nº 39 (2º Trimestre 2024)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

La Disrupción Normativa en el subsidio de IT por Contingencias Comunes

Normative disruption in sick leave benefits for common contingencies

Mónica Ricou Casal *Profesora lectora. Derecho del trabajo y seguridad social*
Universitat Oberta de Catalunya (UOC)
https://orcid.org/0000-0003-0274-5017

Cita Sugerida: RICOU CASAL, M.: «La Disrupción Normativa en el subsidio de IT por Contingencias Comunes». *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. 39 (2024): 51-66.

Resumen

La protección de la asistencia sanitaria, como rama protectora de la seguridad social se realiza en el supuesto de las personas trabajadoras diferenciando entre sí las dolencias derivan de contingencias comunes o profesionales. En este último supuesto, la protección correrá a cargo de las Mutuas Colaboradoras (en adelante MCSS), y en el supuesto de contingencias comunes se deriva la protección al sistema nacional de salud (en adelante SNS). Esta diferenciación conlleva que el régimen jurídico del subsidio de incapacidad temporal (en adelante IT) también sea diferente según sean contingencias comunes o profesionales.

La protección de la salud en el sistema nacional de salud abarca no solo a personas trabajadoras, sino también a personas desempleadas o pensionistas entre otros colectivos. La gestión del SNS está distribuida entre las diecisiete CCAA del Estado español. Se advierte que el régimen jurídico del subsidio de IT es único para todo el territorio nacional. La persona beneficiaria tendrá derecho tanto a una cantidad económica como a la prestación de asistencia sanitaria. Así las cosas, depende de la CCAA en que la persona beneficiaria resida la protección de la asistencia sanitaria podrá ser diferente afectando también a la duración de su curación. Si el SNS no consigue tener unas listas de espera razonables, la sanidad privada aflora y con ello la brecha económica.

Palabras clave

Salud; asistencia sanitaria; contingencias comunes; incapacidad temporal; sistema nacional de salud

Abstract

The protection of health care, as a branch of social security, is provided for working individuals, distinguishing between ailments stemming from common or occupational contingencies. In the latter case, protection will be provided by Collaborating Mutual Societies (hereinafter MCSS), whereas for common contingencies, protection is provided by the national health system (hereinafter SNS). This differentiation implies that the legal framework for temporary disability benefits (hereinafter IT) also varies depending on whether they are common or professional contingencies.

Health protection in the national health system covers not only working people, but also the unemployed or pensioners, among other groups. The management of the SNS is decentralised across Spain's seventeen Autonomous Communities (CCAA). It is noted that the legal framework for the IT subsidy is unique for the entire national territory. The beneficiary will have the right to both a monetary amount and healthcare services. Thus, depending on the Autonomous Community (CCAA) where the beneficiary resides, healthcare coverage may vary, affecting the duration of their recovery as well. If the National Health System (SNS) fails to maintain reasonable waiting lists, private healthcare comes to the forefront, widening the economic gap
.

Keywords

Health; healthcare; common contingencies; temporary disability; national health system

"Descansa tan pronto como haya dolor"

Hipócrates

Fecha Recepción: 20/5/2024 - Fecha Revisión: 10/6/2024- Fecha Aceptación: 11/6/2024
Pags. 51-66

1. INTRODUCCIÓN

Se debe iniciar este trabajo con la trascendente definición dada por la Organización Mundial de la Salud (en adelante OMS) sobre el derecho a la salud: "*la salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social y no solo la ausencia de afecciones o enfermedades"*[1]. Además, el texto constitutivo de la OMS señala el goce máximo de salud como derecho fundamental de toda persona. En la Constitución española (en adelante CE), la protección a la salud constituye un principio rector de la política social y económica ubicado en su artículo 43.

Es el artículo 41 de la CE el que regula el sistema de seguridad social: "*Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social, para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres*". Esta definición, si se analiza con detenimiento, implica que se debería mantener el régimen público de seguridad social, incluida la protección de la asistencia sanitaria, a todos los ciudadanos y ciudadanas, en otras palabras, universalidad. Es la última frase la que hace referencia a la libertad de ofrecer prestaciones complementarias al régimen de seguridad social, se debe aunar con el artículo 38 de la CE que prescribe la libertad de empresa.

Así las cosas, este trabajo de investigación pretende analizar si la regulación jurídica del subsidio de incapacidad temporal debido a contingencias comunes tiene una aplicación efectiva y real (art. 169 y ss. de la LGSS[2]). Se estudian las dolencias que tengan su origen no profesional porque son las que la su protección de asistencia sanitaria se cubre por el SNS, y es donde a priori la normativa podría no reflejar lo que efectivamente ocurre en la práctica. En los accidentes de trabajo y enfermedad profesional (en adelante ATEP) la asistencia sanitaria queda protegida por las MC.

Sea como fuere, se deberá velar por la efectiva salud de la persona, que es lo que está en juego junto con el mantenimiento del empleo en situación de IT. En la Declaración Universal de Derechos Humanos (en adelante DUDH) se regula el derecho a la salud en el artículo 25[3]. Siguiendo a MONEREO[4], el derecho a la salud ha de considerarse incluido en el más amplio derecho de la seguridad social. Así se ha reconocido el artículo 25 dentro del marco de los derechos de seguridad social[5]. Lo que ha ocurrido es que, dada la importancia del derecho a la salud, se ha de tener en consideración la conveniencia política jurídica de su diferenciación con los derechos de seguridad social para su mejor garantía. Así lo expresa la Observación n. º19[6] del comité de derechos económicos, sociales y culturales (en adelante CDESC) que incluye el derecho a la salud dentro de las nueve ramas protectoras de la seguridad social. En la Constitución española viene regulado en el artículo 43, dentro de la sección correspondiente a los principios rectores de la política social y económica, capítulo III, Título I: "*Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de las medidas*

[1] Texto constitutivo de la OMS firmado el 22 de julio de 1946 por representantes de 61 Estados. Entró en vigor el 7 de abril de 1948. 49ª edición con las modificaciones adoptadas hasta el 31 de mayo de 2019 Disponible en https://apps.who.int/gb/bd/s/index.html

[2] RD 8 /2015 de 30 de octubre (BOE del 31) Disponible en https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-11724&p=20240112&tn=1#a169 (en adelante LGSS)

[3] Naciones Unidas. Asamblea General de Naciones Unidas. Declaración Universal de Derechos Humanos. 1948. Disponible en: https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/

[4] Monereo Pérez, J. L. "La garantía del derecho a la salud y la asistencia sanitaria en la normativa internacional general y comunitaria*".* Francis Lefebvre Derecho de las relaciones laborales, no 3 de 2019, p. 255.

[5] Monereo Pérez, J.L." La salud como derecho humano fundamental" *Wolter Kluwer Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica número* 9 de 2014 p. 54.

[6] Naciones Unidas. Comité de derechos económicos sociales y culturales. *Observación general Nº 19: El derecho a la seguridad social (artículo 9)*, febrero 2008. Disponible en: https://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/docs/gc/e.c.12.gc.19_sp.doc

preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto. Los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte".

