

# CONCLUSIONES DE LAS MESAS DE TRABAJO DEL XVI CONGRESO DERECHO Y SALUD

## MESA DE TRABAJO: RECURSOS HUMANOS

### CONTROL DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL

*Relatores:*

*Ana Tobar Quintanar  
Roberto Pérez López*

#### *I. Exposición y debate.*

#### **1. ¿Es preciso establecer un sistema de control de los procesos de incapacidad temporal?**

La prestación de incapacidad temporal es paradigma de la complejidad en la gestión de una prestación de nuestro Sistema de Seguridad Social y de la preocupación del legislador por controlar el excesivo gasto que año tras año se acumula sobre el sistema público de Seguridad Social, así como sobre las empresas (mejora directa de la prestación), situación en la que incide la sospecha de utilización fraudulenta en muchos casos<sup>1</sup>. Muestra de ello es la continua modificación que los preceptos reguladores<sup>2</sup> de la

---

<sup>1</sup> Javier León Iglesias "Presente y futuro de la acción protectora de la SS. a propósito de las últimas reformas y el borrador de Anteproyecto de Ley sobre Incapacidad Temporal, Incapacidad Permanente y Enfermedades Profesionales".

José Mario Paredes Rodríguez "la gestión y el control de la Incapacidad Temporal".

<sup>2</sup> El Real Decreto 575/1997, de 18 de abril, señala, en la exposición de motivos, que una de sus finalidades era evitar riesgos de abusos y fraudes en la IT.

misma han sufrido, y los repetidos fracasos en su instrumentación.

A lo largo del tiempo se han arbitrado una serie de medidas que han incidido sobre la cuantía de la prestación y su duración<sup>3</sup>, de ellas, destacan como más significativas:

1. El Real Decreto 53/1980, de 11 de enero, por el que se regula la cuantía de la prestación económica por incapacidad laboral transitoria derivada de enfermedad común o accidente no laboral que será, durante el periodo comprendido entre el cuarto día a partir del de la baja en el trabajo y hasta el veintavo día inclusive, de un importe equivalente al sesenta por ciento de la base reguladora, y a partir del vigésimo primero, del setenta y cinco por ciento.

2. La Ley 28/1992, de 24 de noviembre, que modifica el artículo 129.1 de la Ley General de la Seguridad Social<sup>4</sup>, en el sentido de responsabilizar al empresario del abono de la prestación entre los días cuarto y decimoquinto de la baja.

3. La Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social (ley de acompañamiento), que suprimió la situación

---

<sup>3</sup> Francisco J. Torillo González "El control de la Incapacidad Temporal y la impugnación del alta médica". Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

<sup>4</sup> Texto refundido de 1974, que se corresponde con el actual artículo 131.1 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio.

de Invalidez Provisional<sup>5</sup>, como prórroga de la incapacidad laboral transitoria (ILT) una vez agotada esta, con una duración máxima de seis años desde la baja inicial, a la vez que cambia la denominación de ésta por la de incapacidad temporal (IT).

4. La Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, que modificó el artículo 222 de la Ley General de la Seguridad Social y redujo la cuantía de la prestación económica de la Incapacidad Temporal, en las situaciones de IT/Desempleo y Desempleo/IT<sup>6</sup>.

5. La Ley 30/2005, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado, que incide sobre la duración de la situación de IT y, por tanto del subsidio, al reducirlo con carácter general a doce meses sin perjuicio de la propuesta que, en su caso, corresponda, y limitando el supuesto de prórroga por otros seis meses adicionales a aquellos casos en que se

---

<sup>5</sup> Vid. María Antonia Pérez Alonso "La nueva regulación de la prestación de Incapacidad Temporal. ¿Protección o desprotección para los trabajadores?"

<sup>6</sup> Artículo 222 LGSS. Desempleo. Maternidad e incapacidad temporal.

1. 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 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...

3. 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 80 por 100 del indicador público de rentas de efectos múltiples mensual, excluida la parte proporcional de las pagas extras. (párr. 2º modificado por disp. final 1.3 de Real Decreto-ley núm. 3/2004, de 25 junio)...

presuma que durante ellos pueda el trabajador ser dado de alta médica por curación<sup>7</sup>.

Según determina esta Ley, una vez agotado el plazo de duración de doce meses, es el INSS el único organismo competente: para reconocer la situación de prórroga, para determinar la iniciación de un expediente de incapacidad permanente, o bien, lo que es novedoso, para emitir el alta médica a los exclusivos efectos de la prestación económica por incapacidad temporal.

Igualmente otorga competencia exclusiva al INSS para determinar si una nueva baja médica, producida en los seis meses siguientes tiene o no efectos económicos, en el caso de que derive de la misma o similar patología<sup>8</sup>, medida adoptada con la evidente intención de evitar la concatenación de procesos con el mismo o similar diagnóstico, si bien en este caso el término utilizado "similar patología" pueda inducir a confusión al quedar en el ámbito de la indeterminación la precisión de cuando se trata de una patología similar, lo que ha de provocar, y de hecho ha provocado, numerosas actuaciones judiciales.

Otras medidas inciden en la gestión, destacando:

1. La Ley 22/1993, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, que autoriza a las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales a colaborar en la gestión de la prestación económica de IT en el caso de contingencias comunes.

No deja de ser remarcable el que la mayor parte de las reformas se hayan llevado a efecto mediante

---

<sup>7</sup> Francisco Javier Fernández Orrico, "Un nuevo intento de control del subsidio de incapacidad temporal por Ley 30/2005 (de presupuestos para 2006)".

<sup>8</sup> Vid. S.TSJ de Cataluña de 25 de julio de 2005, contiene un interesante razonamiento sobre la prolongación de procesos de IT: "... lo que tales normas no amparan es la prolongación de un proceso de IT al que haya puesto fin la intervención de los servicios de la Inspección Médica a través del alta, acudiendo al facultativo del Servicio Público de Salud para que vuelva a extender nuevo parte de baja casi sin solución de continuidad, anulando de este modo la decisión adoptada por la Inspección Médica y burlando así su propósito de atajar la permanencia en IT de quien ya no cumple los requisitos para ello".

las leyes de presupuestos<sup>9</sup> o las cuestionadas leyes de medidas fiscales..., recientemente eliminadas de nuestro Ordenamiento Jurídico (las comúnmente llamadas leyes de acompañamiento).

## 2. ¿Por qué se ha estructurado un sistema complejo de control de la incapacidad temporal?

La complejidad de la gestión deviene de la variedad de organismos y Administraciones con competencia concurrente y/o excluyente<sup>10</sup> sobre un único hecho, la enfermedad; sobre el que coinciden diversas circunstancias, relativas a la asistencia sanitaria, a la situación de baja/alta laboral con o sin necesidad de asistencia sanitaria/recuperadora, control de esta situación y abono de la correspondiente prestación económica, complejidad que, a su vez, y en cierta medida, deriva del modelo de Estado adoptado por la Constitución, en el que éste se reserva la competencia exclusiva sobre las bases y coordinación general de la sanidad, mientras que el desarrollo legislativo y ejecución es competencia de las CCAA<sup>11</sup>.

Así, en un aspecto exclusivamente sanitario, en función de la contingencia de la que derive, le corresponde prestar la asistencia al Servicio Autonómico de Salud – si de enfermedad común o accidente no laboral se trata– o a los servicios médico-sanitarios de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales –si de accidente de trabajo o enfermedad profesional cubierta por estas se trata–; en el ámbito relativo a la emisión de los partes de baja y alta laboral –la competencia para expedirlos– corresponde al Servicio Autonómico de Sa-

lud si de contingencias comunes se trata y a la respectiva Mutua si se trata de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales cubiertas por estas; mientras que en el relativo al abono de la prestación económica –salvo en el caso de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, en los que corresponde el pago a las Mutuas, que ejercitan estas tres competencias– se produce una importante disfunción, pues el pago le corresponde a una Entidad, el Instituto Nacional de la Seguridad Social, Instituto Social de la Marina o, en su caso, la Mutua de Accidentes, quienes, en principio, no tienen el control directo (aunque sí indirecto mediante reconocimiento médico y propuesta a la Inspección de Servicios Sanitarios del Servicio de Salud) del proceso asistencial, ni de las bajas y altas médicas, siendo que la función de control le corresponde a un organismo diferente y ajeno al pago, el Servicio de Salud correspondiente.

La dispersión de competencias en la materia produce una importante distorsión pues quien controla el proceso, no tiene la responsabilidad del pago y quien paga no controla el proceso.

Al no ser coincidentes los intereses de los organismos afectados, se ha tratado de implicar a los distintos Servicios de Salud, lo que ha motivado que a partir de determinado momento la Administración del Estado hubiera optado por primar la labor de control de los procesos de Incapacidad Temporal por parte de las Comunidades Autónomas<sup>12</sup>, asignando unos fondos adicionales que repercuten a favor de los Servicios de Salud en función del grado de implicación y cumplimiento de los objetivos de control.

El panorama actual pone de manifiesto que, pueden ser competentes a efectos de expedir el parte de alta médica, según los casos:

1. El médico de Familia (médico de atención primaria), dependiente del Servicio de Salud.
2. La Inspección de Servicios Sanitarios del Servicio de Salud, bien de oficio, o bien informando favorable o desfavorable-

<sup>9</sup> La Sentencia Tribunal Constitucional núm. 32/2000 (Pleno), de 3 febrero de 2000, resolviendo la Cuestión de Inconstitucionalidad núms. 1989/1994 y 2955/1998 (acumuladas), ha señalado que existe una limitación material del contenido, ya que si pueden regular materias distintas de las que integran el núcleo esencial, no puede tener cabida la regulación de cualquier materia, sino que debe guardar relación directa con los ingresos y gastos y la inclusión estar justificada por ser un complemento de los criterios de política económica, y que esta materia distinta debe ser un complemento necesario para la mayor inteligencia y para la mejor ejecución del presupuesto y de la política económica del Gobierno. Exigencia derivada del principio de Seguridad Jurídica. La doctrina sobre los límites constitucionales de las Leyes de Presupuestos, se encuentra sintetizada en las SSTC 174/1998, de 23 de julio, y 203/1998, de 15 de octubre.

