

## Consejo de Estado: Dictámenes

Número de expediente: 607/2014 (EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL)

**Referencia:** 607/2014

**Procedencia:** EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL

**Asunto:** Proyecto de real decreto por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de los procesos por incapacidad temporal, en los primeros trescientos sesenta y cinco días de su duración.

**Fecha de aprobación:** 3/7/2014

### TEXTO DEL DICTAMEN

La Comisión Permanente del Consejo de Estado, en sesión celebrada el día 3 de julio de 2014, , emitió, por unanimidad, el siguiente dictamen:

"Por Orden de V. E. de fecha 6 de junio de 2014, el Consejo de Estado ha examinado el expediente relativo al proyecto de Real Decreto por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de los procesos por incapacidad temporal en los primeros trescientos sesenta y cinco días de su duración.

De antecedentes resulta:

Primero.- Se somete a consulta un proyecto de Real Decreto por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de los procesos por incapacidad temporal en los primeros trescientos sesenta y cinco días de su duración. Obra en el expediente diversas versiones del citado proyecto normativo, la última de las cuales está fechada el 26 de junio de 2014, y consta de un preámbulo, 10 artículos, cinco disposiciones adicionales, dos transitorias, una derogatoria y ocho finales.

El artículo 1 regula el ámbito de aplicación de la norma; el artículo 2 se refiere a las declaraciones médicas de baja y de confirmación de la baja; el artículo 3 recoge unas normas relativas a la determinación de la contingencia causante de la incapacidad temporal; el artículo 4 contempla los informes complementarios y de control; el artículo 5 está dedicado a las declaraciones médicas de alta en los procesos de incapacidad temporal; el artículo 6 hace referencia a las propuestas de alta médica formuladas por la mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social en los procesos derivados de contingencias comunes; el artículo 7 desarrolla la tramitación de los partes médicos y expedición de altas médicas por el Instituto Nacional de la Seguridad Social o, en su caso, el Instituto Social de la Marina; el artículo 8 articula el seguimiento y control de la prestación económica y de las situaciones de incapacidad temporal; el artículo 9 prevé la existencia de requerimientos a los trabajadores para reconocimiento médico; y el artículo 10 disciplina la colaboración y coordinación en materia de gestión y control de la incapacidad temporal.

Las disposiciones adicionales se refieren a la remisión de los datos por las mutuas (primera), a los facultativos o inspectores médicos del Instituto Social de la Marina (segunda), al acceso a la documentación clínica por parte de los médicos del Instituto Social de la Marina (tercera), a la adaptación a las mutuas de los sistemas informáticos (cuarta), y al Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (quinta).

La disposición transitoria primera se refiere a los partes médicos de incapacidad temporal y la segunda amplía transitoriamente los plazos establecidos para la tramitación de las propuestas de alta médica formuladas por las mutuas; la disposición derogatoria incluye, además de una previsión genérica, la derogación expresa del Real Decreto 575/1997, de 18 de abril, de la Orden de 19 de junio de 1997 que lo desarrolla, y de la Orden TASS/399/2004, de 12 de febrero.

Por último, las disposiciones finales introducen modificaciones varias en el Reglamento sobre colaboración de las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 1993/1995, de 7 de diciembre (primera), en el Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural (segunda), en el Real Decreto 1430/2009, de 11 de septiembre, por el que se desarrolla reglamentariamente la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, en relación con la prestación de incapacidad temporal (tercera), en el Real Decreto 404/2010, de 31 de marzo, por el que se regula el establecimiento de un sistema de reducción de las cotizaciones por contingencias profesionales a las empresas que hayan contribuido especialmente a la disminución y prevención de la siniestralidad laboral (cuarta), y en el Real Decreto 1630/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la prestación de servicios sanitarios y recuperadores por las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social (quinta); también se refieren al título competencial (sexta), a las facultades de aplicación y desarrollo (séptima) y a la entrada en vigor de la norma proyectada (octava).

Segundo.- El proyecto se acompaña de una memoria del análisis de impacto normativo que se abre con un epígrafe relativo a la justificación de la norma proyectada (apartado I); a continuación se recogen unos párrafos sobre la base jurídica y el rango del proyecto normativo (apartado II); el apartado III describe, con cierto detenimiento, el contenido del proyecto, así como su tramitación, con un análisis de los informes recibidos en el que se da cuenta de su incidencia en el proyecto, y da respuesta a las observaciones formuladas en los distintos informes, a lo que se añade una referencia, ya en el apartado IV, a la aprobación previa del Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas.

El apartado V hace unas consideraciones acerca de la oportunidad del proyecto en el que sintetiza sus objetivos fundamentales: a) regular diversos aspectos de la gestión y control de los procesos de incapacidad temporal en los primeros trescientos sesenta y cinco días de su duración; b) permitir, a través de las nuevas tecnologías, tanto el intercambio de datos médicos para el control de la incapacidad temporal, como el acceso por vía telemática de los inspectores médicos adscritos a las entidades gestoras de la Seguridad Social, a la documentación clínica que poseen los distintos servicios públicos de salud de los trabajadores del sistema de la Seguridad Social; c) regular también una nueva forma de expedición de los partes médicos de baja, confirmación y alta; d) homologar la emisión y tramitación de los partes de baja,

confirmación y alta, cualquiera que sea la contingencia causante de la incapacidad temporal; e) establecer un protocolo de temporalidad de los actos de confirmación de la baja médica basado en el diagnóstico, la ocupación y la edad del trabajador; f) ahorrar trámites burocráticos y adaptar la expedición de los partes médicos a los diferentes tipos de patología que pueden padecer los trabajadores del sistema de la Seguridad Social; g) reordenar la gestión de la incapacidad temporal para atender al necesario equilibrio entre el control del fraude y la protección del trabajador impedido para su actividad laboral; y h) evitar el uso indebido de la protección.

El apartado VI incorpora un listado de las normas derogadas y el apartado VII se ocupa del impacto económico y presupuestario, con referencias diferenciadas al impacto económico general, a los efectos sobre la competencia en el mercado, al análisis de las cargas administrativas (con un examen detallado de las reducciones de cargas administrativas que se pretenden), y al impacto presupuestario. El informe se cierra con un apartado VIII, relativo al impacto por razón de género, que se dice nulo.

Tercero.- En la tramitación del expediente, se ha recabado informe de los siguientes órganos y entidades:

a) La Unión General de Trabajadores (UGT) emitió un informe el 22 de octubre de 2013 y un segundo informe el 22 de enero de 2014, en el que propone la paralización de la tramitación del proyecto, a la espera de que se apruebe la Ley reguladora de la gestión de las mutuas. Entre otras observaciones, propone la realización de estudios semestrales en relación con las tablas sobre el grado de incidencia de los diversos procesos patológicos en las distintas actividades laborales, y que la documentación clínica a cuyo acceso se refiere el artículo 4.3 se limite a la estrictamente relacionada con el proceso que ha dado lugar a la incapacidad temporal; solicita una aclaración sobre la posibilidad de que se suspenda la colaboración obligatoria de la empresa (artículo 7.5) y que, cuando el trabajador sea requerido para reconocimiento médico, la entidad requirente cubra el coste de la asistencia del trabajador al mismo.

b) La Confederación Española de Organizaciones Empresariales (CEOE) y la Confederación Española de la Pequeña y Mediana Empresa (CEPYME), formulan una consideración preliminar defendiendo que las mutuas puedan dar el alta en los procesos de incapacidad temporal por contingencias comunes. Como observaciones de carácter general, manifiestan que se sigue atribuyendo el protagonismo en la gestión y control de los procesos derivados de contingencias comunes a la Administración, considerando a las mutuas entidades subordinadas a ella; cuestionan la existencia real de los medios telemáticos de comunicación para la aplicación de la norma proyectada, reclaman mecanismos que permitan a las empresas conocer las fechas de incorporación previstas, y que se atribuya carácter vinculante a los informes de los facultativos de las mutuas; llaman la atención sobre la falta de cobertura legal de la suspensión cautelar de la prestación, y proponen la regulación legal de una incapacidad temporal parcial. Por último, formulan observaciones específicas al proyecto, en las que se incluyen referencias al riesgo de prolongación automática, hasta cinco días, de los procesos más cortos, a la conveniencia de que la empresa informe sobre las características del trabajo, a las empresas colaboradoras, a la supresión de los informes complementarios y trimestrales, al acceso por las mutuas a la historia clínica del trabajador, a la eliminación de la obligación de la empresa de remitir los partes al INSS, a la previsión de justificación del incumplimiento de la empresa, o a la competencia de la entidad gestora y de la mutua para valorar la justificación de la incomparecencia del trabajador a un reconocimiento.

