### Navarra

- ✓ RD 1697/1985, de 1 de agosto, de traspaso de servicios de la Administración del Estado a la Comunidad Foral de Navarra en materia de sanidad.
- ✓ RD 1885/1986, de 22 de agosto, de traspaso de servicios de la Administración del estado a la Comunidad Foral de Navarra en materia de sanidad (AISNA).
- ✓ RD 1318/1997, de 1 de agosto, sobre traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad Foral de Navarra en materia de ejecución de la legislación del Estado sobre productos farmacéuticos.
- ✓ Ley Foral 10/1990, de 23 de noviembre, de salud.
- ✓ Ley Foral 11/2002, de 6 de mayo, sobre derechos del paciente a las voluntades anticipadas, a la información y a la documentación clínica.

#### País Vasco

- ✓ RD 2209/1979, de 7 de septiembre, sobre transferencia de competencias de la Administración del Estado al Consejo General del País Vasco en materia de agricultura, sanidad y trabajo.
- ✓ RD 2768/1980, de 26 de septiembre, sobre traspaso de servicios del Estado a la Comunidad Autónoma del País Vasco en materia de sanidad, servicios y asistencia sociales.
- ✓ RD 274/1987, de 13 de febrero, por el que se publican los medios personales y patrimoniales traspasados a la Comunidad Autónoma del País Vasco en materia de sanidad.
- ✓ Ley 8/1997, de 26 de junio, de ordenación sanitaria de Euskadi.
- ✓ Ley 7/2002, de 12 de diciembre, de las voluntades anticipadas en el ámbito sanitario.

#### La Rioja

- ✓ RD 542/1984, de 8 de febrero, sobre transferencia de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma de La Rioja en materia de sanidad.

- ✓ RD 2803/1986, de 24 de diciembre, de traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma de La Rioja en materia de sanidad (AISNA).
- ✓ Ley 2/2002, de 17 de abril, de creación del servicio riojano de salud.
- ✓ Ley 9/2005, de 30 de septiembre, reguladora de las instrucciones previas en el ámbito sanitario.

#### Comunidad Valenciana

- ✓ RD 278/1980, de 25 de enero, sobre transferencias de competencias de la Administración del Estado al Consejo del País Valenciano en materia de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas, cultura y sanidad.
- ✓ RD 340/1982, de 15 de enero, sobre transferencias de competencias, funciones y servicios de la Administración del Estado a Entes Preautonómicos en materia de sanidad (AISNA).
- ✓ RD 2103/1984, de 10 de octubre, sobre valoración definitiva y ampliación de medios adscritos a los servicios traspasados y adaptación de los transferidos en fase preautonómica a la Comunidad Valenciana en materia de sanidad.
- ✓ RD 2337/1985, de 9 de octubre, de valoración definitiva, ampliación de medios y adaptación de los transferidos en etapa preautonómica a la Comunidad Valenciana en materia de sanidad (AISNA).
- ✓ RD 851/1999, de 21 de mayo, sobre traspaso de funciones y servicios del Estado materia de ejecución de la legislación sobre productos farmacéuticos.
- ✓ Ley 3/2003, de 6 de febrero, de ordenación sanitaria de la Comunidad Valenciana.

#### Ceuta y Melilla

Las Comunidades Autónomas de Ceuta y Melilla son las únicas que por el momento continúan sin que el Estado les haya transferido las competencias en materia de sanidad.

Queda aún pendiente de traspasar los servicios e instituciones sanitarias dependientes de las Instituciones Penitenciarias para su plena integración en los correspondientes servicios de salud autonómicos, de acuerdo con la Disposición Adicional sexta de la Ley 16/2003, de 28 de mayo de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, para lo que se concedió un plazo de 18 meses.

### **3.2. Los traspasos de competencias sanitarias de la Seguridad Social: servicios y funciones del INSALUD**

Respecto al INSALUD, y en concreto, las prestaciones sanitarias, quedó su gestión en manos de la Seguridad Social hasta que las CCAA cumplieran con dos requisitos para poder asumir y gestionar estas competencias: 1) En los Estatutos autonómicos se tenía que contemplar la posibilidad regulada en el artículo 149.1.17 de la Constitución de desarrollar y ejecutar la legislación básica de la Seguridad Social. 2) El Estado efectuase el traspaso a través los correspondientes Reales Decretos.

El cumplimiento de ambos requisitos dividió el proceso de transferencias de asistencia sanitaria en dos etapas.

En la primera etapa hay que distinguir dos períodos: uno que va desde 1981 a 1994, en

el cual se traspasa progresivamente la gestión de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social hacia las autonomías de primer grado incluyendo a Navarra, Comunidad Valenciana y las Islas Canarias a través de las siguientes normas:

Cataluña	RD 1517/1981, de 8 de julio
Andalucía	RD 400/1984, de 22 de febrero
País Vasco	RD 1536/1987, de 6 de noviembre
Comunidad Valenciana	RD 1612/1987, de 27 de noviembre
Galicia	RD 1679/1990, de 28 de diciembre
Navarra	RD 1680/1990, de 28 de diciembre
Canarias	RD 446/1994, de 11 de marzo

De ellas a seis se les ha efectuado el traspaso de funciones sanitarias del Instituto Social de la Marina:

Galicia	RD 212/1996, de 9 de febrero
Valencia	RD 1951/1996, de 23 de agosto
Canarias	RD 2464/1996, de 2 de diciembre
Cataluña	RD 1049/1997, de 27 de junio
País Vasco	RD 558/1991, 2 de abril
Andalucía	RD 1784/2004, de 30 de julio

En un segundo período que va desde 1995 al 2000, el proceso de traspaso se ralentizó ya que era necesario que previamente se dotasen a los Estatutos de Autonomías de las Regiones afectadas la correspondiente competencia. Con este motivo se inició en 1996 la tarea de reformar los Estatutos en los cuales se recogerá expresamente la función autonómica de gestionar la asistencia sanitaria de la Seguridad Social, tarea ésta que se prolongará hasta 1999.

A lo largo de toda esta primera etapa, pues los traspasos efectuados dan lugar a que la estructura orgánico-sanitaria se encuentre dividida por dos esquemas gestores diferentes: el modelo que se traza a partir de la LGS en donde las autonomías (7) crean su propia estructura sanitaria, acorde con las líneas expuestas en la LGS, al tener traspasadas tal competencia, el cual convive con el modelo anterior a la LGS en donde las CCAA restantes (10) mantienen la gestión sanitaria del INSALUD, órgano gestor de la Seguridad Social.

En la segunda etapa (desde el 2001 hasta la actualidad) se inició un intenso calendario de reuniones entre las CCAA afectadas y el Ministerio de Sanidad y Consumo para concluir con el proceso de transferencias en diciembre de 2001 mes en el que se produjo el traspaso en bloque a las diez autonomías restantes que aún no gozaban de la citada competencia a través de los siguientes normas.