<sup>10</sup> Desdentado Bonete, ¿Qué hacer con la Incapacidad Temporal?, revista jurídica LA LEY

<sup>11</sup> C.E. artículo 149.1.16ª y artículo 148.1.21ª.

<sup>12</sup> Acuerdos sobre financiación sanitaria de 1998 y 2001.

mente las propuestas de alta efectuadas por las Mutuas de AT o las Intenciones de Alta emitidas por el INSS.

3. Los servicios médicos de la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales que tengan asignada la cobertura de contingencias profesionales.
4. El INSS a través de los órganos competentes para evaluar, calificar y revisar la incapacidad permanente, quien es el único competente emitir el alta médica a los exclusivos efectos de la prestación económica por incapacidad temporal, una vez alcanzados los 12 meses de duración de la Incapacidad Temporal.

La dispersión de competencias ha dado lugar a situaciones verdaderamente paradójicas, como la no inhabitual alta médica en proceso por accidente de trabajo, expedida por el facultativo de la Mutua, que da lugar a nueva baja, sin solución de continuidad o con escasos días de margen, por idéntica o similar patología, pero, esta vez, derivada de contingencias comunes, expedida por el facultativo del Servicio de Salud y la paralela solicitud al INSS de tramitación de expediente de determinación de contingencia por la segunda baja laboral a fin de que sea calificada por contingencia profesional lo que, a la vista del diagnóstico coincidente de la segunda baja y de la justificación de su emisión, sucede con frecuencia; a la vez que se impugna, por indebida, el alta emitida por la Mutua (tres organismos tres competencias concurrentes y/o soluciones divergentes, y tres posibles procesos judiciales).

Si a ello añadimos que el Tribunal Supremo, en sentencia de 20 de febrero de 2002, interpretó el artículo 128, en relación con el 130, de la LGSS<sup>13</sup> en el sentido de entender que en caso de recaída de una misma enfermedad se podía iniciar un nuevo proceso de IT sin necesidad de cumplir nuevo período de

cotización, se comprende la preocupación del legislador por controlar los procesos<sup>14</sup>.

### 3. ¿Qué se entiende por incapacidad temporal?

Según el artículo 128 de la Ley General de la Seguridad Social (RD Legislativo 1/1994, de 20 de junio) tienen la consideración de situaciones determinantes de incapacidad temporal las debidas a enfermedad común o profesional y a accidente, sea o no de trabajo, mientras el trabajador reciba asistencia sanitaria de la Seguridad Social y esté impedido para el trabajo, con una duración máxima de doce meses, prorrogables por otros seis cuando se presuma que durante ellos puede el trabajador ser dado de alta médica por curación.

Del concepto legal se deducen los tres requisitos que deben coincidir para su calificación: a) Necesidad de recibir asistencia sanitaria; b) Estar impedido para el trabajo, y c) Que esta situación no tenga un carácter definitivo, sin que su duración pueda exceder de doce meses prorrogables por otros seis.

Si no coinciden estos tres requisitos, a los que es preciso añadir los propios de la prestación –estar afiliados y en alta en el Régimen de la Seguridad Social correspondiente o en situación asimilada al alta y, en caso de enfermedad común, que se haya cumplido un período de cotización previo de ciento ochenta días dentro de los cinco años inmediatamente anteriores al hecho causante (en caso de accidente, sea o no de trabajo, y de enfermedad profesional no se exige ningún período previo de cotización) – no nace o se extingue el derecho a la prestación económica.

El necesario control de estas situaciones, ante el elevado porcentaje de absentismo laboral por bajas médicas productoras de situaciones de incapacidad

<sup>13</sup> LGSS: Ley General de la Seguridad Social.

<sup>14</sup> Al hilo de esta sentencia, citamos la reciente del TS de 13 de febrero de 2007, la cual señala que dado que la Sala ha reconocido como legalmente posible que, agotado el período de 18 meses de IT, se cause derecho a una nueva prestación sin necesidad de que se haya reanudado la actividad y cotizado nuevamente durante seis meses, aunque se trate de una recaída del anterior proceso; si el trabajador podía legalmente iniciar un nuevo proceso de IT, la empresa debe proceder a cursar el alta en Seguridad Social, pues técnicamente se trata de la conclusión de una primera causa de suspensión del contrato y el inicio de una nueva al día siguiente, aun cuando no hubiera reincorporación al trabajo.

temporal<sup>15</sup>, la extensión de esta prestación a los trabajadores autónomos de los distintos regímenes de la Seguridad Social y el incremento progresivo del coste, ha determinado que el legislador haya tratado de atajar el problema mediante unas recientes y específicas medidas de carácter legal.

#### **4. La disposición adicional 48.1 de Ley 30/2005, de 29 diciembre y el Acuerdo sobre Medidas en Materia de Seguridad Social.**

En esta línea, la última reforma (*más bien ya podríamos hablar de la penúltima*), ha venido propiciada por la disposición adicional 48.1 de Ley 30/2005, de 29 diciembre que ha configurado el párrafo segundo del apartado a) del artículo 128 de la siguiente manera:

*“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”.*

Con ella se ha tratado de canalizar en el INSS<sup>16</sup>, a través de los Equipos de Valoración de Incapacida-

des (EVI)<sup>17</sup>, la competencia exclusiva para decidir sobre la prórroga o no por seis meses más de la situación de incapacidad temporal, una vez agotados los doce meses del período inicial y, en función de ello, poder decidir la incoación de un expediente en materia de incapacidad permanente o, en su caso, emitir un alta médica a los exclusivos efectos de la prestación económica por incapacidad temporal, e incluso si una nueva baja médica tiene o no efectos económicos en el caso de que esta se expida por los facultativos del Servicio de Salud o su Inspección de Servicios Sanitarios dentro de los seis meses siguientes al anterior alta médica, y se trate de la misma o similar patología. Con ello se pretende mantener centralizado en el INSS el control de todos los procesos de incapacidad temporal, sea cual fuera la causa productora de los mismos.

Coherentemente con ello, el artículo 131 bis fue modificado en los siguientes términos:

*“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”.*

La confusa redacción de estos artículos ha dado lugar a un difícil equilibrio interpretativo, pues, de hecho, puede dar y ha dado lugar a que un trabajador sea dado de alta a efectos de la prestación económica por el Equipo de Evaluación de Incapacidades de la Dirección Provincial del INSS, mientras continúa

<sup>15</sup> La IT supone un 80% del total del absentismo laboral, según se extrae de las conclusiones de la jornada técnica “Gestión de la Incapacidad Temporal: un problema o una oportunidad de mejora empresarial” organizada el 29.9.2006 por la Fundación Prevent, Aedipe Catalunya y la Societat Catalana de Seguretat i Medicina del Treball. En la misma se afirmó que el fraude existe, en una aproximación del 2 o 3% y, en bajas de larga duración, puede suponer un 10% de la prestación.

El absentismo laboral hizo perder como media a cada trabajador 22 h 30m de trabajo al mes, en el año 2004, según datos del INE, fenómeno que representa entre el 1,5 y el 4% del PIB total de la UE.

<sup>16</sup> José Mario Paredes Rodríguez y Rubén Doctor Sánchez-Migallón, “La Gestión y el control de la Incapacidad Temporal”.

<sup>17</sup> El Real Decreto 1300/1995, de 21 julio, crea los EVI como un equipo multidisciplinar, del que forman parte, el Subdirector provincial de Invalidez del Instituto Nacional de la Seguridad Social, un médico Inspector, propuesto por el Servicio de Salud, un Facultativo Médico, perteneciente al personal del Instituto Nacional de la Seguridad Social, un Inspector de Trabajo y Seguridad Social, y un funcionario del INSS.

recibiendo asistencia sanitaria, y el médico de familia del Servicio de Salud correspondiente le sigue expidiendo partes de confirmación en la baja; partes que, a su vez, justifican suficientemente al trabajador frente su empresario para dejar de acudir al trabajo. En esta situación surgen las siguientes preguntas: el alta a efectos económicos, ¿es causa de suspensión del contrato de trabajo?<sup>18</sup>, ¿tiene el empresario obligación de mantener el alta en Seguridad Social y abonar las correspondientes cuotas?, ¿tiene el empresario obligación de abonar las retribuciones al trabajador?, ¿puede el trabajador reincorporarse a su puesto?, ¿Cuál es el cometido en este caso del servicio de prevención de riesgos laborales?, ¿Cómo queda protegido el trabajador frente a la situación de necesidad?

Si bien, en un primer análisis, el contenido de este precepto pudiera resultar matizado por lo dispuesto en el artículo 1.4 del Real Decreto 575/1997, de 18-4-1997, sobre gestión y control de la prestación económica por incapacidad temporal, en su redacción dada por el R.D. 1117/1998, de 5 de junio, al precisar que, *“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”*, de forma que vincula el alta a efectos económicos con el restablecimiento de la plena capacidad laboral. La realidad es bien distinta, toda vez que, este precepto, ha quedado derogado tácitamente por la disposición adicional 48.1 de Ley 30/2005, de 29 diciembre<sup>19</sup>.

<sup>18</sup> Según dispone el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprobó el Estatuto de los Trabajadores, artículo 45.1, el contrato de trabajo podrá suspenderse por Incapacidad temporal de los trabajadores.