c) La Confederación Sindical de Comisiones Obreras (CCOO) presentó un primer informe el 30 de octubre de 2013; un segundo informe, fechado el 24 de enero de 2014, comienza con unas consideraciones generales en las que afirma la conveniencia de aprobar el proyecto, dado que incluye elementos de mejora de la gestión de la incapacidad temporal. Solicita que, cuando la mutua proponga el alta médica (en los procesos derivados de contingencias comunes), se dé audiencia al interesado; considera muy breve el plazo (de 24 horas) para que el trabajador presente a la empresa la copia del parte de alta médica, cuestiona la suspensión cautelar de la prestación en caso de incomparecencia al reconocimiento, y reclama una compensación por los gastos de desplazamiento; propone, en fin, la creación de una oficina virtual de reclamaciones en la disposición final primera.

d) La Asociación de Mutuas de Accidentes de Trabajo (AMAT) interesa que suspenda la tramitación del proyecto hasta la aprobación de la próxima ley de mutuas.

Cuarto.- Obran en el expediente los informes de los siguientes órganos y entidades:

a) El Instituto Social de la Marina (ISM) llama la atención sobre las competencias que dicho instituto mantiene en la Comunidad Autónoma de Madrid, al no haberse producido la transferencia de las competencias en materia de asistencia sanitaria que corresponden a aquél; también propone la adición de una disposición adicional relativa a los reconocimientos médicos de embarque marítimo.

b) La Gerencia Informática de la Seguridad Social ha comunicado que no tiene observaciones que aportar.

c) La Intervención General de la Seguridad Social (IGSS) ha propuesto una mayor homogeneidad en el tratamiento de los procesos de incapacidad temporal, con independencia de la contingencia causante, así como otras muchas propuestas que han quedado incorporadas al texto del proyecto; también ha llamado la atención sobre alguna reiteración y sobre el deber de secreto profesional, y ha propuesto la introducción de alguna previsión en relación con las funciones de la IGSS, así como la ampliación de algún plazo.

d) La Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social indica que hubiera sido deseable que se aprovechara la ocasión para efectuar una refundición y adaptación general de todos los textos reglamentarios vigentes en materia de incapacidad temporal, a fin de acabar con la dispersión normativa. Entre otras propuestas que han sido aceptadas, ha propuesto la incorporación al Real Decreto 1430/2009 de un nuevo procedimiento para la determinación de la contingencia causante, así como la reestructuración y refundición de artículos.

e) La Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) ha emitido un informe en el que llama la atención sobre la ampliación del supuesto infractor recogido en el artículo 7.4 del Proyecto, cuestiona que una norma reglamentaria prevea la suspensión de la colaboración obligatoria por su componente sancionador y se refiere también a la subsanación de errores y a la gestión de la liquidación de cotizaciones. En relación con la duplicidad de procedimientos de remisión de partes médicos, considera que puede suponer una vulneración del derecho de la empresa, al tratarse de un documento del que ya dispone la Administración, y que implica un incremento innecesario de las cargas administrativas. Propone la inclusión de la TGSS entre las entidades receptoras de los partes médicos y el establecimiento de plazos para el cumplimiento de trámites. También se refiere a la suspensión cautelar y extinción del subsidio por incomparecencia del trabajador al reconocimiento médico, así como a las empresas colaboradoras en el pago de la incapacidad por contingencias profesionales.

f) La Dirección del Servicio Jurídico de la Administración de la Seguridad Social sugiere que la norma proyectada haga alguna referencia a las empresas colaboradoras en la prestación de incapacidad temporal por contingencias profesionales. A continuación, hace unas consideraciones de carácter particular referidas, entre otros extremos, al procedimiento para determinación de la contingencia causante y al acceso a la historia clínica informatizada de atención primaria y especializada.

g) El Gabinete de la Secretaría Estado de Empleo no formula observaciones al proyecto.

h) La Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS) indica que se trata de un proyecto ajeno, en general, a las competencias de la ITSS; no obstante, cuestiona el contenido del artículo 7.4 y propone que se recabe su informe en el procedimiento de determinación de la contingencia que se proyecta introducir en el artículo 6 del Real Decreto 1430/2009.

i) La Secretaría General de Inmigración y Emigración ha participado que no se formulan observaciones al texto.

Quinto.- Se han incorporado al expediente los siguientes informes procedentes de otros departamentos ministeriales:

a) El Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad ha remitido un informe, elaborado por la Subsecretaría, en el que indica que se encuentra en tramitación el anteproyecto de ley de mutuas de la Seguridad Social, por lo que propone que el proyecto se adapte a la nueva denominación de las mutuas así como a otras modificaciones allí previstas; afirma que debería concretarse el tipo de datos a los que puede acceder la IGSS, dejando a salvo de dicho acceso los datos clínicos y plantea si debe permitirse el acceso a los informes complementarios tanto por los inspectores médicos como por los facultativos de las mutuas.

También ha informado el proyecto la Secretaría General de Sanidad y Consumo, que ha remitido observaciones de distintas Direcciones Generales, en las que expresan que el texto incorpora gran parte de las propuestas realizadas por ese Ministerio en abril de 2013, asumiendo

el informe elaborado por la Comisión de Coordinación de la Inspección del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud. También se remiten observaciones de la Subdirección General de Atención Sanitaria del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria en las que se propone una corrección de su denominación y varias precisiones en diversos artículos, varias de las cuales han sido aceptadas.

b) El Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, ha remitido distintos informes. La Dirección General de Coordinación de Competencias con las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales considera que el proyecto supone el ejercicio estricto de competencias en materia de régimen económico de la Seguridad Social, atribuidas al Estado con carácter exclusivo por el artículo 149.1.17ª de la Constitución, como adecuadamente proclama la disposición final octava del proyecto, por lo que entiende que el proyecto es conforme con la distribución constitucional de competencias.

La Secretaría General Técnica del Ministerio de Administraciones Públicas ha emitido distintos informes (fechados el 11 de febrero de 2014, el 1 de abril de 2014 y el 16 de mayo de 2014). En ellos insiste en la necesidad de excluir expresamente de su ámbito de aplicación a los funcionarios públicos; cuestiona que, una vez determinada la duración estimada del proceso, el primer control se establezca con mucha antelación respecto de aquélla; considera conveniente regular con mayor detalle todo lo relativo al pago delegado y permitir el acceso a toda la documentación por parte de los órganos de control interno; propone una mayor precisión en la referencia a "cualquier otra causa suficiente" prevista en relación con las incomparecencias a reconocimientos; y echa en falta una justificación de la comisión que se preveía crear en el artículo 10 del proyecto; en relación con la disposición final segunda, señala que, cuando se ha establecido la presunción de ingreso de las cotizaciones se ha hecho mediante norma con rango de ley; y, en la disposición final tercera, propone que se establezca un plazo para la emisión del informe del Equipo de Valoración de Incapacidades.

c) La Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) ha formulado observaciones en relación con los artículos 8.3, 9.2 y 10.1 del proyecto, para los que ha propuesto nuevas redacciones, que han sido efectivamente incorporadas al texto. Sexto.- Consta en el expediente la aprobación previa del Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas.

Séptimo.- La Secretaría General Técnica del Ministerio de Empleo y Seguridad Social emitió un primer informe el 20 de febrero de 2014 en el que se formulaban muchas observaciones que han sido aceptadas en el texto del proyecto; también se sugería que se reconsiderase el carácter provisional y condicionado de las resoluciones a que se refiere la disposición final cuarta. En un segundo informe, emitido el 5 de junio de 2014, la Secretaría General Técnica del Departamento proponente no formula observaciones en relación con el nuevo texto remitido.

Octavo.- Ya el expediente en este Consejo de Estado, se ha recibido, con fecha 27 de junio de 2014, un nuevo texto del proyecto de Real Decreto y de la memoria del análisis de impacto normativo, fechados el día 26 de junio de 2014.

En tal estado el expediente, el Consejo de Estado emite el presente dictamen.