En suma, el artículo 43 de la CE se debe interpretar en base con el artículo 10.2 de la CE ("*las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretaran de conformidad con la DUDH y los Tratados y acuerdos Internacionales sobre las mismas materias ratificados por España")* bajo la óptica del artículo 25 de la DUDH, el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales, (en adelante PIDESC)[7], el preámbulo de la OMS, el artículo 9 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante TFUE)[8], el artículo 35 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea (en adelante CDFUE)[9], y otras normas de Derecho derivado de la UE. Se advierte como la normativa internacional da fuerza jurídica al derecho a la salud y lo contempla como derecho fundamental y universalista.

La línea de investigación principal de este artículo doctrinal, como se ha indicado ut supra, se encuentra en la duración del subsidio de IT. La naturaleza jurídica de este subsidio de carácter temporal señala que el hecho causante se produce, entre otros requisitos, cuando la persona trabajadora reciba asistencia sanitaria y (se entiende que se han de cumplir las dos condiciones) esté impedido para el trabajo. La duración se ha establecido en trescientos sesenta y cinco días, prorrogables por otros ciento ochenta días cuando se presuma que durante ellos la persona trabajadora puede ser dada de alta médica por curación.

La pregunta subyace de forma inmediata ¿los plazos de duración establecidos en la LGSS van de la mano de los plazos en los que se atiende a la persona trabajadora en el SNS? No se pretende desde estas líneas defender que las personas trabajadoras tengan preferencia en el SNS, sino que la regulación jurídica del subsidio de IT tenga en cuenta que las personas trabajadoras son atendidas por aquel.

2. EL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

Es la Ley 14/1986[10] (en adelante LGS) dónde se regula la asistencia sanitaria. La LGS estableció dos vías de integración del servicio público de protección de asistencia sanitaria en el SNS. En primer lugar, se crearon los servicios de salud de las CCAA. Quedaba en ellos ubicada la política de salud y la de los servicios de atención: salud pública, planificación sanitaria y servicios asistenciales. Se reguló la integración de las redes asistenciales de titularidad pública en los servicios de salud de las CCAA. En segundo lugar, se integraron los diferentes subsistemas de cobertura con financiación pública: mutualismos administrativos, las MCSS, y el Instituto Social de la Marina, en un único sistema.

La delimitación prestacional del SNS se contempla según el conjunto de las Leyes: Ley 16/2003, RD 1030/2006 y disposición adicional cuarta del RD 63/1995. Además, debido al proceso de trasferencias sanitarias a las distintas CCAA, estas pueden hasta el momento aprobar sus carteras de servicios establecidas en el SNS. Como límite, se encuentra el artículo 4 de la Ley 16/2003, que establece los derechos que deben ser comunes en el conjunto del SNS.

[7] NU. Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales

[8] UE. Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=celex%3A12012E%2FTXT

[9] Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea fue proclamada el 7 de diciembre del año 2000 en Niza, versión revisada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo. EUR-Lex - 12016P/TXT - EN - EUR-Lex (europa.eu)

[10] Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad. (BOE de 29 de abril) Disponible en https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1986-10499

En efecto, el artículo 4 señala como derechos: disponer de una segunda opinión facultativa, recibir asistencia sanitaria en su comunidad autónoma de residencia en un tiempo máximo con base en el artículo 25 de la misma ley y recibir en la CCAA que el ciudadano o la ciudadana se encuentre desplazado, la asistencia sanitaria del catálogo de prestaciones del SNS que pueda requerir, en las mismas condiciones que las y los residentes en esa CCAA.

La LGS tiene como objetivo regular la asistencia sanitaria como servicio público y dar cobertura universal. A pesar de esto en la exposición de motivos se hace eco de la crisis económica y de que este objetivo se deberá conseguir de manera progresiva: "*por razones de crisis económicas que no es preciso subrayar, no generaliza el derecho a obtener gratuitamente dichas prestaciones, sino que programa su aplicación paulatina, de manera que sea posible observar prudentemente el proceso evolutivo de los costes"*

La LGS no define un modelo inequívoco de sistema sanitario. Al inicio de su articulado prescribe que el SNS, es de carácter universalista, adaptado a la estructura del Estado de las Autonomías. Sin embargo, en su desarrollo se vincula el acceso a la prestación sanitaria, a la extensión de la cobertura de la seguridad social. (Disposición transitoria quinta)[11]. No se pudo evitar la superposición de sistemas en relación con la protección de la asistencia sanitaria.[12]

Ciertamente, la Ley 14/1986 contempla la extensión de los servicios del SNS a "*toda la población*", art. 46 a). No obstante, en el art. 3.2 se remarca "*a toda la población española*". En el marco de estas oscilaciones, el art. 1.2 incluye a los extranjeros residentes en territorio nacional y el artículo 1.3 los españoles que se encuentren fuera del territorio nacional y los extranjeros no residentes de acuerdo con las Leyes y convenios internacionales. Lamentablemente, aún no se llegaba a cubrir a todas y todos, prueba de ello es el art. 16 de la Ley 14/1986: "*existen usuarios sin derecho a la asistencia de esos servicios, que pueden acceder a ella como pacientes privados que deberán satisfacer su importe*"[13]

En 1988 se extendió la cobertura sanitaria a los ciudadanos y ciudadanas sin recursos[14]. Hasta el momento recibían asistencia sanitaria mediante la beneficencia municipal. La Ley 16/2003[15] amplió el ámbito subjetivo del derecho a la asistencia sanitaria. Se incluyeron ciudadanos extranjeros, ciudadanos comunitarios y a los que tuvieran reconocido este derecho sobre la base de tratados y convenios internacionales. Su artículo 2 b) habla de aseguramiento universal. El art. 3.2 de la Ley 16/2003 prescribe en qué supuestos se tendrá derecho a asistencia sanitaria: "*Tener nacionalidad española y residencia habitual en territorio español*". Resulta necesario indicar que las personas discapacitadas también tienen derecho a la protección de la salud con base en el art. 10 del RD Legislativo 1/2013[16].

[11] "*La extensión de la asistencia sanitaria pública a la que se refieren los artículos 3.2 y 20 se efectuará de forma progresiva."*

[12] Sevilla, F. "La universalización de la atención sanitaria. Sistema Nacional de Salud y Seguridad Social" Ministerio de Trabajo Fundación Alternativas 2006 pág. 15.

[13] Montoya Melgar, A. "Equidad y universalidad en la sanidad pública". Aranzadi Thomson Reuters. Nueva Revista española de Derecho del Trabajo. Núm. 174 de 2015 pág. 16.

[14] RD 1088/1989 de 8 de septiembre (BOE de 9 de septiembre) Disposición derogada en fecha 5 de agosto de 2012. Se daba cumplimiento a lo establecido por el art. 80 de la Ley 14/1986, de 25 de abril dispone que el Gobierno regulará el sistema de financiación de la cobertura de la asistencia sanitaria del Sistema de la Seguridad Social para las personas sin recursos económicos no incluidas en la misma, con cargo a transferencias estatales. Desarrollado por la Orden de 13 de noviembre de 1989.

[15] Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud. (BOE de 29 de mayo) disponible en https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2003-10715

[16] RD Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y su inclusión social. Disponible en: https://www.boe.es/buscar/act.

La Ley 33/2011 General de Salud Pública[17], reguló la asistencia sanitaria pública la extendió: "*a todos los españoles residentes en territorio nacional*" no cubiertos por otras normas, incluyendo expresamente a quienes hubieran agotado las percepciones por desempleo, y respetando la situación de quienes se integrasen en las Mutualidades de funcionarios Civiles, Judiciales y Fuerzas Armadas (Disposición adicional 6º). La norma se centra en la prevención y protección de la salud de forma colectiva.