<sup>19</sup> El artículo 39 de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, incorporó un segundo párrafo al apartado 1 del artículo 131 bis del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, mediante el que se establece que, los médicos adscritos al Instituto Nacional de la Seguridad Social podrán expedir el alta médica en los procesos de incapacidad temporal, a

En casos concretos, algún pronunciamiento judicial ha tratado de explicar la confusa situación generada, destacando el intento dado por, la sentencia del TSJ de Castilla y León de 20 de diciembre de 2006<sup>20</sup> que razona: *“...el art. 128.1.a) LGSS, en la redacción dada por Ley 30/05, de 29 de diciembre, y su aplicación al caso presente en principio no conculca lo dispuesto en el art 43 C.E, puesto que la resolución del INSS en cuestión origina únicamente alta del trabajador a los exclusivos efectos de la prestación económica de incapacidad temporal, más no impide la prestación de la asistencia sanitaria ni por ende la protección de la salud del trabajador. Otra cosa es que la novedosa alta médica a los exclusivos efectos económicos que prevé el citado artículo cuando se han agotado los 12 meses de incapacidad temporal, como sucede en el presente caso, no pueda ser interpretada y aplicada al margen de la situación de necesidad a que responde tal contingencia, en tanto que el art 41 de la Carta magna obliga a los poderes públicos a mantener un régimen público de seguridad social para todos los ciudadanos que "garanticen la asistencia y prestaciones sociales suficientes en situaciones de necesidad" y la que deriva de la situación de incapacidad temporal consiste en que, como consecuencia de una enfermedad común o profesional o de un accidente laboral o no, un trabajador incluido en el ámbito de protección del sistema precisa de asistencia sanitaria para su curación más también de la asistencia económica porque la enfermedad o accidente le impide trabajar y por tanto percibir los salarios o ingresos de los que vive, es decir ante la situación de necesidad que*

---

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

*Estos términos vienen fijados por el RD 1117/1998, que modifica el apartado 4, del artículo 1 del Real Decreto 575/1997, de 18 de abril, de tal manera que los partes de alta médica puedan también ser extendidos, además de por el facultativo del Servicio de Salud, por facultativo adscrito al Instituto Nacional de la Seguridad Social, tras el reconocimiento del trabajador, debiendo comunicar a la Inspección Médica del Servicio de Salud, la 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.*

*El alta médica expedida por facultativo adscrito al Instituto Nacional de la Seguridad Social, determina la extinción de la prestación económica por incapacidad temporal y el derecho del trabajador de incorporarse a la empresa.*

<sup>20</sup> STSJ Castilla y León de 20.12.2006 (JUR 2007\82932).

supone la incapacidad temporal la respuesta del sistema de seguridad social debe ser sanitaria y económica, con lo que el alta "a los exclusivos efectos económicos" sólo puede referirse a aquellos casos en que, agotada la duración máxima de la incapacidad temporal, el trabajador, aunque no esté totalmente curado de sus dolencias, pueda sin embargo reincorporarse a su trabajo por ser compatible con la asistencia médica que deba seguir dispensándosele, no siendo por demás la única opción que el legislador deja al ente gestor, sino que le permite también reconocer la situación de prórroga expresa con un límite de 6 meses más o bien determinar la iniciación de un expediente de incapacidad permanente.

Dicho lo anterior, ocurre que en el presente caso la baja laboral por el actor en 12-4-05 lo fue por un problema psiquiátrico "trastorno adaptativo con predominio de síntomas de ansiedad", y, al margen la alegación de otras dolencias distintas de reciente aparición y sin suficiente contraste, la denegación o no reconocimiento de prórroga, agotados los 12 meses, viene justificada, como razona la Juzgadora a quo, por no haber previsión alguna de curación o mejoría sustancial alguna del indicado trastorno, finalidad a que se destina tal prórroga, habida cuenta de que es el propio trabajador quien vincula su mejoría a no prestar servicios en la cadena de trabajo de su empresa o a tener un empleo adecuado a su cualificación profesional, dependiendo pues en principio de un tercero ajeno a este pleito, que es su empresario, y entrañando cuestión ajena al ámbito de seguridad social en que debe ser resuelta la pretensión que aquí actúa. Y la otra posibilidad, iniciación de un expediente de incapacidad permanente con, en su caso, prórroga del subsidio hasta la calificación de la misma, no considerada procedente por la gestora, no la interesa el actor con su demanda, en que únicamente insta el mantenimiento de los efectos económicos de la situación de incapacidad temporal hasta el agotamiento de la prórroga de 6 meses con o sin propuesta de incapacidad, que por lo dicho no procede, o hasta que se produzca su alta definitiva por curación o mejoría, lo que no es factible agotada la duración máxima de la incapacidad temporal. Sin perjuicio pues, como señala la Juzgadora, de que el

trabajador pueda iniciar tal expediente a su instancia de considerar que las dolencias que presenta son definitivas y pueden constituir incapacidad permanente en alguno de sus grados...".

Sea como fuere, es indudable que la situación puede llevar, y de hecho ha llevado, a una disparidad de diagnósticos (o más bien de consecuencias diagnósticas) entre la Entidad Gestora de la prestación (INSS) y la prestadora de la asistencia sanitaria, el Servicio de Salud<sup>21</sup>.

Si, como se ha apuntado doctrinalmente, no cabe separar en la Incapacidad Temporal entre asistencia sanitaria e imposibilidad de reincorporarse al trabajo de un lado y prestación económica consustancial a ellas de otro que, no olvidemos, tiende a sustituir a las rentas dejadas de percibir y, por tanto, supone un subsidio económico instrumentado para paliar situaciones de necesidad (art. 41 C.E.), se hace impensable una situación de Incapacidad Temporal sin la correspondiente prestación; quizás por ello se haya planteado la necesidad, una vez más, de modificar la última reforma<sup>22</sup> tras un corto período de vigencia.

Consecuencia del "Acuerdo sobre Medidas en Materia de Seguridad Social", de 13 de julio de 2006, se encuentra en tramitación un Proyecto de Ley, actualmente en discusión en el Senado<sup>23</sup>, en el que la competencia del INSS se extiende a la emisión de los partes de alta médica por transcurso de doce meses, y a las nuevas bajas que se produzcan por la misma o similar patología en los seis meses siguientes, competencia que se configura a todos los efectos, sin estar ya supeditada la decisión de sus facultativos a la confirmación por la Inspección de Servicios Sanitarios del Servicio de Salud corres-

<sup>21</sup> Se ha tratado de establecer una coordinación entre los Servicios de Salud y el INSS, de forma que emitido por el INSS el parte de alta a "efectos económicos", coincidente con el parte de confirmación 52, agotamiento de 12 meses de IT, el médico de familia del Servicio de Salud no emita nuevos partes de confirmación si no es reconocida la prórroga en la baja por un período de hasta seis meses por el EVI.

<sup>22</sup> Manuel Alonso Olea y J.L. Tortuero Plaza, en "Instituciones de Seguridad Social", razonan que "el control de los procesos incapacitantes se ha convertido últimamente en tema obsesivo, que si justificado —por el desproporcionado gasto en IT— adolece como todo lo obsesivo de racionalidad".

<sup>23</sup> Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, nº 126-17 de 20 de septiembre de 2007, aprobación por el Pleno.

pondiente, ni limitarse a los “*efectos económicos*”, aún cuando pueda tener intervención en el procedimiento, pero con un dictamen que ya no es vinculante para que el alta emitida por el INSS despliegue todos sus efectos.

Establece el proyecto un procedimiento mediante el cual el interesado pueda expresar su disconformidad ante la inspección médica con respecto a la alta médica formulada por la Entidad Gestora, determinando los plazos en que se han de pronunciar las partes implicadas y los criterios a seguir en caso de discrepancia. Por otra parte, prevé que en los casos de agotamiento del período máximo de duración de la incapacidad temporal, la calificación de la incapacidad permanente pueda retrasarse por el período preciso, hasta un máximo de veinticuatro meses, prorrogándose hasta entonces los efectos de la incapacidad temporal.

Construye el proyecto un novedoso sistema de reclamación, sujeto a desarrollo reglamentario para su implementación, que obliga a intervenir tanto al INSS como a la Inspección de Servicios Sanitarios del Servicio de Salud, a la vez que establece un sistema diferente y al margen de lo previsto en la Ley de Procedimiento Laboral, con unos brevísimos plazos de recurso y respuesta, que obligan al usuario a formular reclamación en el corto plazo de cuatro días naturales, frente a la resolución del INSS<sup>24</sup>.

<sup>24</sup> “1. Tendrán la consideración de situaciones determinantes de incapacidad temporal:

a) Las debidas a enfermedad común o profesional y a accidente, sea o no de trabajo, mientras el trabajador reciba asistencia sanitaria de la Seguridad Social y esté impedido para el trabajo, con una duración máxima de doce meses, prorrogables por otros seis cuando se presuma que durante ellos puede el trabajador ser dado de alta médica por curación.

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 aquella 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 cuatro

La brevedad de los plazos nos hace dudar de su operatividad, en el caso de que el asegurado opte por utilizar el habitual sistema de reclamación previa y demanda laboral, en los plazos previstos en la Ley de Procedimiento Laboral<sup>25</sup>, pues frente a la posible alegación por el letrado de la Seguridad Social de falta de agotamiento de la vía administrativa o de tratarse de acto administrativo firme por consentido<sup>26</sup>, la probable solución judicial será la de su desestimación, al tener por agotada la vía administrativa en los términos previstos en la Ley de Procedimiento Laboral, pues en otro caso, el brevísimo plazo de reclamación (cuatro días naturales) podría dar

---

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 siete días naturales, la reconsideración de la decisión de aquella, 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 los diez días naturales siguientes a la fecha de la resolución (once según el texto aprobado por el Senado el 7.11.2007), adquirirá plenos efectos la mencionada alta médica. Durante el período de tiempo transcurrido entre la fecha del alta médica y aquella en la que la misma adquiriera 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 aquella, sólo se prorrogará la situación de incapacidad temporal hasta la fecha de la última resolución.