#### I. Objeto del dictamen y tramitación del proyecto

La consulta versa sobre un proyecto de real decreto por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de los procesos por incapacidad temporal en los primeros trescientos sesenta y cinco días de su duración (en adelante, el Proyecto); la última versión -que se somete a consulta- está fechada el 26 de junio de 2014.

Se trata de una norma que se dicta, según manifiesta su preámbulo, de conformidad con lo previsto en la disposición final séptima del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio (en adelante LGSS), que faculta al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social para dictar las normas de aplicación y desarrollo de dicha ley y proponer al Gobierno para su aprobación los reglamentos generales de la misma. Por tanto, el presente dictamen se emite de acuerdo con lo previsto en el artículo 22.3 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, que prevé la consulta a su Comisión Permanente en relación con los reglamentos o disposiciones de carácter general que se dicten en ejecución de las leyes, así como sus modificaciones.

El proyecto ha sido impulsado por la Dirección General del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) y se acompaña de una cuidada memoria del análisis de impacto normativo (en adelante, la Memoria). Se ha recabado informe de diversas organizaciones representativas de los intereses afectados (UGT, CEOE, CEPYME, AMAT), así como de distintos órganos, organismos, entidades o servicios comunes enmarcados en el ámbito del Ministerio de Empleo y Seguridad Social (ISM, TGSS, ITSS, IGSS ...), y de otros departamentos con competencias relacionadas con la materia objeto del proyecto (Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas), como también de la Agencia Española de Protección de Datos. Se ha obtenido la aprobación previa del Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas así como el informe de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, como departamento proponente.

A la vista de todo ello, entiende el Consejo de Estado que se han cumplido los trámites esenciales exigidos por el artículo 24 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, para la elaboración de un proyecto normativo como el sometido a consulta.

Quiere destacar el Consejo de Estado la especial valoración positiva que merece, en el presente caso, el contenido de la memoria del análisis de impacto normativo que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 2.3 del Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio, se ha actualizado con las novedades que se han ido produciendo a lo largo de la tramitación, por cuanto su versión última incluye una detenida referencia a las consultas realizadas y a los informes recabados durante su tramitación, así como la valoración que las observaciones formuladas merecían para el órgano proponente. También merece destacarse la atención prestada, en la propia memoria del análisis de impacto normativo, al examen de las cargas administrativas derivadas del proyecto (rectius, a su reducción). Todo ello justifica sobradamente su extensión (cuestionada en alguno de los informes incorporados al expediente) y facilita el acierto de la iniciativa normativa ejercitada.

En cambio, en la medida en que se trata de una norma que afecta a las funciones de los servicios públicos de salud, hubiera sido conveniente recabar el parecer de las Comunidades Autónomas y de organizaciones representativas de profesionales médicos, cuyas aportaciones hubieran podido contribuir al acierto y oportunidad de la norma proyectada.

#### II. Objeto del proyecto

La norma proyectada viene a sustituir la regulación contenida en 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, orientado a asegurar la efectividad en la percepción de la prestación económica de la Seguridad Social y a evitar la utilización indebida de la protección; asimismo, el citado Real Decreto regula la expedición de los partes de baja y alta médicas, así como determinados controles orientados al mayor rigor en la constatación de la enfermedad y de su repercusión en la capacidad laboral de los trabajadores.

Como advierte el preámbulo del Proyecto, el Real Decreto 575/1997 se ha visto muy afectado por determinadas reformas legales que han incidido sobre el régimen de la incapacidad temporal, lo que exige una adaptación de aquella norma reglamentaria a estas reformas legales que avance también en la coordinación de actuaciones entre los servicios públicos de salud, las entidades gestoras de la Seguridad Social y las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Se trata, por tanto, de adaptar la regulación existente a las últimas reformas legales y de mejorar la coordinación de actuaciones de los órganos y entidades implicados.

A) La disposición final quinta de la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013, dio una nueva redacción al artículo 128.1.a) de la LGSS, de forma que ahora se atribuye al INSS, una vez agotado el plazo de 365 días desde el inicio de la situación de incapacidad temporal, la competencia para reconocer la situación de prórroga expresa, o bien para determinar la incoación del expediente de incapacidad permanente, acordar el alta médica por curación o por incomparecencia injustificada a reconocimientos médicos, así como para acordar nuevas bajas por recaída en los procesos en situación de prórroga. De este modo, la vigente redacción del artículo 128.1 a) de la LGSS limita el contenido del Real Decreto 575/1997, de 18 de abril, a los procesos de incapacidad temporal que no hayan alcanzado el límite de 365 días.

Además, la disposición adicional 52ª de la misma LGSS, que fue añadida por la disposición adicional 19ª de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, establece que el INSS y, en su caso, el ISM, a través de los

inspectores médicos adscritos a dichas entidades, ejercerán las mismas competencias que la inspección de servicios sanitarios de la Seguridad Social u órgano equivalente del respectivo servicio público de salud, para emitir el alta médica a todos los efectos, hasta el cumplimiento de la duración máxima de 365 días en los procesos de incapacidad temporal.

Por su parte, la disposición adicional 40ª de la LGSS permite, tanto a las entidades gestoras como a las inspecciones médicas de los servicios públicos de salud, el intercambio de los datos médicos necesarios para ejercer sus respectivas competencias en materia de control de la incapacidad temporal. Asimismo, cabe recordar que el artículo 78 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, establece que la colaboración de las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social (en adelante, las mutuas) con el sistema nacional de salud, en la gestión de la incapacidad temporal, será objeto de desarrollo reglamentario, a fin de posibilitar la eficacia de sus actividades en este ámbito y, con dicha finalidad, se establecerán mecanismos para que el personal facultativo sanitario de ambos sistemas pueda acceder a los diagnósticos que motivan la situación de incapacidad temporal, con las garantías de confidencialidad en el tratamiento de los datos que se establecen.

Además, estando ya en tramitación el presente expediente, la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014 ha introducido otros cambios en la LGSS (como en el artículo 77.2 o 132.3, a los que más abajo se hará referencia), que tienen también su reflejo en la norma ahora proyectada.

B) Junto a ello, señala el preámbulo del Proyecto que, de acuerdo con la disposición adicional 11ª de la LGSS, el INSS ha venido suscribiendo con las Comunidades Autónomas y con el Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (INGESA) convenios de colaboración para el control de la incapacidad temporal, que han facilitado un intercambio de información por vía telemática, entre los servicios públicos de salud autonómicos, el INGESA, las entidades gestoras de la Seguridad Social y las mutuas. A partir de ello, se quiere también adaptar el control de la prestación por incapacidad temporal a las nuevas herramientas de que disponen las administraciones públicas.

Asimismo, se ha avanzado en la estimación teórica de la duración de una situación de incapacidad temporal teniendo en cuenta no sólo la patología del trabajador, sino también su edad y su ocupación, con lo que se pretende dotar a los facultativos de una herramienta de respaldo técnico, basada en amplias bases de datos y en la experiencia. A partir de ello, se considera importante modificar el modelo actual, para permitir al médico de atención primaria que determine cuándo tiene que hacer un seguimiento de la enfermedad de su paciente, sin exigir -como se hace ahora- que se expida cada semana una parte médica de confirmación de la baja.

Se pretende así mantener el rigor en la constatación de la enfermedad del trabajador y de su incidencia en su capacidad laboral, pero ahorrando trámites burocráticos y adaptando la expedición de los partes médicos a los diferentes tipos de patología, de acuerdo con unos protocolos de temporalidad de carácter orientativo y basados en el diagnóstico, la ocupación y la edad del trabajador.

En fin, señala también el preámbulo del Proyecto que, en línea con la recomendación 10 del Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo, se quieren potenciar los mecanismos de colaboración y control de los procesos de incapacidad temporal por el INSS y las mutuas; a tal fin, se pretende aligerar los trámites y cargas burocráticas para centrar los procesos en la protección del trabajador afectado y en su pronta recuperación.

Se trata de una materia en la que debe primar, como objetivo fundamental, la protección de la salud del trabajador y, a partir de ello, el control de estos procesos ofrece una doble perspectiva: de un lado, control del fraude frente a la percepción indebida de prestaciones; de otro, control frente al absentismo laboral.