Principado de Asturias	RD 1471/2001, de 27 de diciembre
Cantabria	RD 1472/2001, de 27 de diciembre
La Rioja	RD 1473/2001, de 27 de diciembre
Región de Murcia	RD 1474/2001, de 27 de diciembre
Aragón	RD 1475/2001, de 27 de diciembre
Castilla-La Mancha	RD 1476/2001, de 27 de diciembre

Extremadura	RD 1477/2001, de 27 de diciembre
Islas Baleares	RD 1478/2001, de 27 de diciembre
Madrid	RD 1479/2001, de 27 de diciembre
Castilla y León	RD 1480/2001, de 27 de diciembre

En esta etapa se consolida la estructura orgánico-gestora definida por la LGS, es decir un sistema sanitario de ámbito nacional (Sistema Nacional de Salud) que se construye sobre la base de todos y cada uno de los servicios de salud de cada autonomía, en los cuales se integran los centros sanitarios de la Seguridad Social. Sin embargo, el INSALUD (órgano gestor que debía de desaparecer una vez concluido el proceso de transferencias) permanece en vigor asumiendo la gestión sanitaria de las Ciudades autónomas de Ceuta y Melilla, pero ahora bajo una nueva denominación “Instituto Nacional de Gestión Sanitaria”.

Asimismo, también se sigue manteniendo la gestión sanitaria que, de forma independiente, vienen manteniendo desde sus orígenes las Mutualidades de Funcionarios (MUFACE, MUGEJU, ISFAS) y las Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social al no quedar afectadas por dicho proceso.

A partir de los traspasos del INSALUD las citadas CCAA han asumido los siguientes servicios y funciones:

- ✓ Los servicios y funciones correspondientes a los centros y establecimientos sanitarios, asistenciales y administrativos de la Seguridad Social gestionados por el INSALUD e autonomía.
- ✓ Los servicios y funciones correspondientes al Ministerio de Sanidad y Consumo del INSALUD y los encomendados a las Direcciones Territoriales del INSALUD.
- ✓ Configuración y ejecución de la planificación financiera en materia sanitaria acorde la dotación presupuestaria, composición del organigrama y el régimen de funcionamiento interno de los centros y servicios sanitarios de la Seguridad Social en las CC AA.
- ✓ Establecimiento, actualización, gestión y resolución de los conciertos sanitarios con otras instituciones ajenas a la Seguridad Social, subrogándose en la posición INSALUD respecto a los conciertos que se encuentren vigentes en la fecha en que vigentes en la fecha en que adquiere efectividad el traspaso.
- ✓ Inspección de los servicios sanitarios y gestión de las prestaciones sanitarias la Seguridad Social.
- ✓ Creación de planes sanitarios, análisis y evaluación de los resultados de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social en cada Comunidad Autónoma.
- ✓ Tutela y control de las fundaciones sanitarias que se ubiquen en el territorio de cada Comunidad Autónoma.

Para que las CCAA puedan llevar a cabo estas nuevas funciones y servicios resulta



necesario dotarlas del patrimonio y del personal que con anterioridad correspondía al INSALUD. Por ello, conjuntamente con el traspaso de funciones y servicios se traspasan a las CCAA el personal adscrito a los servicios e instituciones traspasados y además una relación detallada tanto de los bienes patrimoniales afectados al INSALUD en cada una de estas CCAA así como de los derechos y obligaciones del Estado y de la Seguridad Social que se traspasan, subrogándose cada autonomía en la posición de aquellos.

Hay que tener en cuenta que el objeto de dicho traspaso es la gestión del patrimonio no la titularidad de! mismo que sigue correspondiendo a la TGSS; es decir, en los Decretos de traspasos lo que se produce es la adscripción a cada Comunidad Autónoma de los bienes patrimoniales afectados al INSALUD cuya titularidad continúa perteneciendo a la TGSS.

No obstante y, a pesar de los traspasos producidos, deberá existir una coordinación entre las Administraciones Central y Autonómicas en los siguientes aspectos:

- ✓ Intercambios de información en materia de gestión sanitaria de la Seguridad Social.
- ✓ Elaboración de estudios y proyectos conjuntos.
- ✓ Desarrollo de programas informáticos de proyección estatal facilitando el acceso a la información contenida en los mismos.
- ✓ Seguimiento e información sobre los conflictos laborales que se produzcan en Centros y Servicios Sanitarios de la Seguridad Social.
- ✓ Remisión al Ministerio de Sanidad del presupuesto de gasto de cada autonomía en materia sanitaria, de la liquidación presupuestaria de tales gastos del ejercicio anterior e intercambio de información a efectos estadísticos, rendición de cuentas contables al competente y sometimiento al régimen de contabilidad pública y cualquier otra mejore la relación y coordinación entre las distintas administraciones.

Además, continúan existiendo una serie de funciones que el Estado sigue ejerciendo a pesar del traspaso regulado en los Reales Decretos de transferencias, que son las siguientes:

- ✓ Legislación sobre productos farmacéuticos.
- ✓ Legislación básica sobre sanidad.
- ✓ Coordinación general sanitaria, alta inspección, relaciones y acuerdos internacionales.
- ✓ Gestión del fondo de cohesión sanitaria.

### 3.3. Conclusiones sobre los decretos de transferencias

El contenido de los acuerdos sobre traspaso a las diferentes Comunidades Autónomas de las funciones y servicios del Instituto Nacional de la Salud presenta la siguiente estructura.

#### 1. Funciones que asumen las Comunidades Autónomas e identificación de los servicios que se traspasan

En primer lugar, se traspasan, dentro de su ámbito territorial, y en los términos de los correspondientes acuerdos y de los Reales Decretos y demás normas que lo hagan efectivo y se publiquen en el Boletín Oficial del Estado las siguientes funciones y servicios que venía realizando el Instituto Nacional de la Salud en materia de gestión de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social:

- ✓ Los servicios y funciones correspondientes a los centros y establecimientos sanitarios, asistenciales y administrativos, de la Seguridad Social, gestionados por el Instituto Nacional de la Salud.
- ✓ Los servicios y funciones encomendados por la legislación vigente a la Dirección Territorial y a las Direcciones Provinciales del Instituto Nacional de la Salud en cada Comunidad, así como las funciones correspondientes al Ministerio de Sanidad y Consumo respecto a dichas Direcciones.
- ✓ La elaboración y la ejecución de los planes de inversión que se aprueben en materia de asistencia sanitaria de la Seguridad Social en cada Comunidad, así como la gestión de las inversiones en curso en el contexto de la planificación asistencial general de la Comunidad y de conformidad con la legislación básica del Estado sobre la materia.
- ✓ La contratación, gestión, actualización y resolución de los conciertos con entidades e instituciones sanitarias o asistenciales que presten servicios en cada Comunidad. A partir de la efectividad del traspaso de estas funciones, cada Comunidad se subroga en los conciertos que se encuentren en vigor entre el Instituto Nacional de la Salud y otros organismos y entidades, hasta que se extingan dichos conciertos.
- ✓ La creación, transformación y ampliación, así como la clasificación y supresión de los centros y establecimientos sanitarios, en régimen ordinario o experimental, y de los centros asistenciales y administrativos del Instituto Nacional de la Salud en cada Comunidad, de acuerdo con la legislación básica del Estado.
- ✓ Las funciones de gestión que realiza el Instituto Nacional de la Salud a través de sus servicios centrales, en cuanto se refiere al territorio de cada Comunidad, entre ellas, la inspección de servicios y la gestión de las prestaciones sanitarias de la Seguridad Social facilitadas por el Sistema Nacional de Salud.
- ✓ La planificación de programas y medidas de asistencia sanitaria de la Seguridad Social en el ámbito de cada Comunidad, de acuerdo con la legislación básica del Estado.
- ✓ El análisis y evaluación del desarrollo y resultados de la acción sanitaria de la Seguridad Social en cada Comunidad.
- ✓ La organización y régimen de funcionamiento de los centros y servicios de asistencia sanitaria de la Seguridad Social en cada Comunidad, así como la definición de criterios generales para la evaluación de la eficacia y rendimiento

de los programas, centros o servicios sanitarios de la Seguridad Social en cada Comunidad, todo ello de acuerdo con la normativa básica del Estado y la normativa reguladora del régimen económico de la Seguridad Social.