En el desarrollo reglamentario de este artículo, se regulará la forma de efectuar las comunicaciones previstas en el mismo, así como la obligación de poner en conocimiento de las empresas las decisiones que se adopten y que les afecten...”.

<sup>25</sup> El Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 abril, aprobó el vigente Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, en su artículo 71, apartados 1 y 2, regula la Reclamación Previa a la vía jurisdiccional:

“1. Será requisito necesario para formular demanda en materia de Seguridad Social que los interesados interpongan reclamación previa ante la Entidad gestora o Tesorería General de la Seguridad Social correspondiente.

2. La reclamación previa deberá interponerse, ante el órgano que dictó la resolución, en el plazo de treinta días desde la notificación de la misma, si es expresa, o desde la fecha en que, conforme a la normativa reguladora del procedimiento de que se trate, deba entenderse producido el silencio administrativo”.

<sup>26</sup> Según determina el Artículo 108, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las AAPP y del PAC, contra los actos firmes en vía administrativa, sólo procederá el recurso extraordinario de revisión cuando concurra alguna de las circunstancias previstas en el artículo 118.1.

lugar a indefensión con grave quebranto del principio de seguridad jurídica<sup>27</sup>.

El tiempo nos dirá si esta nueva medida es o no eficaz.

**5. ¿Pueden las Mutuas, en ejercicio de la competencia de gestión a ellas atribuida en casos de enfermedad común o accidente no laboral, poner punto final al subsidio de incapacidad temporal?**

Según el artículo 131 bis.1 de la LGSS las causas de extinción de la Incapacidad Temporal son:

1. El transcurso del plazo máximo establecido para la situación de incapacidad temporal.
2. Ser dado de alta médica el trabajador, con o sin declaración de incapacidad permanente.
3. Haber sido reconocido al beneficiario el derecho al percibo de la pensión de jubilación.
4. 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.
5. El fallecimiento.

Además, el derecho a la percepción del subsidio podrá ser denegado, anulado o suspendido (art. 132):

1. Cuando el beneficiario haya actuado fraudulentamente para obtener o conservar dicha prestación.
2. Cuando el beneficiario trabaje por cuenta propia o ajena.
3. Podrá ser suspendido el derecho al subsidio cuando, sin causa razonable, el beneficiario rechace o abandone el tratamiento que le fuere indicado.

Señala Desdentado Bonete el controvertido caso de que haya realizado el beneficiario trabajos durante la situación de Incapacidad Temporal. Situación que,

<sup>27</sup> Art. 9.3 de la Constitución, “la Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”.

frente a sentencias como la dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 19 de diciembre de 2005<sup>28</sup>, que declaró nula la suspensión de la IT acordada por la Mutua<sup>29</sup>, ha dado lugar a una nueva doctrina jurisprudencial, a partir de la STS de 5 de octubre de 2006<sup>30</sup>, dictada en unificación de doctrina, que ha sentado los límites de la competencia de las MAT<sup>31</sup>, límites que vienen marcados, por un lado, por el análisis y enjuiciamiento del estado clínico del paciente (que corresponde al Servicio de Salud) y, por otro, por la aplicación de las sanciones previstas en la LISOS<sup>32</sup> (que corresponde al INSS), con la distinción entre lo que es actividad de gestión que corresponde a las Mutuas y lo que es actividad punitiva, que no les corresponde:

“...la capacidad de «gestión» de la Mutua... alcanza, en primer lugar, a todos los supuestos contemplados en el art. 131 bis LGSS. Esto es, los que corresponden a la dinámica «ordinaria» de la prestación, que es la determinada por objetivos hechos jurídicos [transcurso del tiempo; fallecimiento] y por lícitos actos jurídicos del beneficiario [acceso a la pensión de jubilación]; supuestos a los que añadir -porque así lo dispuso el legislador, en norma cuya vigencia frente a la LISOS es incuestionable, por razones de temporalidad y rango- la incomparecencia injustificada a reconocimiento médico, que legalmente se configura como automática causa extintiva...”

... la gestión de la Mutua habrá de abarcar también:

<sup>28</sup> Vid. Consuelo Ferreiro Regueiro “Sobre la potestad sancionadora de las mutuas en la gestión del subsidio de incapacidad temporal”, *Aranzadi Social*.

<sup>29</sup> Según esta sentencia, no existe habilitación legal en el artículo 132 de la Ley General de la Seguridad Social para que, la entidad gestora del subsidio, acuerde su pérdida debido al trabajo del beneficiario por cuenta propia o ajena, medida que considera punitiva. La única habilitación en la norma, concedida a la entidad gestora del subsidio, es la de acordar la suspensión, pero únicamente como medida cautelar mientras se tramita la sanción.

<sup>30</sup> S.TS 5.10.2006 (rec. n° 2966/2005).

<sup>31</sup> MAT o MATEP: Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales.

<sup>32</sup> Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS).

a).- *Supuestos de fraude.*- La facultad de gestionar conlleva la posible denegación de la prestación, porque mal puede calificarse de actividad «sancionadora» rechazar la solicitud de la prestación si no concurren -por fraude- los requisitos necesarios para generar el derecho (arts. 128 y 130 LGSS); lo mismo que declarar la anulación del subsidio, por inexistencia -también disimulada con fraude- de los requisitos para conservar el derecho. Y ello es así, porque si la entidad colaboradora -obligada al pago de la prestación- tiene atribuida la gestión del subsidio, por lógica este cometido ha de comprender la comprobación de que el trabajador reúne [inicialmente y durante la vida de la prestación] los presupuestos a que se subordina el devengo del derecho, a excepción de la valoración jurídico-clínica que supone la baja médica [únicamente le correspondería formular propuesta de alta, ex art. 5 RD 595/97 ].

b).- *Desatención al tratamiento médico.*- Lo mismo ha de sostenerse respecto de la suspensión del derecho en los supuestos de repudio del tratamiento médico, pues tal evento [rechazo o abandono del tratamiento] no está incluido en el elenco de infracciones que regula la LISOS [arts. 24, 25 y 26 ] y por ello tampoco le alcanza la previsión del art. 48.4 de la propia Ley sobre la atribución de competencia sancionadoras a la EG, sino que ha de regirse por el Reglamento de las Mutuas [RD 1993/1995 ], cuyo art. 80 -tras la reforma llevada a cabo por el RD 576/1997 - les atribuye una «gestión» de la IT que «comprende [...] las funciones de denegación, suspensión, anulación o extinción del derecho» (nos remitimos a lo que hemos indicado en el fundamento jurídico tercero).

c).- *Actividad laboral.*- Mayor dificultad ofrecen las posibilidades de actuación de las Mutuas en orden a reaccionar frente a los supuestos en que el beneficiario «preste servicios por cuenta propia o ajena», y para los que la Ley dispone -con sobrada imprecisión- que el derecho al subsidio «podrá ser denegado, anulado o suspendido». Pese a todo, se nos impone la consideración de que si es claro que tal entidad colaboradora no puede imponer sanción alguna [nos remitimos nuevamente al art. 48.4 LISOS ], ciertamente no merecería tal reproche aquella medida que se limitase a ser reflejo de los presu-

puestos propios de la contingencia y no comportase esencia punitiva alguna; en otras palabras, si la contingencia de IT ampara la pérdida de ingresos por limitación psico-física que impide el ejercicio de la actividad laboral [art. 128 LGSS ], aunque el trabajo por cuenta propia o ajena no presupone ineluctablemente la curación del beneficiario, en todo caso evidencia la innecesariedad de la renta sustitutiva del salario o ingreso, con lo que solamente resultaría sancionadora aquella medida [anulación; suspensión] que excediese temporalmente de la actividad laboral acreditada; o lo que es igual, la paridad en la ecuación trabajo/suspensión podría servir de módulo diferenciador entre la mera gestión y la actividad punitiva, de forma que la coincidencia de extensión temporal entre el hecho y la decisión adoptada [tantos días de suspensión como de actividad laboral] determinaría la calificación de la medida como acto de gestión, en tanto que el exceso [en términos de suspensión por más tiempo; o anulación del derecho] comportaría vedada sanción para la Mutua, cuya posibilidad de actuación -fuera de aquellos parámetros de equivalencia temporal- se limitaría a las actuaciones previstas en los arts. 80 RD 1993/95 [«podrán instar la actuación de la Inspección de Servicios Sanitarios de la Seguridad Social en los términos que se reconoce a las empresas»]...

... de entre las facultades de extinción, denegación, anulación o suspensión del subsidio de IT que se contemplan en los arts. 131 bis y 132 LGSS, únicamente carece la MATEP de toda posibilidad de extinguir el subsidio o suspender su percepción por tiempo superior al del trabajo, en el concreto supuesto de actividad laboral por cuenta propia o ajena realizada por el beneficiario; medidas que únicamente puede adoptar la EG [art. 48.4 LISOS ], que ha de ejercerla en el oportuno procedimiento sancionador [arts. 51 y siguientes LISOS ). Como tampoco se extiende -la competencia de la Mutua- a decidir la causa extintiva cuya apreciación comporta valorar clínicamente la situación existente [alta médica], y que en la actualidad está atribuida a los facultativos del Servicio Público de Salud [art. 1.4 RD 575/97 ], al no haber tenido desarrollo reglamentario la previsión de atribuírselo -también- a

las Mutuas de Accidente [art. 44 del RD-Ley 6/2000]...”.

Hasta tal punto destaca la sentencia lo atadas de pies y manos en que se encuentran las Mutuas que llega a decir, “la Sala es consciente de la disfunción que significa una gestión limitada de la contingencia por parte de quien tiene atribuido su pago y el control, en términos que incluso pudieran perjudicar el éxito de aquella, pues con la vigente regulación [interpretada a la luz del principio de jerarquía normativa] incluso se ha sostenido que la MATEP bien pudiera considerarse una simple gestora formal de la contingencia”.