### III. Observaciones de carácter general

A la vista de los cambios legislativos que afectaban a la materia y de los objetivos perseguidos, y teniendo en cuenta razones de sistematicidad y de claridad normativa en el régimen de la Seguridad Social, se ha optado por abordar la elaboración de un nuevo real decreto en lugar de acometer una modificación del Real Decreto 575/1997, si bien la nueva norma mantiene, en parecidos términos, algunos preceptos procedentes de aquél; opción esta que el Consejo de Estado considera acertada.

Algunos informes obrantes en el expediente (como el de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, el de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, o el de UGT) indican que hubiera sido deseable que se aprovechara la ocasión para efectuar una refundición y adaptación general de todos los textos reglamentarios actualmente vigentes en materia de incapacidad temporal, su gestión y control, a fin de acabar con la dispersión normativa en este ámbito, en beneficio de la seguridad jurídica. En efecto, ya el título del proyecto resulta poco alentador al respecto, al limitar su objeto, de forma expresa, a "determinados aspectos" de la gestión y control de los procesos de incapacidad temporal, por lo que el Consejo de Estado comparte aquella preocupación. Incluso, dando un paso más, puede aspirarse a que la refundición y adaptación de los textos reglamentarios no se circunscriba al ámbito de la incapacidad temporal, sino que alcance al conjunto de la acción protectora del sistema de Seguridad Social. De ahí la reserva del órgano promotor de la iniciativa, que no considera oportuno proceder a la elaboración de textos reglamentarios de carácter general "en este momento, en el que está prevista la elaboración inmediata de un nuevo texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social".

Acceptada esa reserva, el Consejo de Estado quiere insistir en la necesidad de que se acometa la elaboración de uno o varios reglamentos generales de prestaciones que pongan fin a la actual dispersión normativa y a la inseguridad jurídica que ello implica, tarea que debería abordarse sin demora tan pronto como se pruebe aquel texto refundido. Se trata de una cuestión sobre la que ya ha insistido en distintas ocasiones el Consejo de Estado, advirtiendo que no se trata únicamente de limitar al máximo la dispersión normativa y la regulación fragmentaria de una misma materia, sino de evitar a toda costa lo que en ocasiones bien puede calificarse como "regulación oculta" de una materia por sí suficientemente compleja (dictamen 2.020/2008).

Desde la perspectiva inversa, algunos informes incorporados al expediente han sugerido la suspensión de la tramitación del proyecto, hasta la aprobación de la futura Ley de Mutuas, en fase de anteproyecto (UGT, AMAT), lo que ha sido rechazado por el órgano promotor de la iniciativa, de forma justificada, sobre la base del distinto objeto y a la vista de la tramitación exigida por uno y otro proyectos normativos.

En fin, en el plano de la técnica normativa, el Consejo de Estado quiere llamar la atención sobre la conveniencia de reducir la extensión de los artículos, en cuerpos normativos como el ahora sometido a consulta, lo que facilitaría su manejo por los operadores jurídicos. Así, el articulado del texto sometido a consulta incluye cerca de ochenta párrafos, divididos en solo diez artículos, de amplios contenidos (por ejemplo, el artículo 2 consta de catorce párrafos, el artículo 7 tiene trece, etc.); es claro que si el mismo contenido se distribuyera en un mayor número de artículos, con contenidos más homogéneos (y, en su caso, ordenados en capítulos diferentes), la consulta del texto normativo y de la jurisprudencia recaída sobre el mismo sería más eficiente.

### IV. Observaciones al articulado

#### A) Ámbito de aplicación

El artículo 1 define el ámbito de aplicación de la norma, referido a los primeros 365 días de los procesos de incapacidad temporal en los que se encuentren "quienes estén incluidos en cualquiera de los regímenes que integran el sistema de la Seguridad Social", inciso este que hace pertinente la exclusión expresa de los regímenes especiales de funcionarios públicos, civiles y militares (que no están incluidos en el régimen general, pero sí en el sistema de la Seguridad Social); exclusión expresa en la que ha insistido la Secretaría General Técnica del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y cuyo parecer ha sido finalmente acogido en el Proyecto.

#### B) Declaraciones médicas de baja y de confirmación de la baja

El artículo 2 se refiere a las declaraciones médicas de baja y de confirmación de la baja "en los procesos de incapacidad temporal derivados de contingencias comunes y profesionales"; precisión esta última que podría suprimirse (puesto que el Real Decreto proyectado se ciñe a los procesos de incapacidad temporal y dado el tratamiento unitario que este precepto les da, con independencia de la contingencia causante). En el apartado 2, último párrafo, se prevé la existencia de unas "tablas de duración óptimas tipificadas por los distintos procesos patológicos susceptibles de generar incapacidades" y "tablas sobre el grado de incidencia de aquellos procesos en las distintas actividades

laborales". Aunque no parece que pueda entenderse de otra manera, el Consejo de Estado sugiere que se recoja expresamente el carácter meramente orientativo de esas tablas, para evitar algunas dudas que se han podido plantear en la tramitación del expediente.

El apartado 3 del mismo artículo 2 contempla cuatro grupos de procesos en función de la duración estimada de la baja. En el primero de ellos (duración estimada inferior a cinco días), se emiten el parte de baja y el parte de alta en el mismo acto médico, lo que supone una importante novedad en relación con la situación actual (en la que se emite de entrada un parte de baja y al cuarto día el primer parte de confirmación, lo que genera habitualmente dos visitas al médico por parte del trabajador). Ahora bien, como dice la memoria, pero no expresa el proyectado artículo 2.3.a), se pueden expedir el parte de baja y el de alta en el mismo acto "siempre que se garantice al trabajador que puede acudir a la consulta del médico de atención primaria el día que se haya fijado como fecha de alta, si el trabajador no se encontrase en condiciones de reiniciar su actividad laboral". A la inversa, conviene que quede claro que el hecho de que la duración estimada sea inferior a cinco días naturales no implica que el parte de alta se emita computando un plazo de cinco días (como ahora se prevé, con carácter general, uno de cuatro), sino que debe partirse de la concreta duración que se estime en cada caso (por tanto, también puede ser por menos días, si así lo aprecia el médico). Se trata de dos precisiones que, a juicio del Consejo de Estado, convendría reflejar de forma expresa en el apartado a) del proyectado artículo 2.3.

En el texto remitido, los dos últimos párrafos del artículo 2.3 parecen formar parte de su apartado d), cuando es claro por su contenido que son previsiones aplicables a los distintos subapartados del citado artículo 2.3 y no sólo al último de ellos; ello debe quedar claro en el texto final, lo que puede articularse bien formalmente -con diferencia de formato de párrafo- o bien incorporando esos dos párrafos a un apartado diferente (que sería el número 4, pasando el 4 a ser el 5). En fin, en el apartado 4 del mismo artículo 2 debe notarse que se repite lo que ya se dice en el precedente apartado 1, segundo párrafo ("... en adelante, las mutuas").

#### C) Determinación de la contingencia causante

El artículo 3 recoge las normas relativas a la determinación de la contingencia causante ("... de la incapacidad temporal", lo que huelga precisar, dado el objeto del proyecto). Su inciso inicial atribuye la facultad de instar la revisión correspondiente al servicio público de salud, al ISM o a las mutuas, "que hayan emitido el parte de baja", puesto que, en efecto, cualquiera de ellos tres puede emitir tales partes. Ciertamente, el proyectado artículo 2.1 prevé que el parte médico de baja sea emitido "por el médico del servicio público de salud" (párrafo primero) o bien por los servicios médicos de la mutua (párrafo segundo), pero la disposición adicional segunda del Proyecto establece que las referencias que el Real Decreto hace "a los facultativos del servicio público de salud" podrán entenderse realizadas a los facultativos del ISM cuando éstos ejercen las mismas funciones por no haberse producido la transferencia de la competencia de asistencia sanitaria a una comunidad autónoma (el caso de Madrid, al que habrían de añadirse los casos de las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla). Sin embargo, en el artículo 2.2, segundo párrafo, inciso inicial, sí debería incluirse la referencia expresa al ISM junto a las menciones del servicio público de salud y de la mutua (nótese -a efectos de lo previsto en la proyectada disposición adicional segunda-, que este párrafo no se refiere a los facultativos del servicio público de salud, sino al servicio público de salud); de este modo quedarían mejor ensambladas las previsiones de los artículos 2.2 y 3.1 del proyecto.