El RD Ley 16/2012[18] constituyo un vuelco, una involución del sistema nacional de salud. Limitaba el acceso a la salud y a las prestaciones sanitarias, contraviniendo el principio de universalidad. El Real decreto 1192/2012[19] reguló la condición de asegurado y de beneficiario, a efectos de la asistencia sanitaria mediante el SNS. Quedaban excluidas del derecho a la asistencia sanitaria: las personas extranjeras sin residencia legal en España. Solo quedaban garantizados para este colectivo los servicios de emergencia y en el caso de mujeres embarazadas lo relacionado con el parto y puerperio. Se justificó la medida tomada en 2012 como una contención del gasto. Sin embargo, como en los años posteriores se ha podido comprobar que la salud pública depende en gran medida del acceso a la asistencia sanitaria individualmente considerado.

Igual que en el desarrollo de las bases del Estado, las CCAA pueden ampliar la cartera de servicios, del mismo modo se debería poder ampliar el ámbito subjetivo que el Estado determina. Con posterioridad la Ley 22/2013[20] excluyó también del derecho subjetivo a la asistencia sanitaria a las personas desempleadas, sin derecho a prestación ni subsidio de desempleo, cuando se encontrasen fuera del territorio español por un período de tres meses, computado en un año natural. En este sentido, para paliar los efectos de estas normativas, la mayor parte de CCAA dictaron normativa que ampliaba el ámbito subjetivo de aplicación. El fin de esta normativa vino de la mano del Real Decreto Ley 7/2018 de acceso universal al SNS.[21] Con posterioridad al RD Ley 7/2018 el acceso a la asistencia sanitaria se basará en la condición de ciudadano o ciudadana.

El Decreto Ley 7/2018 significó un paso más en la consecución del proceso de universalización del derecho a la protección de la salud iniciado por la Ley 14/1986. La atención sanitaria queda ligada a la condición de ciudadana o ciudadano, no a la de asegurado por ejercer actividad laboral o recibir una prestación "*procurar el derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria en las mismas condiciones, a todas las personas que se encuentren en el Estado español*"[22].

Los objetivos del RD Ley 7/2018 se concentraban en: restituir la asistencia sanitaria a los colectivos a los que se les había excluido en el RD Ley 16/2012, terminar con la desigualdad en el acceso a la prestación de asistencia sanitaria generada por este y armonizar el contenido de la desigual

php?id=BOE-A-2013-12632. Art. 10.1: "*Las personas con discapacidad tiene derecho a la protección a la salud, incluyendo la prevención de la enfermedad y la protección, promoción y recuperación de la salud, sin discriminación por motivo o por razón de discapacidad, prestando especial atención a la salud mental y a la salud sexual y reproductiva".*

[17] Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública. Disponible en: https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2011-15623

[18] RD Ley 16/2012 de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del SNS y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones.

[19] RD 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a Fondos Públicos, a través del SNS. (BOE de 4 de agosto) disponible en https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2012-10477

[20] Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014 (BOE de 26 de diciembre) disponible en https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2013-13616

[21] Real Decreto Ley 7/2018, de 27 julio, sobre el acceso universal al SNS (BOE de 30 de julio) disponible en https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2018-10752

[22] Exposición de motivos del Decreto Ley 7/2018.

normativa. No se ha llegado a la consecución de los objetivos propuestos. La Ley 16/2003, art. 3.3, ofrece la posibilidad de suscribir un convenio especial de atención sanitaria en los casos de que no se tenga derecho a atención sanitaria por fondos públicos.

En efecto, el ámbito subjetivo establecido por el RD Ley 7/2018 quedaría conformado por las personas de nacionalidad española y extranjeras con residencia en España (como estaba ya inicialmente con la Ley 14/1986). También abarcaría a las personas que aun no teniendo residencia en España tuviesen derecho a asistencia sanitaria sobre la base de cualquier otro título jurídico (trabajadores transfronterizos, trabajadores desplazados o pensionistas españoles no residentes en España). La novedad más destacada fue la recuperación de la atención sanitaria a las personas extranjeras que careciesen de residencia legal en España.

En este contexto el martes 14 de mayo de 2024 el Consejo de ministros inició la tramitación de la Ley de Universalidad del SNS, que derogará el RD Ley 7/2018, de 27 de julio[23], el cual aún había dejado algún colectivo sin protección real de asistencia sanitaria, a merced de la buena voluntad de las CCAA. De esta forma se garantizará: "la *homogeneidad en la efectividad del derecho a la protección a la salud de las personas no registradas ni autorizadas como residentes en España",* a las *"personas ascendientes reagrupadas por su hijo o hija titular del derecho a la asistencia sanitaria que estén a cargo del mismo"* y las autoridades *"no exigirán seguro de enfermedad para autorizar la residencia en España o la inscripción en el registro central de extranjeros cuando comprueben que la persona ascendiente se encuentra a cargo de una persona"*[24].

2.1. Gestión descentralizada del SNS

La asistencia sanitaria es un auténtico derecho fundamental prestacional. Este fue el motivo de la aprobación de la Ley 14/1986. Así pues, se constituye una única organización territorialmente descentralizada. Se reorganiza la asistencia sanitaria mediante el SNS como el conjunto de servicios de salud del Estado y CCAA, "*integra todas las funciones y prestaciones sanitarias que los poderes públicos han de dispensar para la adecuada protección de la salud*" [25]. De hecho, el sistema sanitario es el conjunto de sistemas autonómicos y descentralizados, dada la competencia autonómica en la materia.

El Estado, en el SNS, como dispositivo único (art. 46.c)), determinará la normativa básica basándose en el art. 149.1.16 de la CE. La concreción del contenido de la normativa básica queda regulada en el art. 40 de la LGS. De esta forma una vez se haya fijado el contenido mínimo podrán las CCAA establecer requisitos adicionales. La Ley 16/2003 subrayó la "*necesaria cohesión del Estado autonómico*".

En este sentido, la Ley 16/2003 reguló mecanismos de cooperación y coordinación de las administraciones públicas en materia de asistencia sanitaria. El fin era y es que las y los ciudadanos gocen de un servicio en condiciones de igualdad en el acceso independientemente de la residencia. El SNS es un gran reto en el Estado del Bienestar. Sus características lo avalan: universalidad, calidad, integración y solidaridad.

[23] RD-Ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud (BOE de 30 de julio de 2018) Disponible en: https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2018-10752

[24] Consejo de ministros. Aprobado el Proyecto de Ley de Universalidad del Sistema Nacional de Salud (SNS), 14 de mayo de 2023 Disponible en https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/referencias/Paginas/2024/20240514-referencia-rueda-de-prensa-ministros.aspx#salud

[25] Art. 45 de la LGS.

Un aspecto que se podría poner en tela de juicio es que delante de las crisis económicas, ha tenido una insuficiente financiación e incluso se ha recortado su presupuesto afectando a la calidad y a los principios por los que nació. En la Ley 16/2003 se regulan los seis ámbitos de colaboración entre las administraciones públicas sanitarias: prestaciones del SNS, la farmacia, las y los profesionales sanitarios, la investigación, el sistema de información sanitaria y la calidad del sistema sanitario. De esta forma se garantizan la coordinación y cooperación de las administraciones públicas sanitarias, su calidad y participación en el SNS.