- ✓ La tutela y el control sobre las Fundaciones sanitarias ubicadas en su ámbito territorial.

En segundo lugar, la gestión de los centros, establecimientos y servicios, así como de las funciones que se traspasan, se realizan de acuerdo con la legislación básica del Estado. Igualmente, las Comunidades Autónomas se sujetan a la normativa general de la Seguridad Social en lo relativo a la determinación de los beneficiarios, requisitos e intensidad de la acción protectora y regímenes económico-financiero y económico-administrativo.

En tercer y último, para la efectividad de las funciones relacionadas, se traspasan a las diferentes Comunidades Autónomas, los servicios e instituciones de su ámbito territorial que se detallan en los anexos de cada uno de los Acuerdos.

## 2. Competencias, servicios y funciones que se reserva la Administración del Estado.

Como consecuencia de la relación de competencias que permanecen en el ámbito de la titularidad estatal, la Administración del Estado ejerce las siguientes funciones y actividades:

- ✓ Las actuaciones que se establecen en el artículo 40 de la Ley 14/1986, de 25 de abril. General de Sanidad.
- ✓ El ejercicio de la alta inspección, de acuerdo con lo establecido en la Constitución y en los términos previstos en el artículo 43 de la Ley 14/1986, de 25 de abril. General de Sanidad.
- ✓ La coordinación general sanitaria, de acuerdo con lo previsto en la Constitución y en los términos establecidos en el capítulo IV, del Título III, de la Ley 14/1986, de 25 de abril. General de Sanidad.
- ✓ Las relaciones y acuerdos sanitarios internacionales.
- ✓ La Administración del Estado constituirá y gestionará el fondo de desplazados a que se refiere el apartado 4.2B)b) del Sistema de Financiación de Comunidades Autónomas de Competencias Comunes, aprobado por el Consejo de Política Fiscal y Financiera en sus sesiones de 27 de julio, 16 y 22 de noviembre de 2001, ateniéndose a los fines, funciones y prescripciones establecidos en dicho Acuerdo.

## 3. Funciones en que han de concurrir la Administración del Estado y la de la Comunidad Autónoma.

Se desarrollan coordinadamente entre la Administración General del Estado y cada Comunidad, las siguientes funciones:

- ✓ El intercambio de información en materia de gestión de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social, así como el asesoramiento y cooperación con carácter permanente.

- ✓ La elaboración de estudios y proyectos conjuntos, así como la realización de propuestas tendentes al perfeccionamiento de la acción sanitaria de la Seguridad Social y la colaboración en acciones programadas de interés general.
- ✓ El desarrollo de los programas de informática de proyección estatal y el acceso a la información derivada de los mismos.
- ✓ El intercambio de información sobre los conflictos laborales que puedan producirse en los centros y servicios sanitarios de la Seguridad Social.
- ✓ Las Comunidades y el Ministerio de Sanidad y Consumo intercambiarán la información que a efectos estadísticos se establezca.
- ✓ Las Comunidades quedan igualmente sometidas al régimen de contabilidad pública, debiendo rendir cuentas de sus operaciones al órgano competente.
- ✓ Con el fin de conocer la financiación total que se destina a la asistencia sanitaria de la Seguridad Social, cada Comunidad una vez aprobado el correspondiente presupuesto de gastos para dicha prestación, debe remitir el mismo al Ministerio de Sanidad y Consumo.
- ✓ Asimismo, cada Comunidad debe remitir al Ministerio de Sanidad y Consumo en el segundo semestre del ejercicio siguiente la liquidación presupuestaria de los gastos destinados a la asistencia sanitaria del ejercicio anterior.
- ✓ Cualquiera otra que pueda contribuir a la mejor relación y coordinación entre la Administración del Estado y las Comunidades Autónomas.

## **X.-SOBRE LA DELIMITACION DE COMPETENCIAS PARA EXPEDIR LOS PARTES MÉDICOS**

A lo largo de todo el trabajo venimos hablando de “control”, pero control ¿sobre qué? La respuesta es elemental, a saber: sobre los procesos incapacitantes temporales basados en alteraciones de la salud de carácter transitorio. La cuestión está en que la facultad para calificar la alteración de la salud y su efecto incapacitante está residenciada con carácter estructural en "los servicios públicos de salud". Pero esto no es ni nuevo ni original, siempre ha sido así. Desde la desaparición del Instituto Nacional de Previsión, que tenía competencias unificadas en ambas materias, la disociación competencial fue primero con el Instituto Nacional de la Salud (INSALUD) y luego con los Servicios Públicos de Salud de las Comunidades Autónomas. No es, por tanto, ninguna aportación científica, afirmar que existe una disociación entre la institución, que soporta el coste de los procesos incapacitantes, y la institución que tiene facultades para determinar su iniciación, mantenimiento y extinción.

Aunque resulte sorprendente, por su falta de novedad, la separación de funciones ha constituido siempre el centro neurálgico del problema. Quien soporta el coste de la protección ha ido generando una desconfianza histórica en la efectividad de los mecanismos de control ejercitados por los servicios públicos de salud.

Como apuntábamos, la LGSS (Texto Refundido de 1974) dedicaba a la asistencia sanitaria el Capítulo IV del Título II, artículos 98 a 125, desarrollados por la Decreto 2766/1967, de 16 de noviembre, de asistencia sanitaria y ordenación de los servicios médicos. Por su parte, la incapacidad laboral transitoria y la invalidez provisional estaban regulados en el Capítulo V de Título II, artículos 126 a 135, desarrollados por la Orden de 13 de octubre de 1967, de normas de aplicación y desarrollo de la prestación de incapacidad laboral transitoria. Finalmente, a la gestión de la seguridad social se dedicaban el Capítulo VII del Título I y el Capítulo III del Título II, estableciendo en el artículo 196 que las competencias del Instituto Nacional de Previsión referían a la asistencia sanitaria por maternidad, enfermedad y accidente no laboral y a las prestaciones económicas por incapacidad laboral transitoria e invalidez provisional derivadas de las contingencias referidas, así como las prestaciones recuperadoras que procedan durante dichas situaciones

Como hemos visto, la normativa vigente hasta el desarrollo del artículo 43 de la Constitución operado por la Ley 14/1986, de 25 abril, General de Sanidad –que ha de entenderse como legislación básica al amparo del art. 149.1.16ª CE- que creó el Servicio Nacional de Salud y la posterior culminación del proceso de transferencias a las Comunidades Autónomas, estaba ubicada en la Ley General de la Seguridad Social y en sus normas de desarrollo.