En el mismo artículo 3 se remiten las eventuales discrepancias que puedan surgir en relación con la contingencia causante de la incapacidad temporal al procedimiento regulado en el artículo 6 del Real Decreto 1.430/2009, de 11 de septiembre, por el que se desarrolla reglamentariamente la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, en relación con la prestación de incapacidad temporal; artículo 6, de nueva planta, que se añade a los cinco de que consta el citado Real Decreto 1.430/2009, por medio de la proyectada disposición final tercera. A juicio del Consejo de Estado, dicho procedimiento tiene, en efecto, encaje en el repetido Real Decreto 1.430/2009; aunque cabe advertir que, con ello, su contenido ya no responde a su título (puesto que los artículos que ahora se añaden mal pueden considerarse desarrollo de la Ley 40/2007), lo que deriva, en realidad de un defecto de sistemática normativa al aprobar aquel Real Decreto, y que fue advertido por el Consejo de Estado en el dictamen 2.020/2008 (en el que se decía que "la Ley 40/2007 no es sino una Ley modificadora de la LGSS", por lo que "no tiene sentido la aprobación de una norma reglamentaria articulada como desarrollo específico de la Ley 40/2007 al margen y paralela a las demás normas reglamentarias que desarrollan la LGSS", de forma que "las modificaciones "quirúrgicas" efectuadas en puntos concretos de la LGSS deben traducirse en modificaciones también puntuales de las normas de desarrollo de la LGSS ya existentes"). Ello no hace sino abundar en la observación de carácter general que ya se hizo más arriba.

En cuanto al procedimiento regulado en el citado artículo 6 (que introduce el apartado cuatro de la disposición final tercera del Proyecto) han de hacerse dos observaciones. De un lado, algunos informes recabados han propuesto la introducción de un plazo para la emisión del informe preceptivo del Equipo de Valoración de Incapacidades (EVI) allí previsto, a lo que el órgano promotor de la iniciativa ha opuesto que el EVI está encuadrado orgánica y funcionalmente en la Dirección Provincial del INSS correspondiente (artículo 2 del Real Decreto 1.300/1995), por lo que en el plazo de 15 días hábiles de que dispone el INSS (apartado 5) se encuentra subsumido el tiempo con que cuenta el EVI para emitir su preceptivo informe. En relación con ello, cabe recordar también que el artículo 83.2 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre, establece la regla general de que los informes "serán evacuados en el plazo de diez días, salvo que una disposición o el cumplimiento del resto de los plazos del procedimiento permita o exija otro plazo mayor o menor".

Por otro lado, entiende el Consejo de Estado que el apartado 5 del artículo 6 que se proyecta introducir en el Real Decreto 1.430/2009 (por obra de la disposición final tercera del Proyecto) debería distribuirse en dos apartados diferentes: uno, en el que se incluirían los párrafos primero y último (en relación con la competencia y plazo para dictar la resolución correspondiente por el director provincial del INSS o por el director provincial del ISM); y otro en el que se recogerían los extremos sobre los que debe pronunciarse aquella resolución (con los subapartados a, b y c ahora proyectados en el apartado 5). Con ello se evitarán dudas sobre el plazo y contenido de las resoluciones de los directores provinciales del ISM (que, según la estructura actual del apartado 5 sólo estarían referidas a las resoluciones dictadas por los directores provinciales del INSS).

#### D) Informes complementarios y de control

El artículo 4 del Proyecto se refiere a los informes complementarios y de control. Una vez que se ha unificado la regulación respecto de contingencias comunes y profesionales, puede valorarse la supresión de los incisos correspondientes en los apartados 1 y 2.

En relación con los informes de control trimestrales, (apartado 2 del proyectado artículo 4) cabe notar que, si hasta ahora dichos informes debe expedirlos la inspección médica del servicio público de salud, la norma proyectada extiende también a los médicos de atención primaria - bajo la supervisión de su inspección médica- la competencia para su emisión, lo que permite reiterar que hubiera sido conveniente recabar el parecer de asociaciones representativas de tales profesionales en la tramitación del expediente.

En fin, el apartado 3 del artículo 4 trata de hacer una regulación sistemática del acceso a distintos tipos de documentación clínica, al amparo de lo previsto en diversas disposiciones legales (en particular, la disposición adicional 40ª de la LGSS y el artículo 16.5 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, en relación con la disposición adicional 52ª de la LGSS), con una redacción que no ha sido objetada por la Agencia Española de Protección de Datos.

#### E) Declaraciones médicas de alta y propuestas de alta formuladas por las mutuas

El artículo 5 del Proyecto regula las declaraciones médicas de alta "en los procesos de incapacidad temporal derivados de contingencias comunes y de contingencias profesionales" (inciso este último que podría suprimirse, puesto que el ámbito del Real Decreto se ciñe a la incapacidad temporal, y el origen en contingencias tanto comunes como profesionales remite a todos los procesos de referencia).

Se introduce en su apartado 1, párrafo segundo, una novedad amparada en la disposición adicional 52ª de la LGSS (introducida por el apartado cinco de la disposición adicional decimonovena de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo), y orientada a que los partes de alta médica puedan también ser extendidos, además de por los inspectores médicos del servicio público de salud, por los del INSS y por los del ISM.

El apartado 3, por su parte, es reflejo de lo previsto en el artículo 128.1.a) de la LGSS, de acuerdo con el cual, agotado el plazo de 365

días, el INSS será el único competente para reconocer la situación de prórroga expresa con un límite de 180 días más, o bien para determinar la iniciación de un expediente de incapacidad permanente, o bien para emitir el alta médica. El último párrafo del proyectado artículo 5.3 prevé la comunicación al INSS del agotamiento de los 365 días naturales por parte del servicio público de salud; parece que habría de añadirse también la posibilidad de que esa comunicación se realice por el servicio médico de la mutua.

El artículo 6 regula las propuestas de alta médica formuladas por las mutuas en los procesos derivados de contingencias comunes. Puede advertirse que, después de identificarse reiteradamente a las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social como las "mutuas" (apartados 1 y 4 del artículo 2), no se utiliza esa forma abreviada en el título del proyectado artículo 6. Por lo demás, aunque se trata de un régimen que entronca con el del Real Decreto 575/1997, se regula una posible discrepancia entre los servicios médicos de las mutuas y las de los servicios públicos de salud, con una sensible reducción de plazos, que hubiera hecho oportuna -en la línea ya apuntada- alguna extensión del trámite de audiencia.

#### F) Tramitación de los partes médicos y expedición de altas médicas

El artículo 7 regula la tramitación de los partes médicos y la expedición de altas médicas por el INSS o, en su caso, por el ISM. Se trata de una regulación amplia, integrada por siete apartados y trece párrafos, con un contenido que bien pudiera haberse distribuido en varios artículos, en beneficio de una mayor claridad.

El apartado 2 del citado artículo 7 señala que las empresas tienen la obligación de remitir al INSS, "con carácter inmediato y, en todo caso, en el plazo máximo de tres días hábiles contados a partir de la recepción del parte presentado por el trabajador, a través del sistema de Remisión Electrónica de Datos (RED), los partes médicos de baja, confirmación de la baja y alta que les presenten los trabajadores, cumplimentados con los datos que correspondan a la empresa".

A partir de esa previsión, el apartado 4 del mismo artículo 7 establece que el incumplimiento por el empresario de las obligaciones establecidas en el apartado 2, "se considerará infracción" de las tipificadas en el artículo 21.6 del texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto (en adelante, LISOS).

Sin embargo, no existe una plena coincidencia entre la infracción tipificada en el artículo 21.6 de la LISOS y la obligación del proyectado artículo 7.2 cuyo incumplimiento "se considerará infracción" según el proyectado artículo 7.4. Como es lógico, la norma reglamentaria no puede ampliar el alcance del tipo legal más allá de lo previsto en la propia ley. Por tanto, si en un determinado caso se da el supuesto de hecho previsto en el artículo 21.6 de la LISOS podrá apreciarse la infracción, y no podrá "considerarse" que hay infracción si no concurre aquel supuesto, ni lo puede pretender así la norma reglamentaria proyectada.

A título de ejemplo, según la redacción propuesta, un defecto en la cumplimentación de los datos a que se refiere el artículo 7.2, por parte de la empresa, debería considerarse infracción del artículo 21.6 de la LISOS, cuando este último artículo no incluye en el tipo infractor una conducta tal.