El artículo 56 de la LGS señala que los servicios de salud de las diferentes CCAA delimitaran en su territorio demarcaciones territoriales denominadas áreas de salud. Son las estructuras fundamentales del sistema sanitario encargadas de la gestión unitaria de los centros y establecimientos sanitarios. La LGS desarrolla con carácter básico los deberes y derechos de las ciudadanas y los ciudadanos en general en relación con la sanidad entre ellos: derecho al respeto, a la dignidad, información sobre los servicios sanitarios, a la confidencialidad de toda información, a la asignación de doctora o doctor o entre otros derechos a elegir médico.

Para dotar de contenido al art. 43 de la CE se provee a los poderes públicos de una serie de prestaciones y servicios para proteger la salud de las personas. La técnica utilizada es la del catálogo. Se definen los elementos comunes a todo el sistema, la oferta de servicios públicos sanitarios y las condiciones que tendrán que reunir las personas beneficiarias para tener acceso a los mismos. Se inspira en los principios de equidad, coordinación y cohesión de los servicios sanitarios. Las CCAA pueden complementar el catálogo básico, por lo que no se garantiza la uniformidad de los servicios sanitarios de las diferentes CCAA. El Estado solo garantizará las bases y coordinación en materia sanitaria.

La organización territorial descentralizada del modelo sanitario, no obstante, el principio de equidad que propugna la Constitución tiene sus fragmentaciones tanto en el acceso a la prestación, contenido, financiación, como en la gestión. Con relación a esto, la LGS ya afirmó: que la transferencia de los servicios de salud a las CCAA era susceptible de agravar las "*dificultades organizativas tradicionales*". De esta forma se advirtió de "*la coordinación y en su caso la integración de todos los recursos sanitarios públicos en un dispositivo único"* (art. 46 c)).

Resulta imprescindible traer a colación el artículo 138.2 de la CE: "*Las diferencias de entre los estatutos de las distintas CCAA, no podrán implicar, en ningún caso, privilegios económicos o sociales*". Y el artículo 139.1 de la misma norma dónde indica que "*todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio del Estado*".

Debido al temor a que hubiese desigualdades según CCAA la LGS reguló en el Capítulo IV Título III la "*Coordinación General Sanitaria*" para fijar objetivos comunes. No obstante, la política de salud se ha de basar en superar los desequilibrios sociales y territoriales (art. 3.3 de la LGS). Por lo que no se deben conculcar los derechos fundamentales y protección de la salud de las ciudadanas y los ciudadanos y se debe respetar el ámbito competencial diseñado por la CE. [26] Como objetivo la Ley se marca el perfeccionamiento del SNS con la correspondiente "*cohesión del Estado autonómico*".

Así las cosas, también se pretendía recibir un servicio sanitario "*en condiciones de igualdad efectiva en el acceso, independientemente del lugar de residencia"*. La Ley no podía pretender la uniformidad de los servicios sanitarios, dado que la CE atribuye en exclusiva al Estado "*las bases y*

[26] Díaz Aznarte, MT "La estructura de gestión de la asistencia sanitaria en España. Descentralización y papel de las CCAA" en VVAA. Salud y Asistencia Sanitaria en España en tiempos de pandemia COVID-19 Tomo I. Monereo Pérez, JL, Rivas Vallejo, P, Moreno Vida, MN, Vila Tierno, F, Álvarez Tornes, JC. (directores), pág. 433.

coordinación general de la sanidad" En este sentido se admiten carteras de servicios complementarias de las CCAA cuando haya "*suficiencia financiera*".

Tanto por parte del Gobierno como de la Administración se deben dictar planes comunes para proteger la no fractura del sistema sanitario público. La Ley 16/2003 reconoce que la proximidad de la asistencia sanitaria a ciudadanos y ciudadanas proporciona garantías en cuanto a *equidad, calidad y participación"*[27] aunque también hay riesgos de descoordinación.

A pesar de todo la CE ampara la heterogeneidad de la cartera de servicios, si no, no se hubiese otorgado competencia exclusiva en sanidad al Estado. El Tribunal Constitucional en su sentencia 124/1989 manifiesta que en materia de seguridad social (artículo 41) sí se otorga la competencia exclusiva (unidad del sistema y unidad de su regulación) al Estado y se intenta garantizar la unidad, a diferencia del artículo 149.1.16[28].

El TC ha señalado que la CE ha atribuido al Estado las condiciones básicas que garanticen los derechos y libertades constitucionales. Estas se refieren al contenido primario del derecho, no a que se deba garantizar la igualdad en cualquier parte del territorio nacional, ya que sería incompatible con el Estado de las Autonomías. Así pues, el TC en sentencia de 10 de junio de 2004 determinó que los precios de referencia de las especialidades farmacéuticas es el mínimo común denominador exigible en todo el territorio español y condición básica para las ciudadanas y los ciudadanos en el ejercicio de un derecho constitucional como el derecho a la protección de la salud[29].

El catálogo de prestaciones se define en el art. 7 de la Ley 16/2003: conjunto de servicios preventivos, diagnósticos, terapéuticos, rehabilitadores y de promoción de la salud dirigidos a ciudadanas y ciudadanos, comprendiendo como modo de actuación las prestaciones de "*salud pública, atención primaria, especializada, sociosanitaria, urgencias, prestaciones farmacéuticas, ortoprotésica, productos dietéticos y el transporte sanitario"*[30]. Equidad, cohesión y coordinación sanitaria son los principios del catálogo de prestaciones del SNS para "*garantizar las condiciones básicas y comunes para una atención integral*"

El catálogo de prestaciones traza las distintas categorías de prestaciones sanitarias. Caracterizado el derecho a la salud como derecho fundamental se debería poder afirmar la prevalencia de la racionalización social sobre la económica. Se ha de encontrar el punto medio entre la viabilidad del sistema y la suficiencia y calidad de las prestaciones. No se puede mantener una visión estática e inamovible del catálogo de prestaciones. El objetivo final debe ser llegar a ofrecer una asistencia integral con una atención eficaz y de calidad.

El artículo 8 de la Ley 16/2003 contempla la Cartera común de servicios del SNS. Se regula como "*el conjunto de técnicas, tecnologías o procedimientos entendiendo por tales cada uno de los métodos, actividades y recursos basados en el conocimiento y experimentación científica, mediante los que se hacen efectivas las prestaciones sanitarias."*. Este catálogo fue desarrollado por el RD 1030/2006[31] dónde se estableció el contenido de la cartera de servicios comunes y donde se concretan

[27] Exposición de motivos de la Ley 16/2003.

[28] Tribunal Constitucional. Sentencia de 7 de julio de 1989 124/1989. Disponible en: https://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/1330

[29] TC. Sentencia de 10 de junio de 2004 98/2004 (BOE de 10 de junio de 2004) disponible en https://hj.tribunalconstitucional.es/de/Resolucion/Show/5103

[30] Ley 16/2003 de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud. Disponible en https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2003-10715

[31] Real Decreto 1030/2006 de 15 de septiembre por el que se establece la cartera de servicios comunes del SNS y el procedimiento para su actualización.

las técnicas, tecnologías o procedimientos mediante los cuales se hacen efectivas las prestaciones sanitarias.[32]

Este trabajo de investigación hace un reclamo a un SNS no fragmentado en sus procedimientos por las diferentes CCAA, esta falta de uniformidad no ayuda a la cohesión y podría provocar desigualdades. Si el subsidio de incapacidad temporal implica estar recibiendo asistencia sanitaria, esta prestación será diferente según la CCAA de residencia. No se pretende abogar por el no respeto al estado de las autonomías, pero sí unos criterios básicos y uniformes en todo el territorio nacional. En otras palabras, no se puede tener la sensación de estar frente a diecisiete sistemas nacionales de salud.

2.2. Las listas de espera para la atención médica en el punto de mira

Para una efectiva y real protección de la asistencia sanitaria, el tiempo es un factor clave. Lo contrario podría derivar en un diagnóstico tardío y que no se pudiese atender a tiempo su curación. Es el artículo 25 de la Ley 16/2003 el que señala que será en el Consejo Interterritorial dónde se acordarán los criterios marco para garantizar un tiempo máximo de acceso a las prestaciones del SNS.

Son las CCAA las que definen los tiempos máximos, lo que lleva a tambalear el principio de homogeneidad y que no tengan la misma prestación de asistencia sanitaria las personas trabajadoras beneficiarias del subsidio de IT por contingencias comunes. Se observa que los artículos 43 y 41 de la CE van ineludiblemente unidos, pero la competencia para su desarrollo de este último es exclusiva del Estado. Se excluyen de lo indicado "*las intervenciones quirúrgicas de trasplantes de órganos y tejidos, cuya realización dependerá de la disponibilidad de órganos, así como la atención sanitaria ante situaciones de catástrofe*". Los tiempos de espera en las diferentes CCAA son diferentes, por lo que la protección a la salud quedará garantizada dependiendo del lugar de residencia.[33]

El RD 605/2003 de 23 de mayo establece medidas para el tratamiento homogéneo de la información sobre las listas de espera en el SNS[34].Con posterioridad el RD 1039/2011 de 15 de julio, con naturaleza jurídica de legislación básica y común en materia de garantías de tiempos máximos de acceso para todo el SNS se refiere a intervenciones quirúrgicas, así entre otras se establece un plazo máximo de 180 días para prótesis de caderas.

Sea como fuere, en la práctica del día a día de la gestión del SNS las listas de espera largas son lamentablemente habituales sea la CCAA que sea. Por tanto, además de falta de uniformidad en la duración de la lista de espera si se reside en una CCAA u otra hay que añadir el coste emocional y en salud cuando esas listas se alargan por encima de lo razonable.

Podría ser recomendable para descongestionar el SNS que las MCSS pudiesen asumir las pruebas diagnósticas de las personas trabajadoras en dolencias de origen común. Por añadidura se podría analizar también la asunción del servicio de traumatología y su posterior rehabilitación, especialidad dónde las MCSS tienen una tradición médica importante y de calado. Esto ayudaría a que los procesos de IT por contingencias comunes de esta especialidad médica se beneficiasen de una más rápida atención y por consiguiente se pudiese reducir su duración. Como consecuencia el coste económico de los subsidios de incapacidad temporal por contingencias comunes asumidos

[32] Hasta la aprobación del RD 1030/2006 de 15 de septiembre se aplicaba el RD 63/1995 de 20 de enero. Actualmente derogado a excepción de su DA cuarta en tanto desarrolla el contenido de la cartera de servicios de atención sociosanitaria.

[33] Moreno Aleman, J. Albelda De La Haza, M.L "Acceso a las prestaciones sanitarias ¿Igualdad efectiva de los asegurados del SNS?" Universidad de Castilla La Mancha *Revista CESCO de Derecho de consumo* número 8/2013

[34] RD 605/2003 de 23 de mayo, por el que se establecen medidas para el tratamiento homogéneo de la información sobre las listas de espera en el SNS (BOE de 5 de junio de 2003).

por la MCSS también se reduciría, serían ellas mismas quien controlarían la curación de la persona trabajadora.

2.3. La asunción por el SNS de la salud mental de origen profesional

Aún hoy hay reticencia y tabú en las dolencias de origen mental, y por ende en la salud mental en el trabajo. Los riesgos psicosociales no siempre se encuentran incluidos en los planes de prevención de riesgos laborales de las empresas (en ocasiones se acaban incluyendo por requerimiento de la inspección de trabajo), y menos aun distinguiendo si afectan por igual si el puesto de trabajo es ocupado por un hombre que por una mujer o una persona trans. Por añadidura, las MCSS son reticentes a reconocer afecciones que tengan que ver con la salud mental como contingencias profesionales.

A estos efectos el síndrome del *burnout*, que se define por la Clasificación Internacional de enfermedades (CIE-11) como "*un síndrome conceptualizado resultado del estrés crónico en el lugar de trabajo que no se ha manejado correctamente*"[35] es un claro ejemplo de salud mental asumida sino hay reclamación a posteriori por el SNS. Es en sede judicial dónde se reconoce el origen profesional, creando una clara brecha económica y de salud, dar el paso para interponer demanda judicial puede influir negativamente en la enfermedad que se padezca. Sirva como ejemplo la sentencia del tribunal superior de justicia de Andalucía de 1 de junio de 2017 donde se pone de relieve lo explicado[36]. El supuesto, de hecho, origen del conflicto judicial es sobre una trabajadora de personalidad exigente y eficiente, con ciertos rasgos de personalidad anancástica.

La trabajadora acostumbraba a prolongar su jornada laboral y realizar más tareas de las que le correspondían. Inició proceso de incapacidad temporal por ansiedad, derivando después en una incapacidad permanente (en adelante IP) por contingencias comunes. La trabajadora mostró su disconformidad en que se considerase que el origen de la contingencia fuese por contingencias comunes. El TSJ estimó el recurso de suplicación y falló que la IP derivaba de contingencias profesionales. La exclusiva causa del estado patológico fue el trabajo, se aplicó también la presunción de laboralidad. Una enfermedad psiquiátrica, aunque no se haya producido de forma súbita puede ser considerada accidente de trabajo.[37]

A esto se suma, que el listado de enfermedades profesionales necesitaría de una actualización en clave perspectiva de género, póngase, por ejemplo: las dolencias y patologías que sufren las camareras de piso[38]. En consecuencia, el colectivo de personas trabajadoras que debe proteger el SNS se incrementa.

[35] OMS. Clasificación International de Enfermedades. La OMS aprobó durante la 72 Asamblea Mundial de la Salud, celebrada en Ginebra del 20 al 28 de mayo de 2019, la CIE-11, en vigor 2022 https://www.who.int/standards/classifications/classification-of-diseases

[36] Tribunal Superior de Justicia de Andalucía. Sala de lo Social de 1 de junio de 2017. Núm. De Resolución 1683/2017 Disponible en https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/74af2fbc0a64c6e0/20170825.

[37] Ricou Casal, M. "El "burn out": las nuevas enfermedades psicosociales se abren paso como un accidente laboral. Comentario de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía / Sevilla 1683/2017, de 1 de junio". Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos no. 420 de 2018 pp. 140-143.

[38] Revisión jurisprudencial de las dolencias y patologías que sufren las camareras de piso: "Propuesta para su reconocimiento como enfermedad profesional" Martínez Moreno, C., Álvarez Cuesta, H. Grau Pineda, C. Castro Franco, A. Instituto de las Mujeres, 2023

3. SEGUROS PRIVADOS

Como punto de partida hay que tener en cuenta la inevitable relación entre el reconocimiento subjetivo a las prestaciones sanitarias y el deber público de satisfacer estas. Por tanto, el derecho a la prestación sanitaria es un derecho social. Es el estado el que tiene el deber de garantizar unos niveles razonables de salud.

El art. 43 de la CE no impone que la organización de los servicios sanitarios tenga carácter público o privado, aunque la naturaleza pública debe quedar salvaguardada. Tampoco la LGS establece una técnica de gestión de la sanidad. Principalmente, la LGS incorpora un modelo de organización basado en la gestión directa de tradición en las instituciones de la seguridad social. Mediante el RD ley 10/1996 (transformado en la Ley 15/1997) se estableció que la organización de los centros sanitarios se podía llevar a cabo directa o indirectamente por cualquier entidad admitida en derecho, como a través de la constitución de consorcios, fundaciones u otros entes dotados de personalidad jurídica.

En este sentido, la Ley 15/1997[39] advierte que la gestión privada no puede suponer una privatización de este servicio público "*garantizando y preservando en todo caso su condición de servicio público*". En efecto la prestación de asistencia sanitaria tiene el carácter de prestación no contributiva (art. 86.2 b) de la LGS) integrada en el sistema de Seguridad Social. Se financia a través de los presupuestos generales del Estado, con la excepción de las contingencias profesionales.[40]

Es a partir de la Ley 15/1997 que se crea una organización formada por estructuras públicas, privadas y mixtas en la gestión sanitaria [41]. Esto representa un riesgo para el principio de coordinación que ha de amparar el SNS y para poder preservar la titularidad pública de la competencia sanitaria. Inicialmente, la intervención privada se realizó para llegar dónde no llegaba la intervención pública para la prestación del servicio de asistencia sanitaria, que es lo que entraría dentro del marco constitucional. De este propósito inicial se pasó a procurar la eficiencia y eficacia del gasto público para conseguir la sostenibilidad financiera.

Durante la pandemia del COVID-19, el desbordamiento de los servicios públicos sanitarios provocó la necesidad de acudir a entidades sanitarias privadas. Así, por ejemplo, en Andalucía se recurrió a la sanidad privada no solo para los enfermos de COVID-19, sino para otras y otros pacientes con otras patologías que no podían ser atendidos en la red de centros públicos andaluces.

Sea como fuere el SNS es un sistema sanitario de naturaleza pública. Los principios que le alumbran son el de financiación pública, universalidad, equidad corrección de desigualdades y participación social, orientada hacia la mejora de la calidad, la innovación y la cohesión. Lo que ocurre cuando hay insuficiencia económica en el sector público es que tiene sus consecuencias perjudiciales hacia usuarios, pacientes, fabricantes, proveedores, lo que conlleva un riesgo en la calidad asistencial pública y sostenibilidad de las compañías y sus inversiones.

Es conveniente abordar la importancia y relevancia del sector privado en la protección de la asistencia sanitaria en España. Los agentes privados tienen su importancia tanto como proveedores y prestadores de bienes y servicios y también como colaboradores para garantizar la calidad y eficiencia.

[39] Ley 15/1997, de 25 de abril, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud. (BOE de 26 de abril). Disponible en https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1997-9021

[40] Ley 49/1998 de 30 de diciembre, de PGE para el año 1999. A partir de este momento las prestaciones sanitarias dejaron de sufragarse con cotizaciones sociales De esta forma se desvincula la prestación de asistencia sanitaria de la Seguridad Social.

[41] El RD 29/2000 de 14 de enero, sobre nuevas formas de gestión del Instituto Nacional de la Salud, concretó la habilitación efectuada por la Ley 15/1997.

La sanidad privada tiene su origen en la libertad de empresa, aunque complementa el SNS con la asistencia que presta (descongestiona el sistema público y a la vez asume gastos que de otra forma debería asumir el SNS).

Hay diferentes modelos de gestión del sector sanitario en la prestación de la asistencia sanitaria: para pruebas y procedimientos diagnósticos, para prestaciones sanitarias como la diálisis, para la concertación de la asistencia sanitaria pública en una determinada zona, o para el uso de quirófanos.

Si se tiene en cuenta la Mutualidad de funcionarios (MUFACE)[42], abarca a 1,3 millones de funcionarios y funcionarias que son atendidos en la sanidad privada. Solo se debe pensar que si estas funcionarias y funcionarios pasasen a depender de la sanidad pública el colapso sería casi inminente[43]. Como apunte hay que señalar que los funcionarios públicos civiles y militares se consideran incluidos en su régimen especial como señala el artículo 10 de la LGSS. Se regirá por las leyes específicas dictadas al efecto. No deja de ser un régimen excepcional, ya que no se señala como en otros regímenes especiales que se debe tender a la máxima homogeneidad con el Régimen General.[44]

Si el SNS fuese responsable de asumir la protección de la salud de todas y todos los españoles se pondría en peligro su subsistencia. Según los datos del Instituto para el Desarrollo e Integración de la Sanidad (IDIS), si el colectivo que hoy acoge MUFACE pasase a la Seguridad Social aumentaría el coste sanitario en 800 millones de euros[45]. A pesar de esta afirmación se trabaje o no para la administración del Estado, no deja de ser una diferenciación que se escapa a la unidad e igualdad.

Con todo a nadie se le escapa que después de los estragos causados por la pandemia en el sistema público la gran beneficiada ha sido la asistencia privada. Se debería pensar si se corre el riesgo de mercantilizar la asistencia sanitaria, además con la falta de control que supone la no coordinación entre el SNS y las Mutuas privadas. Se debería tener un único historial clínico dónde constase tanto lo realizado en la sanidad pública como privada, para tener una sanidad integral e integradora.

Si no hay más inversión en el sistema público, ese espacio es ocupado por la sanidad privada. Las personas tienen doble cobertura sanitaria, al fin y al cabo, si se paga por unos servicios que se ofrecen sin coste alguno el sistema está fallando. Se debe poner de relieve que la asistencia primaria durante la pandemia asumió el coste y el tiempo en los rastreos, pruebas diagnósticas y vacunación.

Los efectos favorables del sector privado principalmente serían: la importancia en el sector productivo, libera recursos de la sanidad pública, da acceso a la asistencia sanitaria a diversas zonas geográficas, desarrolla el ámbito tecnológico y la investigación y genera empleo (personal administrativo, etc.…).

4. SUBSIDIO DE INCAPACIDAD TEMPORAL: DURACIÓN

Según lo establecido en el art. 169 del RD 8/2015[46] (en adelante LGSS) se consideran situaciones determinantes de IT: las debidas a enfermedad común o profesional y accidente, sea o

[42] RD Legislativo 4/2000, de 23 de junio por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Seguridad Social de los funcionarios Civiles del Estado (BOE núm. 154) Organismo público dependiente del Ministerio de Hacienda y Administraciones públicas. Artículos 9 y ss.

[43] Ídem.

[44] Sempere Navarro, A.V, Olivares Franco, F. "Notas sobre el régimen jurídico de MUFACE" Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. *Revista de Política Social* núm. 144 de 1984 pág. 12.