También es preciso deslindar la situación de quien trabaja en exclusiva para una sola empresa, y desde esta situación causa baja laboral, que se ve afectado por la incompatibilidad entre subsidio y trabajo señalado en el art. 132.2 LGSS, de quien desarrolla el trabajo en situación de pluriactividad o de pluriempleo<sup>33</sup>, situación en la que es preciso analizar la relación entre la causa que ha motivado la baja laboral y la actividad realizada en el segundo trabajo al objeto de determinar si la realización de esta segunda actividad puede incidir en el proceso de curación, pues de no ser así no se encontraría afectado por la incompatibilidad.

#### **6. A la vista de los precedentes cabe preguntarnos si, ¿es efectivo el sistema de control de la Incapacidad Temporal que se ha articulado?**

La Secretaría de Estado de la Seguridad Social, ha señalado que el gasto en Incapacidad Temporal derivada de Enfermedad Común o Profesional creció

<sup>33</sup> La sentencia Tribunal Superior de Justicia Cataluña, de 1 octubre de 2004, con cita de la del Tribunal Supremo, de 19 febrero 2002, interpreta el art. 132 de la LGSS en el sentido de entender que la incompatibilidad entre la percepción del subsidio de IT y el trabajo, en el supuesto de pluriactividad, iría contra los principios de nuestro ordenamiento jurídico, que impone el deber de afiliación y alta por la realización de distintas actividades, pues dice “no sería lógico esta obligatoriedad de alta y cotización, para luego no reconocer la compatibilidad entre las situaciones que pudieran derivar de la doble afiliación a diferentes regímenes de la Seguridad Social”, y añade que, “ante un supuesto de pluriactividad, derivada del ejercicio de dos actividades completamente diferentes –una de las cuales exige esfuerzo físico y otra es totalmente sedentaria–, es lógicamente posible y congruente, que unas dolencias incapaciten para el ejercicio del trabajo que se desarrolla en un régimen y las mismas dolencias permitan la realización de la actividad profesional, objeto del otro”.

en 2006 un 5%, es decir, tres veces menos de lo que lo hizo en 2004<sup>34</sup>.

El pago de prestaciones por incapacidad temporal en ese año fue de 3.503,08 millones de euros.

## **II. Conclusiones:**

Como reflexión sobre el debate suscitado en la introducción al control de la incapacidad temporal, se han planteado, entre otras, las siguientes cuestiones,

a) Se hace precisa una mejor coordinación y confianza en los agentes implicados (Administraciones Sanitarias y Mutuas).

En la situación actual existe una cierta desconfianza entre los mismos, lo que redundaría en una falta de coordinación a la hora de emprender acciones.

Si bien se observa una progresiva mejora en la coordinación entre la Inspección de Servicios Sanitarios de los Servicios de Salud y el INSS, no sucede así con respecto a los servicios médicos de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales.

Tal circunstancia resta operatividad al sistema.

b) Es igualmente posible una mayor capacidad de control por parte de las Mutuas de Accidentes de Trabajo sobre los procesos médicos derivados de contingencias comunes, enfermedad común y accidente no laboral, siempre que se vea acompañado de un refuerzo de las garantías y derechos de los trabajadores.

e) Es igualmente necesario abordar la correcta dotación y motivación del personal sanitario, en las unidades de atención primaria, con una adecuada cobertura de las bajas y ausencias justificadas.

f) Es pues necesario adecuar la Ley General de la Seguridad Social y sus disposiciones de desarrollo a esta realidad.

<sup>34</sup> [www.economista.es](http://www.economista.es)

## MESA DE TRABAJO: VIOLENCIA LABORAL

*Relator:*

*José M. Barreiro Díaz*

### **PRIMERA: NORMATIVA**

El Código Penal es la norma aplicable en el caso de que se produzcan agresiones o lesiones al personal de los Servicios de Salud, teniendo en cuenta la posible aplicación, además de los artículos que expresamente sean aplicables al caso concreto, del artículo 550 de este texto legal, que tipifica el delito de atentado.

Además son de aplicación las diferentes normativas autonómicas que establecen planes de prevención en la materia de violencia laboral y que regulan los protocolos de actuación a los efectos de la asistencia jurídica de los letrados de la Administración en defensa del personal de los Servicios de Salud.

### **SEGUNDA: DELITO DE ATENTADO.**

El artículo 550 regula la aplicación del delito de atentado cuando se produzcan los hechos contra autoridades, agentes y funcionarios públicos que estén ejecutando las funciones de sus cargos o con ocasión de ellas.

No plantea ninguna duda el hecho de que cuando se habla de funcionario en el artículo 550 debe incluirse el personal estatutario de los servicios de salud; con carácter general esta inclusión ya debería haberse tenido en cuenta con anterioridad a la Ley 55/2003, que aprueba el Estatuto Marco, pero tras la aprobación de la misma, se considera ya una cuestión cerrada. En espera de que así lo entienda el Tribunal Supremo.

Lo que se discute, es sí la aplicación del artículo 550 tipificando como delito de atentado todos los supuestos de agresiones al personal de los servicios de salud, ha de realizarse en todo caso, o hay que ponderar la solicitud del delito de atentado. La opinión mayoritaria entiende que habrá de ponderarse caso a caso la cuestión, atendiendo a la gravedad de la agresión realizada y a las circunstancias concretas del caso. Ya que la aplicación del delito de atentado supone un procedimiento mucho más complejo y largo que una simple tipificación de la conducta como falta.

### **TERCERA: CUESTIONES PRÁCTICAS.**

Es incuestionable el hecho del aumento espectacular de las agresiones en los centros sanitarios en los últimos años, ante ello también se plantea la necesidad de fomentar las medidas de prevención con la aprobación de protocolos que regulen la actuación del personal sanitario y que además, se forme a este personal sobre cómo han de comportarse ante casos potencialmente peligrosos.

Es unánime la opinión que no se debería acudir a la vía penal cuando los supuestos de agresiones se producen entre trabajadores.

Se debería intentar que existiese un procedimiento en el que fuese la propia Administración la que denunciase los hechos, sin que el profesional tuviese que aparecer, ya que un problema importante es el de los profesionales que prefieren no denunciar por miedo a las represalias o a las molestias burocráticas.

También debería delimitarse el ámbito objetivo de actuación del Letrado, es decir, que se defiende, hay que actuar ante cualquier tipo de agresión, incluso la verbal, o se debe restringir la actuación con defensa jurídica sólo a aquellos supuestos de agresión física o reiterada en el tiempo y de una importante entidad.

## MESA DE TRABAJO: GESTIÓN DE HUELGAS

*Relatora:*  
*Ana Comesaña Alvarez*

En las huelgas actuales están siendo activa agentes sociales que no son sindicatos: asociaciones, colegios, grupos profesionales y no trabajadores por cuenta ajena: Aspirantes a listas o a OPE

Demandan con igual acción de fuerza tanto intereses de primera línea (salarios o jornada) como otros secundarios: baremos de ope, baremos de carrera, consolidación de grado personal.

Se están utilizando nuevas y múltiples formas, avanzando cada vez más el uso de formas no lícitas de huelga: trabajo lento, paros. Por horas: de mínima afectación al trabajador y gran impacto asistencial. Ante estas nuevas modalidades la capacidad de reacción de los gestores es limitada.

Las huelgas en el sector sanitario tienen una espontaneidad relativa, se espera al momento más oportuno o crítico para asegurar mayor impacto: puentes, períodos vacacionales, períodos preelectorales.

En España no se distinguen los servicios de asistencia sanitaria como servicios esenciales en sentido estricto, como ocurre en otros países, del resto de los servicios públicos. Además, se confunden servicios esenciales con servicios mínimos.

La sanidad es uno de los entornos en los que existe mayor limitación para el ejercicio del derecho de huelga en cuanto que colisiona con el derecho a la vida y a la protección de la salud de los ciudadanos. En consecuencia, el gestor sanitario ante una huelga tiene doble responsabilidad, garantizar la asistencia sanitaria y además no vulnerar el derecho de huelga.

Los profesionales del sector sanitario, gozan de un plus de legitimidad ante la opinión pública, pues afectan a los profesionales mejor valorados por la sociedad.

Según el último barómetro del CIS, elaborado en junio del presente año 2007, los médicos son los

mejor valorados, con 8,29 puntos, de las doce profesiones que se han incluido en la encuesta. Le siguen los enfermeros, con 7,80. La lista se completa con los oficios de profesor (7,74), arquitecto (7,40), informático (7,35), albañil, (7,21), fontanero (6,99), policía (6,86), escritor (6,75), empresario (6,65) y juez (6,49).

La incidencia de una huelga sanitaria no depende del número de profesionales que la secunden, sino de la alteración que produzca en el funcionamiento de los servicios sanitarios.

El establecimiento de servicios mínimos implica importantes discrepancias a la hora de ofrecer cifras de seguimiento, pues ambas partes se los atribuyen por completo.

Distintos roles que pueden adoptar las organizaciones sindicales ante el conflicto:

- Convocantes: en este caso negocian su resolución.
- Soporte de los convocantes: en este caso, suelen ser anfitriones de los convocantes ante los órganos de representación.
- Contraparte (*huelga contra la administración y los sindicatos*): en este caso administración y sindicatos buscan un acuerdo que supere y prive de sentido al conflicto.
- Ajenos: en este caso suelen desentenderse de la resolución del conflicto, aunque gestionan los efectos del mismo.

Efecto dominó: dada la gran complejidad de las organizaciones sanitarias, en la gestión de conflictos hay que tener siempre en cuenta los intereses de otros colectivos que no son parte del mismo.

Consideraciones generales:

- La alta incidencia del recurso a la huelga en los servicios sanitarios merece una reflexión por parte de todos.