En aquel periodo histórico, la asistencia sanitaria en sentido omnicompreensivo formaba parte de la Seguridad Social, tanto desde la perspectiva de su ordenación jurídica (LGSS y sus normas de desarrollo), como desde la perspectiva de su gestión, residenciada en una de las entidades gestoras de la Seguridad Social, primero en el Instituto Nacional de Previsión y luego, a partir del Real Decreto Ley 36/1978, de 16 de noviembre, en el Instituto Nacional de la Salud. Igualmente la incapacidad laboral transitoria, constituía una contingencia protegida, ordenada en el Título II de la LGSS,

siendo encomendada su gestión, primero al Instituto Nacional de Previsión y posteriormente tras el Real Decreto Ley 36/1978, de 16 de noviembre, al Instituto Nacional de la Seguridad Social

La ordenación referida respecto de ambas situaciones protegidas, en tanto la asistencia sanitaria constituía una prestación más del Sistema de la Seguridad Social, quedaba entroncada en el espacio conceptual y competencial de los artículos 41 y 149.1.17 CE, en la medida en que es competencia exclusiva del Estado, la legislación básica y el régimen económico de la Seguridad Social, en los términos que ya he analizado. Por tanto, quedaba ordenado como un espacio normativo unitario y armónico, aunque no ajeno a problemas interpretativos en el orden competencial, como también se vio.

A partir de la Ley General de Sanidad y una vez culminado todo el proceso de transferencias, la situación ha cambiado radicalmente. En efecto, las prestaciones sanitarias han quedado segregadas de la Seguridad Social y se adscriben a la genérica “asistencia sanitaria” gestionada por el Sistema Nacional de Salud, por lo que al Estado le corresponde solamente establecer las “bases y coordinación general” (art. 149.1.16<sup>a</sup> CE), incluida la alta inspección en la materia pero no el régimen económico, que sería también atribución de las Comunidades Autónomas, competentes en materia de sanidad (art. 148.1.21<sup>a</sup> CE). Todo ello, sin perjuicio de la anacrónica situación provocada por el mantenimiento de preceptos referidos a la asistencia sanitaria en la Ley de Seguridad Social de 1974.

Decíamos desde la perspectiva del análisis que realizamos, la situación ha cambiado radicalmente. La incapacidad temporal, constituye una contingencia de la seguridad social ordenada en la LGSS y cuya competencia corresponde al Estado en aplicación de los artículos 41 y 149.17 CE. Por el contrario, la asistencia sanitaria queda entroncada en el Sistema Nacional de Salud, cuya competencia ha sido asumida por las Comunidades Autónomas, conforme los artículos 43 y 148.1.21<sup>a</sup> CE.

Si entendemos que la incapacidad temporal debe considerarse como la consecuencia de un acto médico y por tanto constituye una prescripción médica, deberíamos entender que la incapacidad temporal forma parte del tratamiento que recibe el trabajador de su médico de atención primaria. Esta afirmación nos conduciría a plantear que la incapacidad temporal debe salir del Sistema de la Seguridad Social para formar parte del contenido prestacional del Sistema Nacional de Salud.

Si por el contrario, entendemos que la incapacidad temporal constituye una prestación del Sistema de la Seguridad Social, la prestación sanitaria parte del complejo prestacional, fuera quien fuera el órgano que la proporcione. Esta afirmación nos conduciría a entender que la competencia recae en quien es competente para ordenar la contingencia integrada dentro del Sistema de Seguridad Social.

Conforme al orden competencial propio de las Comunidades Autónomas en materia de seguridad social, laboral y de sanidad, los facultativos de los servicios públicos de salud y las correspondientes Inspecciones Sanitarias, carecen de competencias para expedir los partes de baja, confirmación y alta que generan el nacimiento, la duración y la extinción de la incapacidad temporal. A pesar de esta afirmación tajante, son los

facultativos y la Inspección quienes tienen competencias para expedir los partes médicos referidos.

El planteamiento realizado nos conduce a una situación, cuando menos curiosa. Quienes no tienen competencias procedentes del orden autonómico sanitario en el que actúan, dictan actos con efectos universales e impacto en materias que constituyen competencia exclusiva del estado. Veamos cuáles son estos:

- Los partes médicos imponen a las entidades gestoras el nacimiento, duración y extinción de la prestación económica por incapacidad temporal, por tanto la actuación del facultativo del sistema público de salud vincula y condiciona el actuar de las entidades gestoras de la seguridad social.
- Igualmente, los partes médicos determinan el nacimiento, duración y extinción de la suspensión del contrato de trabajo, así como el pago de la prestación por parte del empresario, por tanto el actuar del facultativo del sistema público de salud produce efectos sobre el contrato de trabajo
- Finalmente, los partes médicos imponen al empresario el pago de las cantidades complementarias establecidas en pactos individuales o en convenios colectivos, por tanto el actuar del facultativo del sistema público de salud vincula y condiciona el actuar del empresario

Como hemos visto, los actos de quienes no tienen competencias propias en virtud de la titularidad competencial atribuida a la Comunidad Autónoma, vinculan, condicionan o imponen obligaciones respecto a materias cuya titularidad competencial es del Estado.

La clave que armoniza este laberinto de competencias y efectos, se encuentra en la Ley General de la Seguridad Social y sus normas de desarrollo que son las que al ordenar una materia que es competencia exclusiva del Estado asignan funciones a quienes carecen de competencia propia, a saber, los servicios de salud de las Comunidades Autónomas.

Las razones de la asignación de competencias son de todo orden, una históricas procedentes de los periodos en que la materia sanitaria y las prestaciones económicas estaban bajo el manto de la seguridad social y gestionadas por las entidades gestoras del Sistema; otras, de orden organizativo, de gestión, de eficacia, que aconsejan que sea el facultativo de atención primaria el que realice la valoración médico legal que provoca el nacimiento de la contingencia de incapacidad laboral

La conclusión de todo lo anterior podría perfilarse en los siguientes términos. La decisión sobre quien debe expedir los partes médicos y cuáles son sus efectos, constituye competencia exclusiva del Estado que se cristalizó a través de la legislación correspondiente, esto es, de la Ley General de la Seguridad Social y sus normas de desarrollo.

Sin perjuicio de un periodo dubitativo en el que se diferenciaron de forma errónea los efectos económicos y sanitarios de los partes médicos, el planteamiento apuntado es el que ha confirmado la reforma del 2007 contenida en el Proyecto de Ley de Medidas en materia de Seguridad Social, que lejos de eufemismos históricos otorga competencias al Instituto Nacional de la Seguridad Social para expedir los partes de alta médica y baja médica en los supuestos que ya analizamos, singularmente a partir de los 12 meses de incapacidad temporal.

## **XI.- IDEAS PARA EL DEBATE Y PROPUESTAS DE REFORMA**

A lo largo del tiempo dedicado a la investigación, la fructífera legislatura en materia de reformas ha abordado alguna de las propuestas que el equipo investigador pretendía plantear, a ellas nos referiremos como reformas realizadas o, al menos iniciadas.

Las propuestas que planteamos tienen una triple dimensión, por un lado serán reformas ajenas al mundo estricto de la seguridad social, en la medida en que entendemos que es necesario un planteamiento global de tema, por otro, plantearémos reforma en espacio estricto de la seguridad social, unas referidas a la incapacidad temporal y su control y, otras referidas a otras contingencias y espacios legislativos, por entender que un correcto planteamiento del control de la incapacidad temporal exige reformas en materias colaterales.