Por tanto, a juicio del Consejo de Estado, el proyectado artículo 7.4 es no sólo innecesario (puesto que la tipificación de la conducta infractora ya está contemplada en el artículo 21.6), sino también ilegal, en la medida en que amplía el alcance del tipo infractor previsto en la ley. En consecuencia, debe suprimirse el proyectado artículo 7.4. Esta observación se formula con carácter esencial a efectos de lo previsto en el artículo 130.3 del Reglamento Orgánico del Consejo de Estado, aprobado por el Real Decreto 1674/1980, de 18 de julio.

Si lo que se pretende es advertir, en esta norma reglamentaria, del carácter infractor que aquel incumplimiento puede revestir desde la perspectiva de la LISOS, bastaría flexibilizar la redacción que, además, convendría llevar al apartado 2 del artículo 7, en el que se podría incluir un inciso final, con la siguiente o parecida redacción: "El incumplimiento de la citada obligación podrá constituir, en su caso, una infracción de las tipificadas en el artículo 21.6 del texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto".

No merece la misma objeción de legalidad el apartado 5 del proyectado artículo 7, puesto que las reservas que había suscitado por la falta de amparo legal (en relación con la suspensión de la colaboración obligatoria de la empresa) han quedado salvadas al haberse incorporado al artículo 77.2 de la LGSS (mediante la disposición final cuarta de la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014) una previsión que sirve de amparo a la norma proyectada, puesto que el inciso final del citado artículo 77.2 dice ahora expresamente que el Ministerio de Empleo y Seguridad Social "podrá suspender o dejar sin efecto la colaboración obligatoria cuando la empresa incumpla las obligaciones establecidas".

#### G) Seguimiento y control de las situaciones de incapacidad temporal

El artículo 8 regula el seguimiento y control de la prestación económica y de las situaciones de incapacidad temporal; en él se hace referencia a los actos de comprobación que pueden efectuarse y, en particular, al acceso a diversa documentación clínica por parte de distintos servicios y entidades para el ejercicio de las funciones que tienen legalmente encomendadas. Se hace en unos términos que no han sido objetados por la Agencia Española de Protección de Datos, cuya propuesta de redacción del artículo 8.3 ha sido directamente aceptada por el órgano promotor de la iniciativa.

El artículo 9 regula los requerimientos a los trabajadores para reconocimiento médico, a partir de lo dispuesto en el artículo 6 del todavía vigente Real Decreto 575/1997; su apartado 2 se ha redactado siguiendo la propuesta de la Agencia Española de Protección de Datos, a efectos de garantizar tanto el derecho a la protección de datos de carácter personal como la confidencialidad de la información.

El apartado 3 del proyectado artículo 9 determina que la negativa infundada a someterse a tales reconocimientos dará lugar a la expedición del alta médica por el INSS o por el ISM, o a que la mutua declare extinguido el derecho a la prestación económica, lo que se ampara en el artículo 131 bis, apartado 1, de la LGSS, que prevé la extinción del subsidio de incapacidad temporal, entre otras razones, por la incomparecencia injustificada a cualquiera de los reconocimientos. No obstante, debe subrayarse que el efecto que el citado artículo de la LGSS deriva de la incomparecencia injustificada es la extinción del derecho al subsidio que es, por tanto, lo que debe recogerse en este apartado 3 de la norma proyectada (y no la "expedición del alta médica a todos los efectos" -aunque el artículo 128.1.a) sí se refiere al alta médica por incomparecencia injustificada-). La propia memoria recoge que tal circunstancia -la incomparecencia injustificada- determinará "la expedición del alta médica a todos los efectos (...) sin perjuicio de que el servicio público de salud siga prestando al trabajador la asistencia sanitaria que considere conveniente"; ergo la expedición del alta médica no es "a todos los efectos".

El artículo 9.4 -que bien podría ser distribuido en varios apartados- regula la suspensión cautelar del subsidio derivada de la incomparecencia del trabajador, hasta que se determine si la incomparecencia fue justificada o no. Las reservas iniciales sobre la ausencia de amparo legal de tal medida han quedado salvadas con el nuevo apartado 3 del artículo 132 de la LGSS (añadido por la disposición final cuarta de la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014). Dispone ahora el citado artículo 132.3 de la LGSS que la incomparecencia del beneficiario a cualquiera de las convocatorias realizadas por los médicos adscritos al INSS y a las mutuas para examen y reconocimiento médico "producirá la suspensión cautelar del derecho, al objeto de comprobar si aquella fue o no justificada", a lo que se añade: "Reglamentariamente se regulará el procedimiento de suspensión del derecho y sus efectos". La regulación de ese procedimiento de suspensión se recoge en el proyectado artículo 9.4, en el que, a juicio del Consejo de Estado, deben introducirse algunas correcciones.

De un lado, su primer párrafo (inciso segundo) prevé que la resolución por la que se acuerda la suspensión cautelar se comunicará a la empresa y a la TGSS; a ello debe añadirse la comunicación al trabajador. Aun cuando el trabajador ya haya sido citado para el reconocimiento, entiende el Consejo de Estado que los especiales efectos que implica el acuerdo de suspensión, así como las consecuencias que pueden derivar de la falta de justificación de la incomparecencia exigen una notificación expresa de aquel acuerdo al interesado. Nótese que el segundo párrafo atribuye al trabajador la carga de dicha justificación: "... cuando el trabajador aporte informe..." o "... cuando el beneficiario acredite..."; incluso, aun cuando también pueda quedar justificada sin su intervención, esto es, "cuando la cita se hubiera realizado con un plazo previo inferior a cinco días", el propio interesado debe ser advertido para poder justificarlo por sí mismo, como principal interesado. Es más, ha de subrayarse que, según el párrafo tercero (del mismo artículo 9.4), si transcurren diez días hábiles desde la

fecha fijada para la comparecencia a reconocimiento médico "sin que el trabajador aporte justificación o esta no fuera suficiente", la entidad gestora o la mutua podrán acordar la extinción de su derecho.

Por todo ello, entiende el Consejo de Estado que resulta imprescindible que se comunique al interesado la suspensión cautelar del subsidio derivada de la incomparecencia (aun justificada, según el inciso inicial del artículo 9.4: "por cualquier causa"), dándole audiencia para que pueda justificar su incomparecencia, advirtiéndole de las consecuencias de la falta o insuficiencia de la justificación (i.e., la extinción del derecho). Ciertamente, tal comunicación podría verificarse en un mismo acto, junto con la cita para el reconocimiento, pero en tal caso habrá de rodearse de todas las garantías propias de un procedimiento administrativo del que puede derivar un perjuicio tal como la suspensión y ulterior extinción del derecho al subsidio.

En suma, con independencia de cómo se articule, debe comunicarse al interesado la suspensión cautelar del subsidio derivada de la incomparecencia al reconocimiento, y darle audiencia para que pueda defenderse no sólo frente a la suspensión cautelar del subsidio sino incluso contra su extinción. Esta observación se formula con carácter esencial a efectos de lo previsto en el artículo 130.3 del Reglamento Orgánico del Consejo de Estado, aprobado por el Real Decreto 1674/1980, de 18 de julio.

En segundo lugar, resulta confuso el último inciso del primer párrafo ("El mismo procedimiento aplicarán las mutuas, previo informe de los médicos adscritos a sus centros de gestión directa, al objeto de comprobar si la incomparecencia a reconocimiento fue infundada"), puesto que la declaración de la suspensión es previa al informe que se habrá de recabar para determinar si la incomparecencia estuvo justificada. Se propone, por tanto, sustituir la expresión "previo informe de los médicos" por otra que no implique ese carácter previo (como "que recabarán informe de los médicos"). Como es obvio, la anterior observación esencial se extiende al procedimiento que han de aplicar las mutuas (que es el mismo, de acuerdo con el Proyecto).

En fin, se sugiere que se contemple de forma expresa la justificación de la incomparecencia, por el trabajador, antes de la fecha fijada para el reconocimiento (que, en unos casos debería impedir que llegase a producirse la suspensión del subsidio, aunque en otros pueda exigir la suspensión cautelar hasta que se contraste aquella justificación).