Hay una mejora constante de las condiciones de los trabajadores. Aún ritmo más alto que el resto de los funcionarios públicos

Ciudadanos tienen la impresión de un sector convulso

Ni los sindicatos ni las administraciones somos capaces de transmitir las mejoras

En los servicios de salud donde tienen las mejores condiciones de trabajo: hay huelga

- Tal y como sucede con muchas patologías, el mejor método para combatir la conflictividad en el sector sanitario es la prevención. Los gestores sanitarios deben asumir que la prevención de conflictos es una parte importante de su función gerencial.
- La integración de los agentes sociales en el diseño de las políticas de personal de los servicios sanitarios puede ser una forma eficaz de prevenir conflictos, pero exige un alto grado de corresponsabilidad.
- Importante vía de solución extrajudicial prevista en el EBEP resulta difícil de hacer.
- El manejo de la información es clave en la resolución de conflictos. En caso de huelga debemos ofrecer información a la organización, a la opinión pública y, muy especialmente, a los usuarios.
- El ejercicio del derecho de huelga en un servicio esencial tiene límites.

Debemos poder conseguir que el esfuerzo en la planificación asistencial se haga sin sobresaltos a la población.

Nosotros trabajamos para los ciudadanos: ¿sabrán que estamos aquí para ellos?

## MESA DE TRABAJO: HISTORIA CLÍNICA INFORMATIZADA

*Relator:*

*Rafael Millán Calenti*

### *A. Normativa:*

La LO 15/ 1999 de 13 de Diciembre de Protección de datos de carácter personal y las disposiciones autonómicas que *complementan* algunos de sus preceptos, parecen insuficientes para conseguir la homogenización en aras de la existencia de una Historia Clínica Informatizada, única de cada paciente en todo el territorio del Estado. Por ello, dada la relevancia que va adquiriendo la normativa existente sobre protección de datos sobre la salud, se considera necesario promover un desarrollo normativo específico (bien modificando la Ley 15/1999, o bien desarrollando reglamentariamente este aspecto) sobre los *datos médicos y/o datos sobre la salud*.

### *B. Formación:*

Todo proceso de implementación de aplicaciones informáticas debe llevar aparejado, si cabe con carácter obligatorio, un proceso paralelo de formación dirigido al personal sanitario y no sanitario que lo vaya a utilizar.

En dicho proceso debe “enseñarse” la utilización del programa, además de las consecuencias jurídicas que sean o puedan ser resultado de su utilización, todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en el nº 4 del art. 45 de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento administrativo Común.

La vulneración del sistema por parte de su personal debe suponer la apertura de expediente disciplinario.

### *C. Datos especialmente sensibles:*

Al no existir una relación uniformada de datos especialmente sensibles al objeto de delimitar los protocolos y normas de acceso a la Historia Clínica Informatizada, se propone, como punto de partida, la posibilidad de que distingamos entre:

a) Datos que por sus características están, o deban estar, protegidos dentro del marco legislativo de forma particular:

- Los de carácter genético
- Los referentes a técnicas de reproducción asistida y adopción
- La Interrupción voluntaria del embarazo
- La Infección por el Virus de la Inmunodeficiencia Humana
- Los relacionados con extracción y trasplante de órganos.
- Los relacionados con la violencia de género
- Los relativos a toxicomanías
- Los datos de asistencia Psiquiátrica

b) Datos que en los centros sanitarios pueden ser catalogados como datos especialmente sensibles (como pueden ser los pertenecientes a personalidades de relevancia pública, los relativos al estado de salud de los trabajadores (Servicios de Salud Laboral)

## **MESA DE TRABAJO: REGISTRO NACIONAL DE VOLUNTADES ANTICIPADAS**

*Relator:*

*Mikel Biurrun Elizaga*

La participación de los asistentes se centró más en el contenido de los documentos y en su proceso de elaboración, que en los aspectos técnicos del Registro nacional de instrucciones previas. Del debate podrían extraerse las conclusiones siguientes.

La puesta en marcha del Registro nacional responde adecuadamente a la demanda de los ciudadanos de garantizar la eficacia de las instrucciones previas otorgadas, en todo el territorio español.

Es imprescindible hacer un esfuerzo de información a los profesionales y a los ciudadanos, porque se constata que es actualmente insuficiente. Asimismo, se deben incorporar los aspectos bioéticos en la formación pregrado y postgrado de los profesionales sanitarios.

Las funciones de enfermería se caracterizan, entre otros aspectos y a diferencia de otros profesionales, por su mayor proximidad al paciente. Es preciso reconocer y articular el papel de los profesionales de enfermería, que debe ser relevante en este ámbito, a la hora de facilitar información al paciente, en la ayuda y asesoramiento en la elaboración de las instrucciones previas, y también en su aplicación práctica.

Los documentos genéricos, no informados, poco reflexionados, inconcretos, no serán útiles a la hora de tomar decisiones. De ahí que sea fundamental el proceso de obtención de información, de reflexión, de consulta con profesionales sanitarios (contexto clínico) y de deliberación también con familiares y allegados. El documento es la consecuencia final. La figura del representante puede ser de gran utilidad a la hora de interpretar las instrucciones incluidas y para adoptar decisiones sobre aquello no previsto en el documento.

Dada la diversidad existente entre las legislaciones de las comunidades autónomas respecto a la

obligatoriedad o no de registrar los documentos otorgados, se plantea si el registro obligatorio garantizaría mejor el conocimiento y la eficacia de las instrucciones otorgadas. Las opiniones manifestadas son contrarias a la exigencia sistemática de registro.

## MESA DE TRABAJO: LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y DE LA COMUNICACIÓN

*Relatora:*

*María Pereira Álvarez*

La aplicación de las Tecnologías de la Información en los sistemas sanitarios son una oportunidad para resolver los problemas del soporte papel: Mayor seguridad, control de accesos, mayor disponibilidad, pero también... mayor accesibilidad.

Los sistemas y las tecnologías de la información se posicionan como apoyo a los nuevos modelos de gestión sanitaria, debiendo favorecer:

- La Integración de la información clínica.
- El establecimiento de nuevos canales de interacción entre los agentes que intervienen en el cuidado de la salud... ciudadanía, profesionales, proveedores
- La desburocratización de la sanidad
- El incremento en la seguridad y calidad en la prestación de servicios
- La eficiencia en la gestión de los recursos

Y por supuesto, mejorar la información y por tanto, el conocimiento

La administración electrónica es ya una obligación de las instituciones públicas, impulsada a través de la Ley 11/2007 de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos

Los proyectos de historia clínica electrónica en las diferentes comunidades son el elemento vertebrador de un nuevo modelo de asistencia. Es clave encontrar el adecuado equilibrio entre la práctica clínica y el rigor imprescindible que marca la legislación

en relación al establecimiento de las medidas técnicas y organizativas que garanticen el derecho a la intimidad y confidencialidad de los pacientes.

El nuevo escenario de accesibilidad que proporciona la digitalización de la documentación clínica, hace necesario regular de manera explícita los criterios de acceso a la información por parte de los diferentes agentes que intervienen en el cuidado de la salud. No debemos olvidar que la finalidad de la historia clínica electrónica es la asistencia y que otros usos tienen sus limitaciones.

Las políticas institucionales de seguridad son la garantía de confidencialidad: Medidas físicas, medidas lógicas, medidas organizativas y, sin duda, medidas de formación y concienciación. Tanto la política de seguridad, como las prácticas que está implique, son responsabilidad de todos en la organización.

**MESA DE TRABAJO:  
TRANSFERENCIA DE LA SANIDAD  
PENITENCIARIA A LAS  
COMUNIDADES AUTÓNOMAS**

*Relator:*

*Luis Fernando Barrios Flores*

La Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud establece en su Disposición Adicional Sexta:

“Los servicios sanitarios dependientes de Instituciones Penitenciarias serán transferidos a las comunidades autónomas para su plena integración en los correspondientes servicios autonómicos de salud.

A tal efecto, en el plazo de 18 meses desde la entrada en vigor de esta ley y mediante el correspondiente real decreto, se procederá a la integración de los servicios sanitarios penitenciarios en el Sistema Nacional de Salud, conforme al sistema de traspasos establecidos por los estatutos de autonomía”.

El plazo se ha cumplido con creces y la transferencia aún no se ha materializado. El proceso se inició en 2005, teniendo lugar la última reunión multilateral Administración Central-CC.AA. a principios de 2006. A lo largo de este último año quedó prácticamente congelado, reactivándose de nuevo por parte del Ministerio de Administraciones Públicas en diciembre pasado. Castilla y León fue la Comunidad pionera a la hora de participar en esta fase de ponencias técnicas bilaterales. El próximo horizonte electoral conlleva lógicas incertidumbres, que hacen presumible una nueva postergación del mismo.

Aún así, éste es obligado, por la razón legal antes expuesta y porque existen además argumentos de equidad que están elocuentemente descritos en un par de documentos elaborados por la Organización Médica Colegial y por la Sociedad Española de Sanidad Penitenciaria<sup>35</sup>, respectivamente. En el primero

de ellos, que lleva por título “Sanidad penitenciaria: una discriminación para la población asistencial y para los profesionales”, se pone de relieve la discriminación de los pacientes reclusos (al supeditar a fines penitenciarios la labor sanitario-asistencial, al imposibilitar el acceso en condiciones de igualdad a la asistencia especializada –y muy en particular la atención psiquiátrica-, al no existir un programa de salud laboral, al producirse una discriminación en el acceso a determinadas especialidades farmacéuticas –sin razón sanitaria que la justifique-, a la vulneración de la confidencialidad médica y al quebrantamiento del Código de Ética y Deontología Médica), pero también de los profesionales (a los que no se reconoce el secreto profesional –obligándoles a la vez a actuar como médicos asistenciales y peritos-, se les hurta una carrera y promoción profesional, no se les da la pertinente formación continua, se les limita irrazonablemente su actividad investigadora, se les impide poder concursar a plazas no penitenciarias, y a los cuales –en fin- se les imponen unas condiciones laborales manifiestamente mejorables, por no equitativas). El segundo de los documentos describe el conjunto de razones que avalan la necesidad de la transferencia: a) de orden jurídico (arts. 14, 25.2 y 43 CE, Disposiciones Adicionales 2ª y 3ª de la Ley General de Sanidad y la Ley de Cohesión antes citada, además de la Recomendación del Consejo de Europa (98) 7, de 8 de abril, sobre aspectos éticos y organizativos de los cuidados de salud en el medio penitenciario y de la Recomendación (2006) 2, de 11 de enero, de Reglas Penitenciarias Europeas), b) de orden económico-administrativo (al producirse en la actualidad una doble financiación de la asistencia sanitaria prestada, que es abonada por Instituciones Penitenciarias cuando en numerosos casos la cobertura ya tiene lugar o bien por cotizaciones anteriores o bien por la participación de los reclusos en talleres productivos) y c) en el plano profesional (por las razones antedichas).

Con vistas a la materialización del proceso de integración parece pertinente tener en consideración

<sup>35</sup> Con sólo diez años de existencia la SESP ha alcanzado un justo prestigio. Dispone de una interesante web: [www.sesp.es](http://www.sesp.es) y publica una revista ([www.resp.es](http://www.resp.es)) por la que nos podemos informar de las cuestiones

científicas de mayor relieve en el ámbito penitenciario. En la Web están disponibles los documentos a los que a continuación se hace referencia.

las siguientes cuestiones: a) el marco normativo de la sanidad penitenciaria; b) los recursos humanos y materiales con los que actualmente cuenta la Administración Penitenciaria; c) el elenco de prestaciones que comprende la asistencia sanitaria en prisión, d) el estatuto del paciente recluso y e) algunos “casos difíciles” y algunas disfunciones que pueden plantearse en el ámbito penitenciario.

El marco normativo en el que desenvuelve la sanidad penitenciaria está integrado básicamente por la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria (especialmente arts. 36-40), por el vigente Reglamento Penitenciario aprobado por Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero (BOE, 15 febrero) (especialmente, arts. 207-220) (en adelante RP 1996), el Reglamento Penitenciario de 1981 (Real Decreto 1201/1981, de 8 de mayo, BOE de 23 a 25 de junio), que está derogado, pero que sigue en vigor con rango de resolución del Centro en parte de su articulado y las correspondientes Circulares e Instrucciones de Servicio del Centro Directivo. Referentes internacionales de obligada citada son las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos de Naciones Unidas<sup>36</sup>, los Principios de Ética Médica en el ámbito penitenciario, también de Naciones Unidas<sup>37</sup>, las Reglas Penitenciarias Europeas de 2006<sup>38</sup> y la Recomendación (98) 7, del Consejo de Europa<sup>39</sup>.

<sup>36</sup> Adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977.

<sup>37</sup> Principios de ética médica aplicables a la función del personal de salud, especialmente los médicos, en la protección de personas presas y detenidas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, A.G. res. 37/194, anexo, 37 U.N. GAOR Supp. (No. 51) p. 211, ONU Doc. A/37/51 (1982).

<sup>38</sup> Recomendación (2006) 2, del Comité de Ministros de los Estados Miembros del Consejo de Europa, sobre las Reglas Penitenciarias Europeas, adoptada por el Comité de Ministros el 11 de enero de 2006 en la 952ª Reunión de Delegados de Ministros.

<sup>39</sup> Recomendación N° R (98) 7, del Comité de Ministros a los Estados Miembros del Comité de Ministros a los Estados Miembros relativa a los aspectos éticos y organizativos de los cuidados de salud en el medio penitenciario, adoptada por el Comité de Ministros el 8 de abril de 1998, en el curso de la 627ª reunión de delegados ministeriales.

En cuanto a recursos humanos indicar que los colectivos que integran el personal penitenciario pertenecen básicamente a dos grandes categorías: a) Personal funcionario (Cuerpo Facultativo de Sanidad Penitenciaria, Cuerpo de Ayudantes Técnicos Sanitarios de Sanidad Penitenciaria y Cuerpo Superior Técnico de II.PP.-Especialidad de Psiquiatría, y b) Personal laboral (Farmacéuticos Hospitalarios, Técnicos Especialistas de Laboratorio y Técnico Especialista de Radiodiagnóstico, Fisioterapeutas, Terapeutas Ocupacionales, Auxiliares de clínica y Celadores). A los primeros viene aplicándoseles obviamente la legislación sobre función pública y algunos preceptos penitenciarios (básicamente relacionados con su contenido funcional<sup>40</sup>. Según los datos de 2004 estos colectivos tenían la siguiente entidad cuantitativa: médicos (393), ATS/DUE (460), Auxiliares de Clínica (384), Técnicos Especialistas de Laboratorio (11), Técnicos Especialistas en Radiodiagnóstico (8), celadores (54) y fisioterapeutas (1).

Los recursos materiales contemplan los específicos de la Administración penitenciaria y los ajenos. Entre los primeros se encuentran las enfermerías (todo centro dispone de una –con un total de 2414 camas en 2004)<sup>41</sup>, los dos Hospitales Psiquiátricos Penitenciarios de Alicante y Sevilla (en torno a 400 plazas el primero y unas 180 el segundo<sup>42</sup>), a los que hay que añadir la Unidad de Hospitalización Psiquiátrica de Cataluña (67 camas) –la competencia sobre prisiones fue en su día transferida-. Entre los segundos están las 292 plazas de las Unidades de Acceso Restringido (UAR) de los hospitales generales.

En lo relativo a las prestaciones sanitarias, indicar que la asistencia sanitaria que se produce durante la reclusión tiene carácter integral, estando orientada

<sup>40</sup> En este sentido sigue vigente, aunque con rango de resolución del Centro Directivo el anterior Reglamento Penitenciario de 1981. En él aparecen recogidas las funciones de los psiquiatras (art. 284), de los médicos (art. 288) y de los ATS/DUE (art. 324).

<sup>41</sup> Vid. art. 213 Reglamento Penitenciario vigente.

<sup>42</sup> Vid. arts. 183-191 del Reglamento Penitenciario vigente. Téngase además en cuenta que la Administración Penitenciaria Catalana posee una Unidad de Hospitalización Psiquiátrica en Can Brians, con 67 plazas. El personal sanitario está concertado con la Orden de San Juan de Dios.

a la prevención, la curación y la rehabilitación (art. 207 RP 1996) y, lo que es particularmente resaltable, reglamentariamente “a todos los internos sin excepción se les garantizará una atención médico-sanitaria equivalente a la dispensada al conjunto de la población” (art. 208.1 RP 1996). Este aserto se materializa en un nivel de atención primaria que corre a cargo de los medios propios de la Administración Penitenciaria o concertados (art. 209.1.1 RP 1996) y en un nivel de atención especializada que se asegurará preferentemente a través del Sistema de Salud (art. 209.2.1 RP 1996). La dispensación farmacéutica y las prestaciones complementarias básicas corren a cargo de la Administración Penitenciaria (art. 209.3 RP 1996). En los supuestos en que el interno precise atención hospitalaria, el art. 36.2 LOGP y el art. 218 del Reglamento Penitenciario de 1996 dispone su traslado, por prescripción del facultativo del establecimiento; en tal caso el ingreso se produce en las unidades de hospitalización penitenciaria de las que cada provincia cuenta, al menos con una. La custodia de los ingresados corresponde a la Policía Nacional y las normas de visita por parte de familiares y allegados han de regirse por las que existan en cada Centro Hospitalario, aunque se adopten las medidas de seguridad pertinentes (art. 217 Reglamento Penitenciario). Por su parte, el interno puede solicitar los servicios de médicos profesionales ajenos a la institución penitenciaria, corriendo con su costo (art. 36.3 LOGP).

Al paciente recluso teóricamente se le reconoce un estatuto que es el general. Téngase presente que el art. 10 de la Ley General de Sanidad reconoce a “todos” los derechos que enuncia “con respecto a las distintas administraciones públicas sanitarias”. Reconocimiento que se reafirma en el art. 1 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. Sin embargo, es obligado hacer referencia a algunos matices que introduce la normativa penitenciaria. Por ejemplo:

- Mientras el art. 9.2.b) Ley 41/2002 admite la intervención clínica sin consentimiento cuando exista un riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo

“y no es posible conseguir su autorización”, el art. 210.1 RP 1996 admite la intervención sin consentimiento del paciente recluso, aunque este manifiestamente se oponga, aunque en tales casos se solicite la autorización judicial. Los antecedentes de huelgas de hambre en el ámbito penitenciario están detrás de esta regulación más restrictiva.

- En el caso de las investigaciones médicas, el art. 211 RP 1996 impone –aunque meramente a nivel declarativo– una aplicación “en forma estricta”, casi de seguro que para evitar abusos que, no tanto en este país cuanto en el ámbito norteamericano, se han producido en el espacio penitenciario.
- En el caso de enfermedad grave, es obligado participar tal hecho a los familiares o allegados (art. 216.1 RP 1996), lo cual parece estar en abierta contradicción con el art. 5.1 Ley 41/2002 que sólo permite la información a terceros “en la medida que el paciente lo permita de manera expresa o tácita”.

En fin, existen un conjunto de casos que, o bien entran dentro de la categoría de los llamados por los filósofos del Derecho como “casos difíciles” o bien simplemente ponen de relieve ciertas disfuncionalidades del sistema. Los más relevantes de los primeros giran en torno a la misma cuestión, la restricción de derechos y libertades a los reclusos más allá de lo constitucionalmente admisible (las huelgas de hambre y la intervención médica forzosa en caso de enfermedad son los ejemplos más ilustrativos). Los segundos tienen que ver con el estatuto penitenciario del paciente cuando concurre enfermedad (la libertad condicional o la demencia sobrevenida serían los supuestos de referencia).