[45] Instituto para el desarrollo e integración de la sanidad (IDIS), https://www.fundacionidis.com/sala-prensa/comunicados/pnl-de-unidas-podemos-ante-el-congreso-sobre-el-modelo-de-mutualidades

[46] RD 8/2015 de 30 de octubre (BOE del 31) por el que se desarrolla el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad social modificado por el RD Ley 2/2023, de 16 de marzo y por la LO 1/2023 de 28 de febrero.

no de trabajo y las debidas a enfermedad profesional. También tendrán tal consideración, pero como situaciones especiales de IT por contingencias comunes las que pueda encontrarse la mujer en caso de menstruación incapacitante secundaria, en los casos de interrupción del embarazo, voluntaria o no, mientras reciba asistencia sanitaria del servicio público de salud y esté impedida para el trabajo y la gestación desde el día primero de la semana trigésimo-novena. Solo se analiza, como ya se ha indicado en la introducción, la IT que traiga su causa de contingencias comunes.

El subsidio de IT tiene una duración máxima de trescientos sesenta y cinco días de duración, prorrogables por otros ciento ochenta cuando exista la presunción que durante ellos la persona trabajadora pueda ser dada de alta médica por curación (no es lo mismo ciento ochenta días que seis meses). El art. 173 de la LGSS indica que el subsidio nace, se abona en caso de accidente de trabajo desde el día siguiente al de la baja en el trabajo.

Si la dolencia tiene su origen en enfermedad común o accidente no laboral, el subsidio se abonará a partir del cuarto día de la baja en el trabajo. En los nuevos supuestos de IT el subsidio nace desde el día de la baja en el trabajo cuando sea menstruación incapacitante secundaria y de IT por interrupción del embarazo y en la situación especial de gestación desde la semana trigésimo-novena.

Lo más llamativo es que el inicio del subsidio de IT tiene su nacimiento desde la baja médica y es en este momento cuando empieza el cómputo del período máximo de duración y no desde que se inicia el proceso de curación. Si la protección de la asistencia sanitaria deriva del SNS de cada CCAA, la persona trabajadora entra en el circuito de solicitar cita médica en centros de atención primaria, con posterioridad cualquier tipo de prueba médica comportará otro período temporal y si se ha de derivar a un médico/a especialista el tiempo aún será más largo.

Durante todas estas citas médicas el subsidio de incapacidad temporal irá transcurriendo sin piedad y muy posiblemente con afectación en la dolencia por la que se ha originado el subsidio. Desde estas líneas se aboga por que el inicio de la duración del subsidio de IT se produzca desde que efectivamente se inicia el proceso de curación, no tiene que soportar la persona trabajadora los tiempos de espera del SNS.

El proceso de curación según la enfermedad se puede iniciar desde la primera cita médica o no, puede que se retrase a la visita de un médico/a especialista o hasta que se tenga el diagnóstico. Lo que no es de recibo es que la normativa de seguridad social no tenga en cuenta en la duración de este subsidio como está transcurriendo el tratamiento médico de la persona trabajadora enferma.

El proyecto de Ley aprobado en Consejo de Ministros el 14 de mayo de 2024 clarifica la inclusión y pertenencia a la cartera común de servicios del SNS de aquellas prestaciones que pueden mejorar la salud desde una perspectiva poblacional. En la atención especializada se concreta la medicina de precisión, personalizada, predictiva, participativa y poblacional centrada en las características de cada paciente para poder concretar mejor el diagnóstico y las medidas terapéuticas o preventivas. Estas medidas ayudan a reforzar que el subsidio de IT tenga su aplicación de forma efectiva y real. De esta forma, el nacimiento del período de duración máximo irá más aunado con el tratamiento seguido por la persona trabajadora.

Por añadidura la duración del subsidio se condiciona a un plazo y nada más, si se termina la prórroga de su duración y no es reconocida la persona trabajadora en situación de incapacidad permanente hay un vacío legal en el que la persona, aunque no se haya curado debe volver a trabajar, incluso aunque estuviera en espera de una intervención médica. En la práctica se hace uso de los días

de vacaciones, desnaturalizando esta institución jurídica laboral, que no debería hacer de comodín porque ya se le ha terminado la oportunidad a la persona trabajadora de estar de baja médica.

El artículo 41 de la CE proclama la universalidad, esta se desmorona en la problemática planteada de la duración del subsidio de IT. No es responsabilidad de la persona trabajadora que su enfermedad dure más o menos tiempo, invitándole de nuevo a incorporarse a su puesto de trabajo con la posibilidad de que su enfermedad se cronifique o que si no lo ha sido ya sea despedida con la consecuente extinción del contrato de trabajo. No es un tema baladí para la empresa, porque debe seguir asumiendo el coste de la cotización (se entiende el porcentaje de cotización de la empresa no el de la persona trabajadora) de la persona trabajadora enferma hasta el día 545 de baja y remunerar con el complemento de IT si así viene estipulado en convenio colectivo o contrato de trabajo. En este punto conviene poner de manifiesto que la Ley 15/2022 estableció como causa de discriminación la salud. Los despidos realizados si se prueba la discriminación podrían ser declarados nulos por el juez/jueza o Tribunal competente (artículo 14 de la CE). Después de varios pronunciamientos tanto en favor como en contra se está a la espera de que sea el Tribunal Supremo quien se pronuncie y pueda unificar doctrina.

Después de todo, conviene recordar siguiendo a LÓPEZ INSUA, "*la más drástica de las reformas*" en la duración del subsidio de IT, la de la Ley 30/2005, de 29 de diciembre de presupuestos generales del Estado para el año 2006[47]. Entre la protección a la salud y la contención económica se optó por esta, cuando lo paradójico es que una buena salud es inversión en la reducción del número de personas beneficiarias de incapacidad permanente (IP), por ejemplo. Se redujo la duración de treinta a veinticuatro meses, conviene recordar que con anterioridad a la Ley 14/1994 la duración había sido de seis años[48]. Se observa que desde los seis años a los veinticuatro meses el margen de tiempo es bastante considerable. En todo caso no debería ser un plazo condicionado a la voluntad del legislador/al que determinará la duración sino el estado de salud y la imposibilidad para trabajar de la persona trabajadora.

Se creó la incapacidad permanente no definitiva[49], en otras palabras, se le denominaba incapacidad permanente un período de tiempo en que la persona trabajadora recibía tratamiento médico por no ser definitivas las secuelas para tener la consideración de originar una IP. No fue hasta la Ley 40/2007 de 7 de diciembre, RD 1430/2009, de 11 de septiembre, y Ley 26/2009, de 23 de diciembre que se derogó la figura de la incapacidad permanente no definitiva[50].

5. CONCLUSIONES

Este trabajo de investigación, que solo pretende ser el preludio de un necesario e interesante estudio de lo que en estas líneas se expone concluye con las siguientes conclusiones:

Primera: Es preocupante y urgente que en la normativa de seguridad social tenga a bien el legislador/a de adecuarla a la normativa que regule en cada momento la protección a la asistencia sanitaria. Por añadidura se debe alinear con la real aplicación de la gestión del SNS. No es de recibo

[47] Ley 30/2005, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2006 (BOE del 30 de diciembre) Disponible en https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2005-21525

[48] López Insua, B.M *El control de la incapacidad temporal tras la reforma legislativa de las Mutuas colaboradoras de la Seguridad Social* Editorial Comares Granada 2015 pág. 19-20

[49] Ley 30/2005, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2006 (BOE del 30 de diciembre) Disposición adicional cuadragésimo-octava: Disponible en https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2005-21525

[50] Ibidem pág. 21

que la duración de la IT terminé con anterioridad a una precisa intervención quirúrgica o que por una falta de diagnóstico no se haya recibido el tratamiento adecuado.

No se trataría, a juicio de quien escribe, dilucidar si es mucho o poco veinticuatro meses de duración, sino más bien si la persona trabajadora afectada está o no recibiendo asistencia sanitaria de una forma efectiva. En consecuencia, para no ser esta quien cargue con el peso del funcionamiento del SNS, la duración debería computarse desde que se inicie el tratamiento médico, ya sea por el médico de familia, por el especialista o porque se ha encontrado el diagnóstico[51].

Segunda: Blindar el despido durante la situación de IT con la declaración de nulidad, tal y como ocurre con la vulneración de los derechos fundamentales, tanto la modificación del art. 4 del Estatuto de los Trabajadores como la inclusión como causa de discriminación en la Ley 15/2022[52] del derecho a la salud avalan esta conclusión. Además, es prioritaria la coordinación normativa porque se está hablando del derecho a la protección a la salud, y lo principal es la pronta recuperación de la persona trabajadora. Es más, cuanto más tiempo tarda en ser atendida una persona por un médico, el sentido común indica que más probabilidad habrá que la enfermedad se agrave o se cronifique.

En efecto, al hablar de protección a la salud, se refiere a un verdadero derecho fundamental, vía interpretación hermenéutica artículos 10.1, 96 y 97 de la CE. En el ordenamiento internacional sí constituye un verdadero derecho fundamental y quedaría plenamente integrada en el ordenamiento interno. En la Observación General número 14 de la ONU[53] se detallan cuatro elementos que constituirían el derecho a la salud: disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad.

En suma, hay que añadir que en el año 2005 se incluyó como Indicador Estructural de Lisboa[54], el número de años de vida saludable como factor clave para el crecimiento económico y la carencia de salud como uno de los determinantes directos de la inactividad laboral, una persona puede esperar seguir viviendo con buena salud (sin verse impedida para llevar a cabo sus actividades cotidianas). No se debe olvidar que la ONU, en el objetivo 3 de la Agenda 2030, incide en "*garantizar una vida saludable y promover el bienestar para todos en todas las edades*"[55].

Tercera: Las MCSS delante del colapso de la gestión de la asistencia sanitaria por el SNS sería recomendable y útil también para prevenir que las dolencias empeoren, que efectuasen pruebas diagnósticas y pudiesen llevar a cabo el seguimiento médico en casos de traumatología por poner una especialidad de arraigo en su atención médica[56].

---

[51] El día de finalización de este trabajo, 19 de mayo de 2024, en la CCAA de Madrid había una nueva manifestación (Marea Blanca) para protestar por las listas de espera y en general por la defensa de la sanidad pública.

[52] Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. (BOE de 13 de julio). Art. 2 Disponible en https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2022-11589

[53] Naciones Unidas. Comité de derechos económicos sociales y culturales. Observación general número 14. *El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud* de 11 de agosto de 2000. Disponible en https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=9&DocTypeID=11

[54] UE. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité económico y social Indicadores Globales para el seguimiento del MAC SOCIAL. Bruselas 2008 "Esperanza de vida saludable: número de años que, en el momento del nacimiento, a los 45 años, y 65 años

[55] Naciones Unidas. Transformar nuestro mundo: Agenda 2030 para el desarrollo sostenible. 25 de septiembre de 2015 https://unctad.org/system/files/official-document/ares70d1_es.pdf

[56] Monereo Pérez, J.L y Rodríguez Iniesta, G. "Propuestas de mejora para la gestión de incapacidad temporal por contingencias comunes formuladas por la Asociación de Mutuas de Accidentes de Trabajo (AMAT) (Análisis técnico jurídico y de política de derecho)" Revista de derecho de la Seguridad Social. Laborum nº 38 primer trimestre de 2024 pág. 19 y 20

Cuarto: Se aboga también porque las MCSS valoren y reconozcan los riesgos psicosociales y en consecuencia el posible resultado manifestado en accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. De ahí que la atención médica en estos supuestos correría a su cargo. No se puede esperar que por regla general estos riesgos tengan que ser declarados por la inspección de trabajo o por los juzgados o tribunales de lo social competentes. Además, podría encauzar una mayor responsabilidad empresarial en la prevención de riesgos laborales.

En resumidas cuentas, la situación determinante de IT es una prestación de la seguridad social controvertida e importante dónde las haya, solo habría que retroceder en el tiempo y ver su régimen jurídico en el momento de la pandemia del COVID-19 para poner de relieve su trascendencia. Depende del estado de salud de la persona trabajadora, la duración para su curación puede ser diferente de una persona a otra y también diferente según en qué CCAA se resida. Se atisba que una reforma integral sería lo más conveniente y razonable en términos también de seguridad jurídica[57]. En el equilibrio está la virtud.

6. BIBLIOGRAFÍA

Díaz Aznarte, MT "La estructura de gestión de la asistencia sanitaria en España. Descentralización y papel de las CCAA" en VVAA. Salud y Asistencia Sanitaria en España en tiempos de pandemia COVID-19 Tomo I. Monereo Pérez, JL, Rivas Vallejo, P, Moreno Vida, MN, Vila Tierno, F, Álvarez Tornes, JC. (directores)

López Insua, B.M. *El control de la incapacidad temporal tras la reforma legislativa de las Mutuas colaboradoras de la Seguridad Social,* Editorial Comares Granada, 2015

Monereo Pérez, J. L. "La garantía del derecho a la salud y la asistencia sanitaria en la normativa internacional general y comunitaria*".* Francis Lefebvre Derecho de las relaciones laborales, no 3 de 2019.

Monereo Pérez, J.L." La salud como derecho humano fundamental" *Wolter Kluwer Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica, número* 9 de 2014

Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G. "Propuestas de mejora para la gestión de incapacidad temporal por contingencias comunes formuladas por la Asociación de Mutuas de Accidentes de Trabajo (AMAT) (Análisis técnico jurídico y de política de derecho)" Revista de derecho de la Seguridad Social. Laborum n.º 38 primer trimestre de 2024

Moreno Aleman, J. Albelda De La Haza, M.L. "Acceso a las prestaciones sanitarias ¿Igualdad efectiva de los asegurados del SNS?" Universidad de Castilla La Mancha *Revista CESCO de Derecho de consumo* número 8/2013

Revisión jurisprudencial de las dolencias y patologías que sufren las camareras de piso: "Propuesta para su reconocimiento como enfermedad profesional" Martínez Moreno, C., Álvarez Cuesta, H. Grau Pineda, C. Castro Franco, A. Instituto de las Mujeres, 2023

Ricou Casal, M. "El "burnout": las nuevas enfermedades psicosociales se abren paso como un accidente laboral. Comentario de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía / Sevilla 1683/2017, de 1 de junio". Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos no. 420 de 2018

Sempere Navarro, A.V., Olivares Franco, F. "Notas sobre el régimen jurídico de MUFACE" Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. *Revista de Política Social,* núm. 144 de 1984.

Sevilla, F. "La universalización de la atención sanitaria. Sistema Nacional de Salud y Seguridad Social" Ministerio de Trabajo Fundación Alternativas 2006

[57] Ibídem pág. 32