#### H) Cooperación y coordinación

El artículo 10 del proyecto regula la cooperación y coordinación en la gestión de la incapacidad temporal entre el INSS, el ISM, las mutuas, los servicios públicos de salud de las comunidades autónomas y el INGESA que, dice, se instrumentarán institucionalmente a través de acuerdos, los cuales podrán ser desarrollados mediante convenios específicos. A diferencia del todavía vigente artículo 8 del Real Decreto 575/1997, el proyectado artículo 10 no hace referencia, sin embargo, a la exigencia de que aquellos acuerdos tengan en cuenta los criterios que establezca, en su caso, el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de la Salud.

A juicio del Consejo de Estado, aquella referencia ha de mantenerse, habida cuenta de que el apartado cuarto del artículo 78 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, dispone que, a efectos de la cooperación y coordinación necesaria en la gestión de la incapacidad temporal, "el INSS, las Mutuas, el INSALUD, y los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas, podrán establecer los oportunos Acuerdos, teniendo en cuenta los criterios que establezca, en su caso, el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de la Salud".

#### V. Disposiciones complementarias

##### A) Disposiciones adicionales

La disposición adicional primera impone a las mutuas la remisión a la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social de "los datos e información que se les solicite", para el conocimiento de las actuaciones desarrolladas, así como para evaluar su eficacia. Tanto los informes de CEOE y CEPYME como los de UGT han instado una mayor precisión de la información que las mutuas deben remitir al citado centro directivo, por entender que la fórmula proyectada es demasiado amplia y genérica. El órgano promotor de la iniciativa ha mantenido los términos genéricos sobre la base de que la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social es el órgano de dirección y tutela de las mutuas (de acuerdo con lo previsto en el artículo 71 de la LGSS), especificando que "la información que se contempla en la redacción de este artículo no se refiere a información clínica, sino a información sobre las actuaciones de gestión para conocer cómo efectúan la gestión y control de la prestación" las mutuas. Siendo ello así, el Consejo de Estado propone la introducción de tales precisiones en la disposición adicional de referencia, que podría quedar con la siguiente o similar redacción: "En el marco de las funciones de dirección y tutela que ejerce la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, las mutuas le remitirán los datos e información sobre sus actuaciones de gestión que aquélla les solicite, para el conocimiento de las actuaciones desarrolladas, así como para evaluar su eficacia".

La disposición adicional tercera del proyecto extiende lo dispuesto en los artículos 4.3 y 8.1 sobre el acceso a la documentación clínica de atención primaria y especializada, a los médicos del ISM, "con el objeto de que dispongan de la información necesaria respecto de los trabajadores a los que realizan los preceptivos reconocimientos médicos de embarque marítimo que tienen por objeto garantizar que las condiciones psicofísicas de estos sean compatibles con sus puestos de trabajo". Se trata de una previsión que no encuentra fundamento en la disposición adicional cuadragésima de la LGSS que se menciona en los citados artículos 4.3 y 8.1 del proyecto; con independencia de que pueda encontrar fundamento legal en otra norma (como el artículo 16 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), sobre lo que nada dice la memoria ni el informe del ISM que propuso su incorporación al proyecto, lo cierto es que se trata de una norma extravagante, en el sentido de que queda al margen de la materia que constituye el objeto de la norma proyectada.

En efecto, el contenido de la proyectada disposición adicional tercera no está vinculado con la gestión y control de los procesos por incapacidad temporal, sino que se refiere a los reconocimientos médicos de embarque marítimo, regulados en el Real Decreto 1696/2007, de 14 de diciembre, por el que se regulan los reconocimientos médicos de embarque marítimo. En consecuencia, entiende el Consejo de Estado que la disposición de referencia no debe incluirse en el real decreto proyectado (o, en su caso, habría de llevarse a las disposiciones finales).

La disposición adicional cuarta dispone que, en el plazo de tres meses desde la entrada en vigor del Real Decreto proyectado "se iniciarán las actuaciones para dar cumplimiento" a lo establecido en el artículo 16.2 del Reglamento sobre Colaboración de las Mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 1993/1995. Dicho artículo 16.2, que se introduce mediante la disposición final primera del Real Decreto proyectado, se refiere a las vías para formular reclamaciones con motivo de deficiencias en la gestión desarrollada por las mutuas. Así las cosas, entiende el Consejo de Estado que es necesario revisar la redacción de la proyectada disposición adicional cuarta, de forma que en el referido plazo de tres meses (o en el que se estime necesario) se hayan adoptado las medidas necesarias para dar cumplimiento a lo previsto en el repetido artículo 16.2 (sin que sea bastante que se hayan "iniciado las actuaciones" para darle cumplimiento, lo que no garantizaría su aplicabilidad en el citado plazo).

En fin, en la disposición adicional quinta, debe añadirse el adverbio "también" ("... han de entenderse también realizadas...").

##### B) Disposición derogatoria

La disposición derogatoria incluye una derogación genérica (referida a "cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo dispuesto en el presente real decreto"), y la derogación expresa no sólo del Real Decreto 575/1997 -al que el ahora proyectado viene a sustituir- sino también de la Orden de 19 de junio de 1997, por la que se desarrolla el citado Real Decreto 575/1997, y de la Orden TAS/399/2004, sobre presentación en soporte informático de los partes médicos de baja, confirmación de la baja y alta correspondientes a procesos de incapacidad temporal.

Según la redacción proyectada, la derogación de las citadas órdenes ministeriales es íntegra y no limitada a aquellas de sus previsiones que se opongan a la nueva regulación (de forma que, cuando entre en vigor la norma ahora proyectada carecerá de todo el desarrollo reglamentario incorporado a las citadas órdenes ministeriales). Si no es eso lo que se pretende, debe corregirse la redacción de la disposición derogatoria proyectada; y si se persigue esa derogación íntegra de las citadas órdenes ministeriales, será necesario que en la fecha de su entrada en vigor (el día primero del segundo mes siguiente al de su publicación en el BOE), se hayan adoptado ya cuantas disposiciones sean

imprescindibles para su aplicación.

### C) Disposiciones finales

Las disposiciones finales primera a quinta introducen múltiples modificaciones en diferentes normas reglamentarias, en aspectos que no siempre están conectados con el objeto propio del Real Decreto proyectado (vinculado a la gestión y control de los procesos por incapacidad temporal), lo que debería tener carácter excepcional (tal y como indican las directrices de técnica normativa aprobadas por Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de julio de 2005). Así, se modifican diversos preceptos del Real Decreto 1993/1995, del Real Decreto 295/2009, del Real Decreto 1430/2009, del Real Decreto 404/2010, y del Real Decreto 1630/2011.

En relación con la disposición final primera, ya se ha hecho alguna observación (al tratar de la disposición adicional cuarta). En la disposición final segunda, apartados cuatro y cinco, se sugiere sustituir la expresión "se tendrá en cuenta" por "se aplicará": no se trata de que se tenga en cuenta que en el caso del subsidio de maternidad se aplica la presunción prevista en el artículo 3.8, sino de que dicha presunción se aplique también en relación con el subsidio por paternidad, así como en el subsidio por riesgo durante el embarazo de las trabajadoras por cuenta propia.

La disposición final tercera introduce diversas modificaciones en el Real Decreto 1.430/2009 de 11 de septiembre, por el que se desarrolla reglamentariamente la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, en relación con la prestación de incapacidad temporal. Al margen de la ampliación de algunos de los plazos allí previstos y de otros cambios menores, se añaden dos nuevos artículos con los números 6 y 7. El nuevo artículo 6 regula el procedimiento administrativo de determinación de la contingencia causante de los procesos de incapacidad temporal, por lo que debe añadirse el adjetivo "causante" tanto en el título como en el inciso inicial del nuevo artículo; por lo demás, ya se hicieron algunas observaciones sobre su regulación al examinar el artículo 3 del Proyecto, por lo que debe hacerse aquí una remisión a lo allí indicado.