En el caso de las huelgas de hambre, la alimentación forzosa de reclusos estuvo justificada por el Tribunal Constitucional (en particular SSTC 120/1990, 27 junio y 137/1990, 19 julio). Los argumentos para justificar tal intervención involuntaria giraron en torno a afirmaciones tales como que los reclusos están sometidos a una relación de sujeción especial. En esta relación la Administración está obligada a velar por su vida y salud; la privación de

la vida no es un derecho subjetivo, por lo que la asistencia médica coactiva no lesiona un inexistente derecho; la asistencia médica obligatoria es solo una limitación del derecho a la integridad física y moral y una restricción a la libertad física, pero no vulnera un derecho fundamental, ya que la alimentación forzosa sólo es admisible cuando la vida corra riesgo serio. En su momento discreparon de tales fallos los magistrados Rodríguez Piñero y Leguina Villa. La afirmación de este último debiera provocar una reflexión al respecto: “un enfoque del problema desde esta última perspectiva –la del enfermo que es además recluso- en lugar de la adoptada por la sentencia –la del recluso que además es enfermo- hubiera permitido llegar a una solución favorable a la concesión del amparo” (y en consecuencia admitir la legitimidad de la huelga de hambre). Lo cierto es que el art. 25.2 de la Constitución dispone que: “El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria”. Parece legítimo pues concluir que la jurisprudencia constitucional es desmesuradamente restrictiva en esta materia.

El mismo esquema de fundamentación se produce cuando el recluso se niega a seguir un programa de tratamiento médico. Una inquietante STS 3ª, de 18.10.2005 (EDJ 2005/244537) nos sitúa ante un panorama muy sombrío, en lo que a respeto a los derechos del paciente –aunque sea recluso- se refiere. En dicho caso el Tribunal Supremo acogió el recurso de casación interpuesto contra el Tribunal de instancia que no había reconocido la responsabilidad patrimonial de la Administración Penitenciaria como consecuencia de la muerte de un hijo del demandante. Tal hijo, recluso y afectado de síndrome de inmunodeficiencia adquirida, falleció tras haberse negado a seguir las indicaciones de los facultativos penitenciarios sobre su tratamiento. El Tribunal Supremo entendió que la Administración Penitenciaria no hizo todo cuanto pudo para salvar la vida del recluso enfermo, ya que siempre pudo haber acudido al empleo de medios coercitivos para imponer el tratamiento. Se invocó pues la posición de garante de la vida del

recluso de la Administración. Teóricamente un paciente que se niega a recibir tratamiento, siempre que no comprometa la vida de terceros, puede llevar a cabo su propósito (en aplicación de la Ley 41/2002). Sin embargo, el Tribunal Supremo, siguiendo la senda –bastante discutible- del Tribunal Constitucional, entendió que el recluso es -ante todo- recluso y sólo secundariamente enfermo, lo cual legitimaba una intervención que para otro ciudadano habría estado proscrita.

En definitiva, existen algunas cuestiones que, de una forma más o menos directa, podrían afectar al personal sanitario que se haga cargo de la asistencia en los centros penitenciarios. En unos casos tiene que ver con la incompatibilidad entre el rol asistencial y pericial que se les exige; en otros, simplemente indicar que debe ponerse de manifiesto alguna incongruencia del sistema penitenciario.

En cuanto a lo primero, para la incapacitación del recluso es frecuente que los órganos jurisdiccionales soliciten informe del facultativo que atiende al presunto incapaz. En los expedientes de libertad condicional por razón de enfermedad (arts. 92 Código Penal y 196 RP 1996) sucede otro tanto. Y lo mismo sucede con los informes psiquiátricos. En estos casos, el profesional sanitario se encuentra ante un dilema ético ciertamente problemático. De un lado, se encuentra su labor de auxilio a la justicia y al cumplimiento de las órdenes de la Administración en la que ejerce sus funciones y, de otro, existe la prohibición de asumir una doble función asistencial-pericial (art. 41.3 Código de Ética y Deontología Médica de 10 de septiembre de 1999).

Respecto a lo segundo, ciertamente es poco comprensible el diferente trato que se da a los reclusos según padezcan enfermedades físicas o mentales. En el primero de los casos, es factible la libertad condicional por razón de enfermedad (“enfermos muy graves, con padecimientos incurables”) (art. 92 Código Penal). La respuesta legal es bien distinta cuando se trata de padecimiento de trastornos mentales graves; en tal supuesto lo usual es la suspensión de la ejecución de la pena (art. 60.1 Código Penal) y su sustitución por un medida de seguridad que se cumplirá en un hospital psiquiátrico penitenciario

(art. 184.c) RP 1996). La diferencia de trato no parece que esté justificada en términos de equidad.

Paradójica es asimismo la presencia de menores en prisión. Detrás se esconde el dilema entre optar por la presencia de los menores en aras al mantenimiento de la relación materno-filial o estimar que en modo alguno es la prisión el lugar más propicio para el menor. Nuestro ordenamiento vigente ha optado por lo primero, ya que las internas pueden tener en compañía a los hijos que no hayan alcanzado los tres años de edad (art. 38.2 LOGP). A tales efectos en aquellos centros en los que se encuentren ingresadas internas con hijos un local habilitado para guardería infantil, debiendo establecer la Administración penitenciaria los convenios con entidades públicas y privadas a fin de potenciar al máximo el desarrollo de la relación materno-filial y de la formación de la personalidad del niño (art. 38.2 pfo 2º LOGP). Pero el dilema ético persiste: ¿es adecuada la presencia de menores en establecimientos penitenciarios?.

## **MESA DE TRABAJO: CONTRATACIÓN DE SERVICIOS SANITARIOS**

*Relator:*

*José M<sup>a</sup> Pérez Gómez*

La Mesa de Trabajo ha abordado la materia de la contratación de servicios sanitarios dentro del ámbito del SNS bajo a la luz de la reciente aprobación de la nueva Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

Así, por el relator se realizó una primera aproximación a la Ley, en particular a aquellos aspectos más novedosos que inciden de manera directa en la contratación administrativa de los servicios sanitarios. Analizándose la novedosa concepción, en nuestro derecho, de los denominados “poderes licitadores” (art. 3.3.) siguiendo la formulación planteada por el derecho comunitario (Jurisprudencia del TJCE y Directiva 2004/17/CE, entre otras disposiciones) y la clasificación que la Ley realiza entre las diversas entidades que conforman el Sector público. Se destacó, la posible distinción en tres niveles de regulación, y de rigor, en función del distinto ámbito subjetivo (Contratos realizados por las Administraciones Públicas, otros entes del sector público que no tengan tal carácter) u objetivo (contratos sujetos a regulación armonizada y contratos libremente regulados por el legislador nacional) en el que se desarrolle la contratación; así como la distinción entre contratos administrativos y privados celebrados por los poderes licitadores.

También, además de otras consideraciones, se analizó la regulación dada a la figura del Contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado y del dialogo competitivo como forma de adjudicación en contratos especialmente complejos (especialmente en los mencionados contratos de colaboración); la regulación de la figura de los Acuerdos Marco (art. 180 a 182), así como la introducción de prácticas en las que el uso de los medios telemáticos y la aplicación de las nuevas tecnologías es fundamental como, por ejemplo, el caso de la subasta electrónica (art. 132) como sistema para proceder a la adjudicación del contrato; los sistemas dinámicos

de contratación (arts. 183 a 186) y la regulación de las Centrales de contratación (art. 187 a 191), que viene consolidar en este último caso una práctica que ya venía llevándose a cabo con notable éxito por parte de la administración española.

En general, se consideró que la reforma, si bien importante, tampoco introduce tantos elementos novedosos como a primera vista pudiera parecer. Sin embargo, si se puso de manifiesto una unánime crítica por la deficiente sistemática utilizada en la Ley que, al regular cada figura contractual en diferentes apartados de la norma, obliga a un esfuerzo constante en la búsqueda de posibles preceptos concordante que pueden encontrarse dispersos en una norma particularmente extensa (309, artículos. 33 Disposiciones Adicionales, 7 Disposiciones transitorias, 1 Disposición Derogatoria y 12 Disposiciones finales) con la dificultad que ello comporta y la consiguiente facilidad para que el operador jurídico (tanto el público como el privado) pueda llegar a cometer errores a la hora de aplicarla.

Asimismo, la experiencia aportada por alguno de los congresistas navarros que ya han transpuesto el Derecho comunitario en su territorio con antelación, avanzó las dificultades prácticas a la hora de implantar los mecanismos de contratación en los que

la necesidad de cumplir ciertos requisitos tecnológicos son imprescindibles y se consideró que, probablemente, el periodo transitorio de 6 meses resulte escaso para realizar la adecuación de procedimientos a la nueva Ley de manera absoluta. En este sentido, habrá que estar al desarrollo de aplicaciones informáticas que permitan llevar a cabo de manera fiable las subastas electrónicas y los sistemas dinámicos de contratación.

También fue una conclusión unánime la necesidad de que por los Servicios Públicos de Salud se realice un proceso intensivo de formación de los cuadros de gestores en esta nueva Ley para ayudar a la elaboración de nuevos pliegos de cláusulas administrativas particulares y la introducción de las nuevas rutinas de trabajo que eviten una entrada en vigor de la Ley traumática.

El concepto de poder adjudicador también fue objeto de debate, en particular en lo que pudiera afectar a las personificaciones en que se han constituido determinadas figuras de lo que se ha venido en denominar “nuevas formas de gestión sanitaria” y la incidencia que tendrá en ellas la aplicación de esta Ley, al menos, en la fase inicial de sus procedimientos de contratación.