### **1. - Medidas para reducir el espacio de “refugio”.**

Posiblemente y sin perjuicio del perfeccionamiento de los mecanismos de control, debemos dar un paso más en el sentido de ofrecer soluciones que permitan un planteamiento global. La idea es que la problemática de la incapacidad temporal adquiera una dimensión distinta. En este orden, podrían ser objeto de reflexión las consideraciones que planteamos.

*- Incorporar la problemática sobre la incapacidad temporal en el seno del dialogo social.*

Ciertamente, la reforma de la incapacidad temporal ha formado parte en ocasiones del dialogo social, prueba de ello es el contenido en esta materia del Proyecto de Ley de Medidas en materia de Seguridad Social. No obstante, la idea es dar un marco distinto, en el sentido en que se debatan y asuman, en su caso, planteamientos que sobrepasan el espacio estricto de la protección por incapacidad temporal. Nos referimos a propuestas que afectan al contrato de trabajo, a la ordenación del tiempo de trabajo, a las relaciones con otras contingencias, a las responsabilidades del empresario y al volumen de gastos que afronta, al papel importante de la negociación colectiva, a la problemática de la temporalidad... A todas ellas nos referiremos a continuación.

*- Universalizar las medidas para el sector público y el sector privado.*

Tradicionalmente las medidas que hasta ahora se han tomado, especialmente las dirigidas a los espacios de control, han ido referidas a los trabajadores por cuenta ajena. Sin embargo, es imprescindible que las medidas alcancen a la función pública, donde los niveles de “mala utilización de la contingencia” son igualmente elevados, incluso nos atreveríamos a decir, que el nivel de gasto y la falta de controles efectivos es todavía superior. Carece de justificación, por tanto, dejar fuera de las medidas que pretenden racionalizar el gasto al importante volumen de los trabajadores al servicio de las administraciones públicas.



*- Incorporar la incapacidad temporal a la problemática de la temporalidad y la rotación.*

Es sobradamente conocido que, la incapacidad temporal se ha convertido en un instrumento de respuesta ante los vicios del mercado laboral. En efecto, la incapacidad temporal se utiliza para mitigar los efectos de la temporalidad y de la rotación, para cubrir la ausencia de protección por desempleo o para complementar el tiempo acreditado de protección, ante las dificultades de encontrar empleo. No debemos olvidar la función social impropia que cumple el instituto, cuyo lugar de imputación se encuentra en el uso y abuso de la contratación temporal, poniendo al trabajador en una situación límite que justifica socialmente la búsqueda de espacios de protección.

Por ello, es necesario incorporar la incapacidad temporal al debate sobre la temporalidad, como un efecto más, nada desdeñable, de la utilización incorrecta de los mecanismos de contratación.

A este respecto, pueden utilizarse técnicas penalizadoras, al igual que se viene haciendo con el desempleo, entre ellas, aumentar la cotización por incapacidad temporal.

*- Crear un permiso anual retribuido y de duración razonable por asuntos propios.*

Al margen de episodios fraudulentos, lo cierto es que la incapacidad temporal constituye una especie de “refugio protegido” para los trabajadores, al que acuden para dar respuesta a un sin fin de problemas que carecen de cauces adecuados en la ordenación de la relación laboral. En efecto, circunstancias personales, familiares, laborales..., que exigen disponer de un tiempo para su resolución o encauzamiento, carecen normalmente del cauce adecuado. Basta con traer a colación la parquedad de permisos regulados en el artículo 37 del Estatuto de los Trabajadores. Las circunstancias descritas conducen, posiblemente, a que los trabajadores busquen el tiempo necesario en institutos impropios que, sin embargo, les ofrecen “cuartada”, “protección económica”, “protección jurídica”, “confidencialidad”...

Posiblemente, uno de los espacios de reflexión se centre en la creación de un permiso retribuido por asuntos propios, de forma que el trabajador no tenga que acudir a “institutos de cobertura inadecuados”. Posiblemente también, el gasto que supone para el empresario el establecimiento de un permiso retribuido, quede compensado por el ahorro en gastos vinculados a la incapacidad temporal (gasto en prestaciones directas y complementarias, suplencias, formación de trabajadores sustitutos...) y en una mejor ordenación de la actividad productiva, en la medida en que el permiso es solicitado y conocido y la incapacidad temporal se precipita sin previo aviso.

El permiso debería ser por un tiempo prudencial (por ejemplo 6 días laborables al año) y rodearle de las medidas que eviten su mala utilización, así: no acumulable a puentes, vacaciones... Podría igualmente, ser concebido a tiempo completo o a tiempo parcial, de forma que se adapte lo mejor posible a las necesidades puntuales del trabajador.

La fijación del derecho debe tener carácter universal, por tanto debe efectuarse desde la norma general, esto es, el Estatuto de los Trabajadores. No obstante, en este espacio, la

negociación colectiva tendría una importancia vital como instrumento de adaptación del permiso reconocido con carácter general en el Estatuto de los Trabajadores.

## **2. - Medidas dirigidas al conjunto de la acción protectora del sistema.**

Decíamos que las medidas no deben quedar reducidas al espacio de control de la incapacidad temporal, e incluso, a la incapacidad temporal misma, ya que la contingencia actúa como espacio de “refugio” respecto a otras deficiencias protectoras del Sistema.

*- Reformar la contingencia de riesgo durante el embarazo con la finalidad de facilitar la protección, al tiempo que se de solución a los problemas de riesgo durante la lactancia: algunos espacios pendientes*

La medida ha sido acertadamente incorporada a la Ley Orgánica de Igualdad, siendo configurada la contingencia de riesgo durante el embarazo como un riesgo profesional con el nivel de cobertura de la maternidad. Igualmente, se ha incorporado la nueva contingencia de riesgo durante la lactancia con idéntico nivel de cobertura<sup>199</sup>. No obstante queda por regular su régimen jurídico, en que necesariamente debe facilitarse su tramitación y despojar la contingencia de complejidad administrativa anterior<sup>200</sup>, lo que posiblemente se facilite al entrar en juego las Mutuas de accidentes de trabajo.

Por otra parte, sería conveniente reformar los artículos 123 y 125.3 de la LGSS. El primero para clarificar que el recargo por falta de medidas de seguridad y salud laboral es igualmente aplicable a las contingencias de riesgo durante el embarazo y la lactancia. El segundo, para incorporar como situaciones de alta de pleno derecho, las contingencias de riesgo durante el embarazo y la lactancia<sup>201</sup>. Si bien en una interpretación sistemática de ambos preceptos, las contingencias referidas quedarían incorporadas, al ser calificadas como de origen profesional, entendemos que es mucho más clarificador su incorporación expresa.

---

<sup>199</sup> Sobre esta propuesta y en los términos del texto, puede verse, JL TORTUERO PLAZA, 50 propuestas ...cit, pags. 180 y ss.

<sup>200</sup> El tema de la tramitación y el objetivo de los diversos informes ha sido criticada, entre otros, por T. PEREZ DEL RIO, *La Ley 39/1999...*cit, pag.60 J- GORELLI HERNANDEZ, *La protección por maternidad...*cit, pag. 295 A. BALLESTER PASTOR, *La Ley 39/1999 de conciliación de la vida laboral y familiar*, Valencia, edit. Tirant lo blanch, 2000, pag.54-55; JA. PANIZO ROBLES, *La Ley sobre conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras y su incidencia en la Seguridad Social*, RTySS, num. 201/1999, 75-76. JF LOUSADA AROCHENA, *El derecho a la maternidad de la mujer trabajadora*, ...CIT, pag. 87 y 95 y ss.

<sup>201</sup> A esta situación refieren especialmente C. SANCHEZ TRIGUEROS, *Comentarios al Capítulo IV TER del La Ley General de la Seguridad Social*, en AAVV (Dir. A. SEMPERE NAVARRO) *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social*, Murcia, edit. Laborum, pags. 683 y ss.; y I. MARIN ALONSO y J. GORELLI HERNANDEZ, *Familia y trabajo. El régimen jurídico de su armonización*, Murcia, edit. Laborum, 2001.

*- Imputar a la maternidad, y no a la incapacidad temporal, los episodios que afecten a la gestación*

La protección que se otorga a la maternidad natural se estructura entorno al parto, mediante la configuración de un periodo de descanso dividido en dos tramos temporales, que tienen carácter voluntario y obligatorio. Fuera de esta ordenación, la maternidad pierde sustantividad, de forma que quedan fuera de su ámbito todas las incidencias que puedan producirse durante la gestación. Estas situaciones quedan amparadas por la incapacidad temporal derivada de contingencias comunes, lo que no solo es impropio conceptualmente hablando, sino que imputa obligaciones y gastos al empresario, así como disminuye el nivel de protección para la trabajadora, incluso la puede dejar desprotegida, por múltiples razones, falta de periodo de cotización, trabajadora autónoma que no opto por la cobertura de la incapacidad temporal...

La propuesta sería abordar un concepto unitario de maternidad, donde quedara incorporado del tiempo de gestación.

Abordar un concepto unitario y global de la maternidad, que incluya el proceso de gestación, el parto y el puerperio, con el siguiente espacio protector:

- Alteraciones producidas durante el periodo de gestación y debidas por la propia gestación.
- Periodos de descanso por maternidad y paternidad

La propuesta realizada daría una respuesta satisfactoria a todas las situaciones planteadas, unificaría la estructura protectora y racionalizaría su configuración, respetando la finalidad querida por cada espacio protector. Igualmente liberaría al empresario de un coste que no le corresponde y, que además fomenta la intolerancia respecto a los posteriores y tradicionales periodos de descanso.

Sin perjuicio de lo anterior, habría que añadir algún otro efecto derivado. Así, se evitaría la falta de protección, se liberaría al empresario de una carga que no se corresponde, y finalmente, se evitaría que la falta de sintonía protectora, provoque la anticipación del periodo de descanso voluntario, limitando el tiempo de dedicación al hijo y las posibilidades de participación del padre.

*- Incorporar la protección por desempleo a los regímenes de trabajadores autónomos y empleados de hogar.*

También la utilización de la incapacidad temporal adquiere niveles relevantes en regímenes especiales donde no existe la protección por desempleo, como es el caso de los regímenes de trabajadores autónomos y de empleados de hogar. Nuevamente la contingencia cumple funciones que son impropias, así dar cobertura a los periodos de baja actividad económica de los trabajadores autónomos, o cubrir los espacios de carencia de rentas de los empleados de hogar ante la posible o anunciada extinción del contrato.

A estos efectos y con la doble finalidad de ampliar el espacio protector y de clarificar la utilización de cada contingencia, sería conveniente incorporar a la protección por desempleo a los empleados de hogar y a los trabajadores autónomos.

- *Ordenar adecuadamente las relaciones entre la incapacidad temporal, la maternidad y el desempleo*

Ya nos hemos referido con carácter exhaustivo a la problemática entre las relaciones de la incapacidad temporal, la maternidad, la paternidad y el desempleo, así como hemos puesto de manifiesto la problemática existente y las posibles alternativas. Todo ello sin perjuicio, de la necesidad general de abordar la coordinación de prestaciones, que constituye una asignatura pendiente.

### **3.- Medidas dirigidas a la incapacidad temporal.**

Las reformas de la incapacidad temporal se han dirigido básicamente a los mecanismos de control, abandonando otras líneas de reforma que pueden contribuir a mejorar su ordenación y, por tanto, contribuir a una utilización del instituto más racional. Algunas ideas podrían ser las siguientes:

- *Elaborar un reglamento nuevo de incapacidad temporal*

Una de las asignaturas pendientes, con carácter general y, en especial, referido a la incapacidad temporal, es la ordenación de un reglamento de desarrollo de la LGSS. La medida es inaplazable, dado que el entramado jurídico actual es caótico, anacrónico y confuso, produciendo un alto grado de inseguridad jurídica.

- *Reordenar el tiempo de prestación a cargo del empresario ( público y privado) y las competencias de control.*

Desde la reforma de 1992, el empresario asume a su exclusivo cargo el pago de la ordenación de los días cuarto de decimoquinto de la baja por contingencias comunes. La medida ha sido poco efectiva, ya que la ordenación del subsidio a cargo del empresario mantiene su consideración prestacional a todos los efectos, como lo confirma la jurisprudencia. De ello deriva, que el empresario carece de cualquier competencia en materia de control, por lo que debe acudir a los estamentos públicos, Inspección sanitaria, facultativos de la Mutua de accidentes de trabajo y enfermedades y facultativos del Instituto Nacional de la Social.

Por otro lado, la medida fue de aplicación universal, ya que simplemente se aumentaba el número de pagadores, sin tener en cuenta el tamaño de la empresa y sus posibilidades de actuar.

Entendemos que la práctica histórica aconseja replantearse la ordenación buscando un espacio de mayor efectividad y racionalidad. La propuesta sería la siguiente:

- Aplicar el pago de la prestación a las empresas que tengan posibilidad de aplicar mecanismos de control, singularmente a las empresas mediana y grandes.
- Exonerar del pago de la prestación a las pequeñas empresas, asumiendo el mismo la entidad gestora o colaboradora.
- Aplicar las medidas al sector privado y al sector público, de forma que se incorporen el conjunto de las administraciones públicas.

- Aumentar el tiempo de prestación a cargo del empresario, de forma que se proporcione un espacio razonable para que compensen las medidas de control.
- Reconocer a las empresas y entidades la capacidad de control con plenos efectos.
- Aumentar la prestación al 75 por 100 de la base reguladora, sin perjuicio de las mejoras que se incorporen por la negociación colectiva o por pactos individuales.
- Incorporar la protección de los tres primeros días de baja.

- *Reformar la ordenación de los tres primeros días de baja médica.*

En la ordenación actual existe una confusión histórica sobre si la baja médica debe expedirse a partir del reconocimiento médico o a partir del tercer día, en la medida en que en ningún caso la protección comienza antes del cuarto día de la baja médica. Esta situación dificulta la aplicación de los mecanismos de control durante los primeros días de la baja médica.

La propuesta iría encaminada a reformar la normativa aplicable, estableciendo de forma clara que la baja médica se extenderá por el facultativo a partir del momento de reconocimiento médico, sin perjuicio de que los efectos económicos se inicien a partir de cuarto día.

La medida facilitaría la mejora del control, en términos generales, pero, incluso, facilitaría el control empresarial en el supuesto de que se implantara el traslado al empresario del pago y del control de los primeros días de la baja.

- *Ordenar adecuadamente la figura de la recaída y recuperar el principio de la conjunta consideración de contingencias protegidas*

Hemos visto también, las dificultades históricas para ordenar adecuadamente los supuestos de recaída, así como las interpretaciones “salomónicas” aplicadas por la jurisprudencia. En este orden, no es razonable que un trabajador pueda estar toda su vida de baja médica por la sucesión de lesiones de distinta naturaleza.

La propuesta sería la siguiente: aplicar el concepto de recaída a todos los procesos, cualquiera de sea su sintomatología y el origen y naturaleza de las lesiones, siempre entre el alta y la sucesiva baja médica hubieran transcurrido menos de 6 meses.

La medida debe incorporar algún mecanismo para evitar resultados absurdos. En este orden y en la medida en que la finalidad es evitar la utilización indebida de la incapacidad temporal, el Instituto Nacional de la Seguridad Social, puede reservarse la posibilidad de abrir un nuevo proceso de incapacidad temporal, cuando las últimas lesiones exijan una ampliación del periodo de protección, en la órbita de lo establecido en el artículo 131bis.3 de la LGSS.

- *Crear la incapacidad temporal a tiempo parcial*

Tradicionalmente la incapacidad temporal ha sido concebida a tiempo completo, sin embargo, no siempre la concepción es correcta o, mejor, se adapta a las circunstancias clínicas y laborales del trabajador.

En este orden sería aconsejable articular la posibilidad de que la contingencia pudiera utilizarse a tiempo parcial, en los mismos términos que existe en otros países de nuestro entorno.

Con la finalidad de facilitar su gestión y la acomodación del trabajador y del empresario a la nueva figura, podría establecerse un límite de 50 por 100, de forma que el trabajador estuviera de baja a tiempo completo o al 50 por 100 de la jornada.

Son múltiples los ejemplos en que podría aplicarse esta figura, así: durante la realización de pruebas médicas, trastornos en que la actividad es conveniente, procesos de rehabilitación, situaciones de reposo parcial, lesiones que exigen tan solo bajar la intensidad de la actividad...

*- Unificar la competencia para expedir las altas y bajas médicas a partir de los 12 meses.*

Ya vimos que en el Proyecto de Ley de Medidas en materia de Seguridad Social, se produce un avance considerable en la determinación de la entidad competente para efectuar el control y en la sustitución de la formula “alta a efectos económicos “ por la referida al “alta médica”. Sin embargo, La reforma no se ha universalizado, de forma que queda al margen de la nueva estrategia el supuesto del artículo 131bia.1 párrafo segundo.

La propuesta, por tanto, es unificar el criterio y aplicar en todos los supuestos la misma formula de alta y bajas médicas.

*- Universalizar el procedimiento de resolución de controversias médicas.*

Igualmente, hemos visto, que el Proyecto de Ley de Medidas en materia de Seguridad Social, establece un procedimiento para dilucidar las posibles controversias sobre el alta médica expedida por el Instituto Nacional de la Seguridad Social a partir de los 12 meses de incapacidad temporal. Sin embargo tal procedimiento no se extiende al supuesto del artículo 131bia.1 párrafo segundo.

La propuesta consiste en unificar el criterio y aplicar en todos los supuestos el mismo procedimiento y , por tanto, aplicarlo al supuesto del artículo 131bia.1 párrafo segundo.

*- Llevar a texto reglamentario el procedimiento para dilucidar las controversias médicas y fijar los plazos en días hábiles.*

Ya vimos la problemática que supone convertir la LGSS en un texto reglamentario. A tal efecto, el procedimiento establecido en el artículo 128.1.a) para dilucidar las controversias médicas, debería salir de la LGSS y ordenarse en el correspondiente reglamento de incapacidad temporal.

Por otro lado, también vimos el escaso plazo reconocido al trabajador para oponerse al alta médica, a pesar de haberse elevado de 3 a 4 días naturales durante la tramitación parlamentaria de la Ley. Pues bien, entendemos que bastaría con que el plazo fuese en días hábiles para permitir adecuadamente el ejercicio del derecho que se reconoce.

- Sustituir todas las referencias al “alta a efectos económicos” por el “alta médica”.

Como vimos, no hay justificación competencial para que en los primeros 12 meses de incapacidad temporal la norma refiera al “alta a efectos económicos” y a partir de los 12 meses refiera simplemente al alta médica. Por tanto, es necesario unificar el criterio y que la LGSS refiera siempre a la expedición de la correspondiente alta médica, suprimiendo definitivamente el eufemismo del alta médica a efectos económicos.

#### **4.- Alternativas para racionalizar el control y reducir el gasto implícito.**

Ya hemos visto, que las soluciones dadas por el legislador pasan por una redefinición de la gestión de la incapacidad temporal, caracterizada por su complejidad administrativa, un aumento del gasto en personal nada despreciable, una dependencia excesiva en los equipos médicos ajenos a la tradicional gestión del Instituto Nacional de la Seguridad Social y una multiplicidad de las entidades actuantes, entidades gestoras, colaboradoras, servicios públicos de salud, inspección médica, equipos de valoración de incapacidades... A pesar de todo ello, los resultados son todavía una incógnita.

Por lo que refiere a los aspectos competenciales, ya vimos, que la materia de expedición de los correspondientes partes médicos es competencia estatal y, por tanto, es la LGSS la que puede establecer el procedimiento y los órganos encargados de su expedición, así como los efectos jurídicos de los referidos partes, tanto en el ámbito de la seguridad social, como en el ámbito del contrato de trabajo.

Es posible que las soluciones más racionales pasarían por unificar las competencias, lo que no es sencillo con el actual sistema de reparto organizativo. Por lo tanto, la solución debería buscarse en un espacio intermedio. En este orden, una posible solución consistiría en otorgar todas las competencias (baja, confirmación, alta, controles periódicos...) a un equipo compuesto por facultativos especializados en medicina del trabajo que actúen en representación del INSS, de las Mutuas y de la Inspección Sanitaria. Esta fórmula ofrecería las siguientes ventajas:

- El facultativo que atiende al trabajador quedaría liberado de una competencia que le es “profesionalmente extraña”.
- La actuación en forma colegiada ofrece mayores garantías de objetividad, dificultando las denominadas “bajas de complacencia”.
- Ofrece mayores niveles de rigor en la valoración y permanencia del efecto incapacitante y en la resolución de la problemática clínica (listas de espera para pruebas, intervenciones quirúrgicas...) que afecta al trabajador.
- Permite y facilita la aplicación de criterios y objetivos generales, en la medida en que están representados todos aquellos que tienen competencias.
- Eliminaría los niveles de subjetividad, inevitables cuando actúan una pluralidad de facultativos en actuaciones individuales.
- Reduciría o eliminaría los problemas en la calificación del riesgo originario, al estar presentes el INSS y las Mutuas.
- Reduciría la superposición actual de mecanismos de control, al quedar incorporados los servicios de la inspección sanitaria.

- A nivel general, obtendríamos una mayor información, mejor elaborada, más rigurosa...., que permitiría realizar estudios y análisis con diferentes finalidades.
- Reduciría o eliminaría la mala utilización del instituto, en la medida en que desaparecería el espacio de confianza del médico de atención primaria.
- Reduciría o eliminaría la mala utilización del instituto por parte de los empresarios, en la medida en que el órgano colegiado tendría competencias para informar a la Inspección de Trabajo de las actuaciones fraudulentas.
- Permitiría objetivar los problemas sanitarios (listas de espera, pruebas de diagnóstico y tratamiento,...) y coordinar las actuaciones entre las distintas entidades.
- Mejoraría el funcionamiento de las unidades de atención primaria al liberarlas de funciones de calificación y control.
- Mantendría la necesaria unidad de actuación al estar presentes todas las partes interesadas.
- La presencia de las Mutuas eliminaría la necesidad de establecer mecanismo de revisión sobre la expedición de las altas médicas, en los términos fijados en el Proyecto de Ley de Medidas en materia de Seguridad Social.
- Sería innecesario crear un mecanismo de solución de controversias médicas.
- Sus decisiones tendrían presunción de certeza, en la medida en que son efectuadas por un órgano colegiado con representación de todas las entidades.

Los planteamientos realizados tan sólo constituyen elementos de reflexión, que deberán ser completados o armonizados con las medidas a las que se hizo referencia, en el entendimiento de que no es suficiente, ni conveniente, actuar simplemente en la obsesiva esfera del control. No obstante, éste, además, debe estar basado en la racionalidad, el rigor y la objetividad, donde el derecho y las garantías referidas a la salud del trabajador, constituyan el principio informador de las posibles reformas.



## **RESUMEN EJECUTIVO**

Durante todo el período que ha durado la investigación, se han ido realizando toda una serie de actividades, de acuerdo con la solicitud presentada.

Sin embargo, el evento principal de este proyecto de investigación ha consistido en el Seminario realizado en Patones de Arriba los días 17 y 18 de mayo, del que se aporta la memoria.

Las conclusiones del proyecto se aportan junto al propio estudio.

### **MEMORIA DEL SEMINARIO SOBRE EL CONTROL DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL**

#### **LUGAR DE CELEBRACIÓN: PATONES DE ARRIBA**

**FECHAS: 17 Y 18 DE MAYO DE 1007**

**PROYECTO: FIPROS 2005. V083**

#### **OBJETIVO.**

Realizar un análisis de las principales reformas en materia de control de la incapacidad temporal, así como valorar y discutir propuestas de reforma que se incluirán en el proyecto.

#### **PARTICIPANTES.**

Tanto los ponentes como los participantes en las mesas redondas son profesores de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y Letrados de la Seguridad Social, especialmente dedicados a la problemática en estudio.

#### **ASISTENTES.**

En la medida en que las Jornadas son de Profesores, la generalidad de los asistentes están vinculados a la universidad, a la Seguridad Social o a la Magistratura. Igualmente han asistido personal de los Ayuntamientos de la zona vinculados a la gestión de recursos humanos.

Entre participantes y asistentes hemos asistido entre 30 y 40 personas.

#### **RESULTADOS.**

Las Jornadas han sido especialmente provechosas, tanto por el alto nivel de las ponencias y mesas redondas, como por los debates y conclusiones sobre las propuestas de reforma del control de la incapacidad temporal.

Madrid, 21 de mayo de 2007

FDO. PROF. DR. JOSÉ LUÍS TORTUERO PLAZA

## **ANEXO**

### **ALOJAMIENTO**

Hotel el “tiempo perdido”. Es el único hotel del pueblo y el único restaurante que abrió para la celebración de las jornadas.

#### **DIA 16**

Jordi García Viña. Profesor Titular de la Universidad de Barcelona Investigador  
José Luis Tortuero Plaza. Profesor Titular de la UCM. Investigador  
Antonio Sempere Navarro. Catedrático de la URJC. Investigador  
Olimpia del Águila Cazorla. Profesora Asociada de la UCM. Ponente

#### **DIA 17**

José Luis Tortuero Plaza. Profesor Titular de la UCM. Investigador  
Olimpia del Águila Cazorla. Profesora Asociada de la UCM. Ponente  
JA. Maldonado Molina. Profesor de la Universidad de Granada. Ponente  
Joaquín García Murcia. Catedrático de la Universidad de Oviedo. Ponente.  
Javier Fernández Orrico. Profesor de la Universidad de Elche. Ponente  
Jaime Cabeza Periro. Catedrático de la Universidad de Vigo. Ponente.  
Carmen Ortiz Lallana. Catedrática de la Universidad de la Rioja. Ponente

### **CENAS EN EL HOTEL**

#### **DIA 16**

Jordi García Viña. Profesor Titular de la Universidad de Barcelona Investigador  
José Luis Tortuero Plaza. Profesor Titular de la UCM. Investigador  
Antonio Sempere Navarro. Catedrático de la URJC. Investigador  
Rodrigo Martín Jiménez. Profesor Titular de la URJC. Investigador  
Jesús Mercader. Catedrático de la UCIII de Madrid  
Olimpia del Águila Cazorla. Profesora Asociada de la UCM. Ponente  
José Manuel Herrero Sanz. Alcalde de Patones  
Francisca Moreno Romero. Responsable de Torre-Arte

#### **DIA 17**

José Luis Tortuero Plaza. Profesor Titular de la UCM. Investigador  
Antonio Sempere Navarro. Catedrático de la URJC. Investigador  
Rodrigo Martín Jiménez. Profesor Titular de la URJC. Investigador  
Jesús Mercader. Catedrático de la UCIII de Madrid. Ponente  
Olimpia del Águila Cazorla. Profesora Asociada de la UCM. Ponente  
JA. Maldonado Molina. Profesor de la Universidad de Granada. Ponente  
Joaquín García Murcia. Catedrático de la Universidad de Oviedo. Ponente.  
Javier Fernández Orrico. Profesor de la Universidad de Elche. Ponente

Jaime Cabeza Periro. Catedrático de la Universidad de Vigo. Ponente.  
Carmen Ortiz Lallana. Catedrática de la Universidad de la Rioja. Ponente  
J. Hierro Hierro. Profesor de la URJC. Ponente.  
L. Meléndez Morillo-Velarde. Profesora de la URJC. Ponente.  
J. Romeral Hernández. Profesora de la URJC. Ponente.  
M. Cuenca Alarcón. Profesor de la UCM. Ponente  
Andrés Trillo García. Jefe del Servicio Jurídico del INSS. Ponente  
Y. Cano Galán. Profesora Titular de la URJC. Ponente

## **CATERING**

DIA 17

Café mañana y tarde, así como comida para 40 personas

DIA 18

Café y comida para 30 personas.

## **INCIDENCIAS**

Como se especifica en el correspondiente documento de otros gastos, el Vuelo de Iberia del Prof. García Murcia fue anulado por causas atmosféricas del aeropuerto de destino (Oviedo), lo que provoco gastos adicionales de desplazamiento (alquiler de coche, gasolina, autopistas...). El billete de Iberia fue anulado y comunicado el incidente a la Agencia del El Corte Ingles.

Madrid, 21 de mayo de 2007

Fdo. PROF. DR. JOSÉ LUÍS TORTUERO PLAZA