La disposición final cuarta modifica el artículo 8.2 del Real Decreto 404/2010, de 31 de marzo, por el que se regula el establecimiento de un sistema de reducción de las cotizaciones por contingencias profesionales a las empresas que hayan contribuido especialmente a la disminución y prevención de la siniestralidad laboral. La modificación consiste en la adición de un segundo párrafo, en el que se dice:

"Las resoluciones que reconozcan el incentivo tendrán carácter provisional durante el plazo de cuatro años siguientes a su notificación a la empresa y quedarán condicionadas al efectivo cumplimiento de los requisitos que determinaron la concesión y su importe. En caso de incumplimiento de cualquiera de los mismos, la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social podrá dejar sin efecto el incentivo concedido o su importe y exigir el reintegro de las cantidades indebidamente entregadas. Finalizado el plazo de revisión, las resoluciones serán definitivas"

La memoria justifica el nuevo párrafo en "la finalidad de salvar la actual laguna legal existente, que obliga a tramitar los supuestos de nulidad de los incentivos conforme al procedimiento ordinario de revisión de oficio, el cual, sin embargo es inoperante en este procedimiento ya que el sistema de reducción de cotizaciones regulado en el referido Real Decreto 404/2010, de 31 de marzo, afecta a todo el tejido empresarial español y, por tanto, sus revisiones afectan anualmente a un número muy elevado de empresas y por importes muy diferentes. En consecuencia, resulta necesario prever el carácter revisable de oficio de las resoluciones favorables durante un plazo de cuatro años".

En definitiva, lo que viene a decir la memoria es que con la nueva redacción se trata de evitar el procedimiento de revisión de oficio legalmente previsto, por la carga que ello supone -al exigir dictamen individualizado del Consejo de Estado, según precisa la propia memoria-, y dado que afecta a todo el tejido empresarial español. A ello ha de añadirse que, con la redacción propuesta, se elude también la necesidad de acudir a la vía judicial en casos de simple anulabilidad, al no hacerse referencia alguna a la gravedad del incumplimiento ni a la relevancia del requisito. Se trata de una norma, por tanto, declaradamente orientada a eludir, en relación con actos favorables, el procedimiento de revisión de oficio legalmente previsto y, en su caso, la exigencia de acudir a la vía judicial; y lo hace por la vía de atribuir carácter provisional a los actos que reconozcan el incentivo, a fin de que se puedan revisar libremente durante un plazo de cuatro años, con serio quebranto del principio de seguridad jurídica constitucionalmente proclamado.

A juicio del Consejo de Estado, la conveniencia de eludir los trámites de la revisión de oficio no justifica la atribución de ese carácter provisional de forma generalizada para este tipo de actos, abriéndolos a su posible revisión durante un largo periodo de tiempo sobre la base de cualquier defecto en el cumplimiento de cualquiera de los requisitos, con grave detrimento de la seguridad jurídica. Una norma reglamentaria no puede excluir por sí, aunque sea de forma indirecta, la aplicación del procedimiento de revisión de oficio legalmente previsto precisamente en garantía de los particulares (razón por la se exige el dictamen del Consejo de Estado), lo que obliga a suprimir el segundo párrafo que la disposición final cuarta del Proyecto añade en el artículo 8.2 del Real Decreto 404/2010, sin que pueda mantenerse aquél en los términos proyectados.

En suma, a juicio del Consejo de Estado, el segundo párrafo que la disposición final cuarta del Proyecto añade en el artículo 8.2 del Real Decreto 404/2010 debe suprimirse. Esta observación se formula con carácter esencial a efectos de lo previsto en el artículo 130.3 del Reglamento Orgánico del Consejo de Estado, aprobado por el Real Decreto 1674/1980, de 18 de julio.

No obstante, los razonamientos del órgano promotor de la iniciativa exigen hacer alguna reflexión adicional a fin de buscar solución al problema planteado.

Para abordar la cuestión ha de partirse de la diferencia entre requisitos para obtener un determinado beneficio (normalmente, de concurrencia previa a la concesión del mismo), y condiciones a las que se puede supeditar su eficacia o de las que se hace depender ésta (y que determinan el carácter condicionado del acto). El incumplimiento de las condiciones puede determinar el reintegro de la ayuda obtenida, pero ello no supone la nulidad del acto por el que se concedió aquélla, sino que afecta al plano de su eficacia, de forma que, incumplida una condición, se producirá el reintegro de la ayuda, de acuerdo con lo previsto para tal caso (el acto es válido y produce el efecto propio del incumplimiento de la condición). En cambio, si el otorgamiento de un beneficio exige el cumplimiento de unos requisitos, la Administración debe comprobar ese cumplimiento para reconocer el derecho; y si, una vez comprobada su concurrencia, se reconoce aquel beneficio, la Administración sólo podrá volver sobre sus actos mediante el procedimiento de revisión de oficio legalmente previsto (o, en su caso, acudiendo a la vía judicial), sin que pueda el reglamento establecer un procedimiento de revisión ad hoc, para un determinado tipo de actos, prescindiendo de las garantías que la ley brinda a los particulares en estos casos.

Cuestión distinta es que, en algunos casos, el cumplimiento de los requisitos se constate mediante una declaración del interesado, lo que permite condicionar la eficacia del acto (o, en su caso, el reintegro de la ayuda o incentivo) a la veracidad de esa declaración o a que no se hayan falseado los datos requeridos. Esta posibilidad sí está prevista en distintas leyes de carácter general, sin que ello suponga la nulidad del acto ni exija promover el correspondiente procedimiento de revisión de oficio.

En efecto, la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, distingue expresamente entre las causas de nulidad de la resolución de concesión de la ayuda (artículo 36.1, que remite al procedimiento de revisión de oficio del artículo 102 de la Ley 30/1992), y las causas de reintegro (artículo 37.1, que incluye en primer término la obtención de la subvención "falseando las condiciones requeridas para ello"). De igual modo, en el ámbito de las prestaciones de la Seguridad Social, el artículo 146.1 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social exige con carácter general -en el caso de los actos declarativos de derechos- que se solicite la revisión ante el juzgado de lo social competente, si bien su apartado 2 exceptúa las revisiones motivadas "por la constatación de omisiones o inexactitudes en las declaraciones del beneficiario". En fin, la regulación general de la declaración responsable, contenida en el artículo 71 bis de la Ley 30/1992, define esta como el documento suscrito por un interesado en el que manifiesta bajo su responsabilidad, entre otros extremos, "que cumple con los requisitos establecidos en la normativa vigente para acceder al reconocimiento de un derecho o facultad o para su ejercicio"; pero se dejan a salvo de forma expresa las "facultades de comprobación, control e inspección" que tenga atribuidas la Administración (apartado 3) y se añade que la "inexactitud, falsedad u omisión, de carácter esencial, en cualquier dato, manifestación o documento que se acompañe o incorpore a una declaración responsable" pondrá fin al ejercicio del derecho afectado y podrá determinar la obligación del interesado de restituir la situación jurídica al momento previo al reconocimiento del derecho.

Ahora bien, la posibilidad de exigir el reintegro en caso de falta de veracidad de la declaración del beneficiario en relación con el cumplimiento de los requisitos ya está prevista en el artículo 10 del Real Decreto 404/2010 ("Inspección y control"):

"La falta de veracidad de los datos consignados en la certificación de la empresa a la que se refieren los artículos 2 y 3 conllevará la devolución del incentivo percibido y la exclusión del acceso al mismo por un periodo igual al último periodo de observación, así como la exigencia de las responsabilidades administrativas o de otra índole a las que hubiere lugar, para cuya verificación la entidad gestora o la mutua deberá mantener a disposición de los órganos de fiscalización y control competentes toda la documentación e información relativa a las empresas beneficiarias".

De acuerdo con lo expuesto, el Real Decreto 404/2010 ofrece un marco adecuado -con las precisiones que, en su caso, se estimen procedentes- para dar solución al problema planteado, mediante la aplicación de lo previsto en su artículo 10, sin que sea necesario acudir en tales casos al procedimiento de revisión de oficio previsto en el artículo 102 de la Ley 30/1992, lo que hace, además, innecesario un precepto como que el proyectado en el segundo párrafo del artículo 8.2 del repetido Real Decreto 404/2010.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado es de dictamen:

Que una vez tenidas en cuenta las observaciones formuladas con carácter esencial a los artículos 7.4, 9.4 y a la disposición final cuarta, y consideradas las demás, puede V.E. elevar al Consejo de Ministros, para su aprobación, el proyecto de Real Decreto por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de los procesos por incapacidad temporal en los primeros trescientos sesenta y cinco días de su duración."

V. E., no obstante, resolverá lo que estime más acertado.

Madrid, 3 de julio de 2014

LA SECRETARIA GENERAL,

EL PRESIDENTE,

EXCMA. SRA. MINISTRA DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL.