



Consejo Consultivo de Canarias

## D I C T A M E N 1 5 2 / 2 0 1 0

(Pleno)

La Laguna, a 17 de marzo de 2010.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias en relación con el *Proyecto de Decreto por el que se regula la ampliación del derecho a la percepción de la prestación económica complementaria al subsidio por incapacidad temporal del personal al servicio de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias (EXP. 90/2010 PD)\**.

## F U N D A M E N T O S

### I

De acuerdo con el art. 11.1.B.b) en relación con el 12.1 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, se solicita, por el Presidente del Gobierno, Dictamen sobre el *“Proyecto de Decreto por el que se regula la ampliación del derecho a la percepción de la prestación económica complementaria al subsidio por incapacidad temporal del personal al servicio de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias”*.

### II

Respecto de la tramitación del Proyecto de Decreto pueden considerarse suficientemente cumplidas las exigencias de índole procedimental. En efecto, constan en el expediente, además del certificado del Acuerdo gubernativo de solicitud del Dictamen respecto al Proyecto de Decreto, que el Gobierno de Canarias tomó en consideración en su sesión de 26 de enero de 2010, entre otros, los siguientes informes emitidos por los órganos y unidades administrativas que han participado en su tramitación. Así, por la Inspección General de Servicios, el informe de acierto y oportunidad (art. 44 de la Ley 1/1983, de 14 de abril, del Gobierno y Administración Pública), así como el de impacto por razón de género [de

---

\* **PONENTE:** Sr. Díaz Martínez.

conformidad con lo establecido en el art. 24.1.b) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, en relación con la disposición final primera de la citada Ley 1/1983] y la Memoria económica (art. 44 y disposición final primera de la repetida Ley 1/1983]

Informe de la Oficina Presupuestaria de la Consejería de Presidencia, Justicia y Seguridad, de 28 de diciembre de 2009 [art. 2.2.f) del Decreto 153/1985, de 17 de mayo, por el que se crean las Oficinas Presupuestarias, en virtud de la redacción dada por el Decreto 234/1998, de 18 de diciembre].

Informe de la Dirección General de Planificación y Presupuesto, de 14 de enero de 2010 [art. 26.4.a) del Decreto 12/2004, de 10 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico de la Consejería de Economía y Hacienda].

Informe de la Dirección General del Servicio Jurídico, de 30 de diciembre de 2009, si bien no se ha emitido en el momento oportuno, pues debió ser el último de los informes en emitirse, una vez instruido el expediente y cumplido, en su caso, el trámite de audiencia a los interesados, si éste fuera exigible [arts. 19.5 y 20.f) del Decreto 19/1992, de 17 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias].

Informe de la Dirección General de la Función Pública, de 20 de enero de 2010 [art. 6.2.1 de la Ley 2/1987, de 30 de marzo, de la Función Pública Canaria, y art. 55.a) del Decreto 22/2008, de 19 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico de la Consejería de Presidencia, Justicia y Seguridad].

Informe de legalidad de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Presidencia, Justicia y Seguridad, de fecha 18 de enero de 2010 (art. 44 de la mencionada Ley 1/1983).

Informe de la Comisión Preparatoria de Asuntos del Gobierno, de 21 de enero de 2010 (Decreto 45/2009, de 21 de abril, regulador de la Comisión Preparatoria de Asuntos del Gobierno).

Asimismo, se acompaña el certificado de la Comisión de la Función Pública Canaria, de 25 de enero de 2010, acreditativo de haber sido sometido a su consideración el Proyecto de Decreto, (art. 8.3 de la Ley 2/1987, de la Función Pública Canaria), así como certificado de la sesión celebrada, el 21 de enero de 2010 en relación con el Proyecto de Decreto que nos ocupa, por la Mesa General de Negociación de Empleados Públicos de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias.

Igualmente, se contienen en el expediente que se nos remite, el informe propuesta de la Inspección General de Servicios, de 23 de diciembre de 2009, de elevación al Gobierno, a través del Consejero de Presidencia, Justicia y Seguridad, del Proyecto de Decreto por el que se crea la Comisión Evaluadora de las situaciones de incapacidad temporal del personal al servicio de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias, denominación original de la norma, que sería alterada posteriormente, así como la Declaración de tramitación de urgencia del Proyecto de Decreto, de la misma fecha.

### III

1. El rango jerárquico de la norma es adecuado ya que el Proyecto de Decreto se dicta al amparo de la previsión contenida en la disposición adicional vigésimo segunda de la Ley 13/2009, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Canarias para 2010, tratándose de un Reglamento ejecutivo susceptible de ser dictaminado por este Consejo en cuanto es complemento necesario de la regulación legal de referencia [art. 11.1.B.b), de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias]. Por todo ello, el Gobierno de Canarias ostenta expresa habilitación legal para ejercer la potestad reglamentaria.

En la señalada disposición adicional 22ª se dispone que: *“1. El personal funcionario de carrera o interino que preste servicios en la Comunidad Autónoma de Canarias y se encuentre en situación de incapacidad temporal tendrá derecho, durante un periodo máximo de tres meses desde el inicio de la situación, a que la Comunidad Autónoma le complemente esta prestación hasta el 100 por 100 de sus haberes. No obstante, el periodo referido podrá ser ampliado por una comisión de evaluación conforme a los criterios que se fijen reglamentariamente.*

(...).

*2. El régimen previsto en el apartado anterior será de aplicación para todo el personal que a partir del 1 de enero de 2010, inicie la situación de incapacidad temporal. Para el personal que a 1 de enero de 2010 ya se encuentre en esta situación, se aplicará el régimen anterior”.*

El complemento por incapacidad temporal es materia de Función Pública y no estrictamente presupuestaria. Como señala el Tribunal Constitucional *“la sede normativa natural y técnicamente más correcta de las regulaciones de los conceptos retributivos de los funcionarios es el de las disposiciones generales que disciplinan el*

*régimen jurídico aplicable a todos los funcionarios (...), pero el legislador goza de un margen de libre configuración (...) y en el presente caso, no cabe negar en modo alguno la relación directa del precepto cuestionado con los gastos previstos en el Presupuesto” (SSTC 67/2002, de 21 de marzo y 32/2000, de 3 de febrero).*

En consecuencia, en el presente caso, podría considerarse que el Gobierno de Canarias hace uso, además, de la habilitación legal de desarrollo y aplicación de la Ley de Función Pública de Canarias (disposición final).

2. El Proyecto de Decreto tiene la siguiente estructura:

Una introducción a modo de Preámbulo en la que se justifica el contenido del Proyecto de Decreto, expresando las razones objetivas de la normativa reglamentaria propuesta por la Administración en desarrollo de las leyes de cobertura.

Diez artículos, en los que se regulan el objeto de la norma (art. 1), su ámbito de aplicación (art. 2), régimen jurídico, composición y funciones de la Comisión de Evaluación (arts. 3 a 5), los criterios de evaluación (art. 6), la solicitud de valoración (art. 7), las revisiones médicas (art. 8), la propuesta y resolución de la Comisión evaluadora y resolución (art. 9), así como las causas de extinción del derecho a la ampliación del periodo de percepción de la prestación económica complementaria de la situación de incapacidad temporal (art. 10).

Asimismo, el Proyecto de Decreto contiene cinco disposiciones adicionales, relativas a: informes adicionales (1), tratamiento médico fuera del ámbito territorial del lugar de residencia (2), cambio de puesto de trabajo y movilidad funcional (3), Comisión Técnica de Planificación de los Recursos Humanos y Absentismo (4), y modificación del Reglamento Orgánico de la Consejería de Presidencia, Justicia y Seguridad (5).

El Reglamento proyectado se cierra con una disposición transitoria, de idéntico contenido al apartado 2 de la disposición adicional 22ª de la Ley 13/2009, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma para el ejercicio 2010; una disposición derogatoria general y dos disposiciones finales, facultándose, en la primera, al Consejero de Presidencia, Justicia y Seguridad para dictar las disposiciones necesarias en desarrollo del Decreto, y determinándose, en la segunda, la entrada en vigor de la norma el día siguiente al de su publicación en el BOC.

Finalmente, como Anexo I se añade un modelo de solicitud de evaluación para la ampliación del derecho a la percepción de la prestación económica complementaria al subsidio por incapacidad temporal.

## IV

1. El Proyecto normativo pretende regular, según resulta de su título y artículo primero la ampliación temporal del derecho a la percepción de la prestación económica complementaria del subsidio por incapacidad temporal del personal funcionario, de carrera o interino, al servicio de la Comunidad Autónoma de Canarias. Tal pretensión, sin embargo, no se ajusta plenamente a lo establecido en la disposición adicional vigésimo segunda de la mencionada Ley 13/2009, que no hace referencia a la regulación de la ampliación de aquel derecho, sino a la ampliación por una comisión de evaluación del período durante el que deba complementarse la prestación, conforme a los criterios que se fijen reglamentariamente.

El derecho lo crea la Ley y también la posible ampliación del mismo o de su elemento temporal. La norma proyectada, que nos ocupa, no afecta al derecho en sí, sino a su ejercicio. Su objeto debería concretarse en el establecimiento de los criterios para la ampliación del plazo de ejercicio y la regulación de la comisión evaluadora y el procedimiento al efecto.

Tanto el título de la norma, como su introducción, los arts. 1, 3, 6 y 10, la disposición adicional primera y quinta y el Anexo I, se refieren a la ampliación del derecho a la percepción de la prestación y no a la ampliación del periodo para ejercitarlo.

2. El título del Proyecto de Decreto señala que se trata de un *“Proyecto de Decreto por el que se regula la ampliación del derecho (...)”*. El acuerdo del Gobierno -bajo la forma de Decreto- aprobando un Reglamento, no coincide con este último, al tratarse del contenido del primero. Por consiguiente, la denominación adecuada de los Decretos que introducen disposiciones generales en el Ordenamiento Jurídico debería ser la de *“Decreto por el que se aprueba el Reglamento (...)”* o utilizando cualquier otra fórmula adecuada al caso. El objeto del Dictamen del Consejo son los *“Proyectos de reglamento de ejecución de leyes autonómicas”* [art. 11.1.B.b), de la citada Ley 5/2002].

3. A la norma propuesta se le pueden formular, además, las siguientes observaciones puntuales:

### **Art. 2 PD. Ámbito de aplicación.**

La Ley atribuye el derecho a la percepción del complemento al personal funcionario de carrera o interino que preste servicios en la Comunidad Autónoma de

Canarias y al personal estatutario del Servicio Canario de la Salud, en los términos recogidos en la misma.

Sin embargo, el ámbito subjetivo de aplicación regulado en el art. 2.1 incluye también al personal eventual, que no contempla expresamente la disposición adicional vigésimo segunda de la Ley 13/2009 de Presupuestos para el 2010.

#### **Art. 4 PD. Composición de la Comisión evaluadora.**

Apartado 3, dadas las funciones del Secretario, se debería indicar la categoría, administrativamente apropiada, del funcionario a designar.

Apartado 5, la dependencia orgánica y funcional de los miembros no necesariamente tiene que ser un organismo (Servicio Canario de la Salud), sino que cabe también que sea de una Consejería.

#### **Art. 5 PD. Funciones.**

En el apartado 1, la redacción es técnicamente más adecuada si se señala que corresponde a la Comisión evaluadora *"el estudio y evaluación de las solicitudes"* (no *"y propuesta de solicitudes"*), añadiendo al final del apartado *"así como la formulación de la propuesta resolutoria correspondiente"*.

Según la disposición adicional 22<sup>a</sup>.1 de la Ley 13/2009, el periodo de percepción de la prestación complementaria *"podrá ser ampliado por una comisión de evaluación"*. De los términos del precepto resulta que es la propia Comisión evaluadora la que podrá ampliar el periodo de percepción, es decir, el estudio y resolución de las solicitudes, aplicando los criterios que se establezcan.

En relación con la posibilidad de disponer de toda la información médica necesaria, tanto del Servicio Canario de la Salud, como de los servicios sanitarios de fuera del ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Canarias, debe tenerse en cuenta que el art. 16.1 de la Ley 41/2002, de 14 noviembre, básica, reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en materia de Información y Documentación Clínica, establece que la historia clínica es un instrumento destinado fundamentalmente a garantizar una asistencia adecuada al paciente. Por otra parte, el apartado 5 del art. 16 de la Ley 41/2002, establece que sólo el personal sanitario debidamente acreditado, que ejerza funciones de inspección, evaluación, acreditación y planificación, tiene acceso a las historias clínicas en el cumplimiento de sus funciones de comprobación de la calidad de la asistencia, el respeto de los derechos del paciente o cualquier otra obligación del centro en relación con los pacientes y usuarios o la propia Administración sanitaria.

Por otra parte, el art. 7.3 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de datos de Carácter Personal, relativo a los datos especialmente protegidos, dispone que: *“Los datos de carácter personal que hagan referencia al origen racial, a la salud y a la vida sexual sólo podrán ser recabados, tratados y cedidos cuando, por razones de interés general, así lo disponga una Ley o el afectado consienta expresamente”*.

Por consiguiente, han de cohererse estas previsiones legales con la norma proyectada, en orden a respetar aquéllas en su aplicación.

En este sentido en el Anexo I, relativo al modelo de solicitud, se recoge, pero como campo no obligatorio de rellenar, la autorización expresa del solicitante a la Comisión evaluadora, para pedir al Servicio Canario de la Salud o a los servicios de salud o centros hospitalarios de fuera de la Comunidad Autónoma de Canarias la información complementaria y especializada que se precise.

Dado el objeto de su actuación y la normativa mencionada, debe recogerse en la norma que la realización de las peticiones de información complementaria y especializada a los servicios médicos se realizará previa autorización del solicitante, señalando, asimismo, el efecto que se producirá en el supuesto de que tal autorización no se otorgue.

#### **Art. 6 PD. Criterios de evaluación.**

En la regulación prevista de los criterios a aplicar para decidir la ampliación del periodo de percepción, se aprecian inconcreciones en el método de valoración que puede llevar a generar inseguridad jurídica e, incluso, producir desigualdades improcedentes en la aplicación de la norma. En este sentido, ha de determinarse el alcance positivo o negativo de los distintos criterios médicos e históricos referidos a las incapacidades temporales anteriores.

Por otra parte, no se determina la forma de ponderación de los criterios concretos, es decir, si todos tienen el mismo peso o pueden establecerse valores distintos. Por ejemplo, de la malignidad en relación con la gravedad de la enfermedad o el grado de incapacidad para el desempeño de las funciones del puesto de trabajo.

Por ello, deberían establecerse unos criterios básicos de valoración que permitan evitar evaluaciones distintas de situaciones semejantes.

**Art. 7 PD. Solicitud de la valoración.**

En relación con la presunción de la representación debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el art. 32. 3 y 4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC), y la Jurisprudencia emitida en relación con el citado precepto legal (STS 13/07/1999, R 6614, entre otras).

**Art. 9 PD. Propuesta de la Comisión evaluadora y resolución.**

Según los términos del precepto legal de referencia es la propia Comisión evaluadora la que podrá ampliar el periodo de percepción ("podrá ser ampliado por una comisión de evaluación"), no estableciendo, la norma legal, que resolverá el Centro Directivo, previa propuesta vinculante de la Comisión evaluadora. De mantenerse la previsión pueden generarse problemas técnicos.

En primer lugar, ha de señalarse el efecto de la falta de propuesta de la Comisión, transcurrido cierto plazo, particularmente el aquí previsto. A falta de previsión legal, lo más adecuado es que la solicitud se entienda estimada.

El párrafo segundo de este art. 9 presenta problemas de concordancia en relación con el párrafo primero. En éste se afirma que la propuesta de la Comisión Evaluadora tiene carácter vinculante, mas en el segundo se señala que la solicitud podrá entenderse estimada por silencio administrativo al vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado resolución expresa por parte del Centro directivo con competencia en materia de personal de cada Departamento. Si la propuesta vinculante de la Comisión es de sentido negativo a la ampliación del periodo de percepción de la prestación, sin embargo el retraso o falta de resolución del Centro Directivo lleva a la solución contraria, de estimar la solicitud, contradiciéndose la propuesta vinculante, con los consiguientes problemas técnico-jurídicos que se generan.

En todo caso, el plazo del procedimiento ha de computarse desde que se presenta la solicitud, debiendo determinarse su duración y, en su caso, el efecto del silencio, con eventual suspensión del procedimiento cuando proceda, como en el supuesto de la revisión médica prevista.

**Art. 10 PD. Causas de extinción del derecho a la ampliación del período de percepción de la prestación económica complementaria de la situación de incapacidad temporal.**

Las causas recogidas en los apartados d) y e) no son causas de extinción de la percepción de la prestación, sino que son causas previas que determinan, en su caso, la no concesión por la Comisión de la ampliación del período de percepción de la prestación económica complementaria de que se trata.

**Disposición adicional segunda PD. Tratamiento médico fuera del ámbito territorial del lugar de residencia.**

Ha de mejorarse la redacción, pues no se trata de que “precisará del conocimiento del Servicio de Inspección Médica de la Inspección General de Servicios”, sino de que *se deberá comunicar al* citado servicio de Inspección para recabar la información médica necesaria.

**Disposición adicional tercera PD. Cambio de puesto de trabajo y movilidad funcional.**

La Comisión evaluadora no tiene dicho objeto en la Ley 13/2009, de Presupuestos para 2010. En su caso, la propuesta no debe ser vinculante ni para las Consejerías y Organismos, ni para los servicios médicos legalmente competentes para dar el alta.

**Disposición final primera PD.**

La referencia concreta al Consejero de Presidencia, Justicia y Seguridad, procede sustituirla por una fórmula más genérica, que permita la virtualidad de la habilitación contenida en la norma, a pesar de un eventual cambio futuro en la denominación del Departamento en cuestión.

## C O N C L U S I Ó N

El Proyecto de Decreto sometido a la consideración de este Consejo Consultivo, relativo a la ampliación del derecho a la percepción de la prestación económica complementaria al subsidio por incapacidad temporal del personal al servicio de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias, se considera conforme con el parámetro legal de aplicación.

En el Fundamento IV del presente Dictamen se realizan diversas observaciones al articulado de la norma reglamentaria.