



INFORME RELATIVO AL BORRADOR DE CONVENIO DE COLABORACIÓN ENTRE EL MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL (INSS) Y LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO PARA EL CONTROL DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL DURANTE EL PERIODO 2017 A 2020.

23/2017 IL

Ref.: Departamento de Salud

I ANTECEDENTES

Se ha solicitado a la Dirección de Desarrollo Legislativo y Control Normativo la emisión del preceptivo informe de legalidad en relación con el Borrador de convenio de referencia.

El presente informe se emite en virtud de lo dispuesto en el artículo 5.1 b) de la Ley 7/2016, de 2 de junio, de Ordenación del Servicio Jurídico del Gobierno Vasco, en el artículo 6.1.h) del Decreto 24/2016, de 26 de noviembre, de creación, supresión y modificación de los Departamentos de la Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco y de determinación de funciones y áreas de actuación de los mismos, en relación con lo dispuesto en el artículo 13. 1 c) del Decreto 188/2013, de 9 de abril, por el que se aprueba la estructura orgánica del Departamento de Administración Pública y Justicia.

Además del borrador del texto de convenio, se acompañan un conjunto de documentos del proceso seguido en la elaboración y tramitación de la iniciativa proyectada, tales como (1) informe de la asesoría jurídica del Departamento de Salud, (2) una memoria justificativa del Director de Aseguramiento y Contratación Sanitaria (3) memoria económica suscrita por el Director de Régimen Jurídico, económico y servicios generales (4) informe de la Directora de Política Financiera y recursos institucionales, y (5) solicitud de aprobación de disposición o convenio de contenido económico.

II OBJETO

Los antecedentes del borrador estudiado, además de la cláusula primera, ilustran a la perfección el objeto que rige la necesidad de establecer un ámbito de actuación conjunto entre las Administraciones Públicas firmantes.

De esta manera, la Administración General del País Vasco y el Instituto de la Seguridad Social, Entidad Gestora de la Seguridad Social, con personalidad jurídica propia, adscrita al Ministerio de Empleo y Seguridad Social, acuerdan establecer un marco de colaboración para lograr la consecución de los compromisos establecidos en el Plan anual de actuaciones para la modernización y mejora de la gestión de la Incapacidad Temporal (en adelante IT) y la racionalización del gasto de la prestación durante los años 2017 a 2020 en la CAPV.

III LEGALIDAD

A.-. Consideraciones previas.

La parte expositiva del borrador dispone con claridad acerca de la competencia que habilita a las partes para la suscripción del presente convenio en función de las responsabilidades que legalmente ostenta cada una sobre el ámbito material concernido (prestaciones de IT).

Tales responsabilidades se definen con detalle y completitud suficiente en las cláusulas primera y segunda de la parte expositiva.

En el INSS recaen las facultades de gestión y control de las prestaciones económicas de la Seguridad Social, entre ellas las derivadas de las situaciones de IT, en los términos asignados por el RD 2583/1996, de 13 de diciembre de estructura orgánica y funciones del Instituto Nacional de la Seguridad Social y de modificación parcial de la Tesorería General de la Seguridad Social.

Por su parte, la ley 8/1997, de 26 de junio, de Ordenación Sanitaria de Euskadi, dictada bajo el amparo del art. 18 EAPV, acoge entre sus competencias concurrentes en la materia la prestación de asistencia sanitaria de la Seguridad Social, extender los partes médicos de baja y alta (facultativos de Osakidetza) y la corresponsabilidad de cooperar y coordinar en la gestión de la prestación que recaen específicamente en la Inspección médica dependiente del Departamento de Salud, tal y como dispone el art. 10.1 del Real Decreto 625/2014, de 18 de julio, 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. Norma que acota su contenido y, por ende, el del convenio que examinamos, a *"...los primeros trescientos sesenta y cinco días, a los procesos de incapacidad temporal, cualquiera que sea la contingencia determinante, en los que se encuentren quienes estén incluidos en cualquiera de los*

regímenes que integran el sistema de la Seguridad Social, por desarrollar un trabajo o actividad por cuenta ajena o propia”.

No es el primer convenio de estas características que se suscribe entre ambas administraciones; figuran como antecedentes de éste los suscritos por vez primera en el año 2010, 2011 y después en el 2012. Los tres acogen una estructura y unas estipulaciones de similar alcance al que nos ocupa, y se diferencian en las medidas que acoge su plan de actuaciones, que por naturaleza, ha de ser diferente y en lo referente a las entregas a cuenta y liquidación del crédito correspondientes a un convenio de duración para un solo año, en vez de cuatro.

Otra cuestión previa, y de carácter esencial, que consideramos preciso destacar hace referencia al crédito presupuestario destinado por el INSS para el logro de los objetivos marcados en el Plan de actuaciones anual sobre el que pivota la cuantía efectivamente transferida a la CAPV. La cláusula cuarta de la parte expositiva hace referencia a un crédito de hasta un máximo de 7.000.000 €. incluido en el Presupuesto del INSS para 2017, en el concepto presupuestario 459. Advertimos que este crédito constituye la única cobertura económica que da soporte a la ejecución de este convenio, y, sin embargo, a fecha de emisión de este informe no se han aprobado los presupuestos generales del Estado para el 2017 y, lógicamente, tampoco los del INSS, encontrándonos en régimen de prórroga presupuestaria de los aprobados para el 2016.

Esta circunstancia no constituiría por sí sola un impedimento para la disposición de este crédito de gasto si aquel hubiera estado previsto ya en los presupuestos generales para el 2016 pues, de efectuarse la prórroga, automáticamente se dotan para el 2016 los créditos de gastos que no terminen en el ejercicio o para obligaciones que no se extingan en el mismo (art. 38 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria).

Sin embargo, durante los ejercicios 2013, 2014, 2015 y 2016 no ha existido convenio para el País Vasco y, además, según la información suministrada por la web de la Seguridad Social, la cantidad máxima asignada para mejorar y modernizar la gestión de las bajas laborales, ascendía en 2016 a 315 millones a repartir entre todas las comunidades autónomas, especificando literalmente que quedan excluidos Navarra y País Vasco.

En definitiva, esta cláusula da por existente un crédito que está aún condicionado a la efectiva aprobación de los presupuestos generales para el año 2017, que es incierto a pesar del compromiso que adquiere con la suscripción de este convenio, y que así debería plasmarse, en los mismos términos que lo hace para los ejercicios 2018, 2019 y 2020.

Si finalmente no se aprueban los citados presupuestos y se carece de financiación para el 2017, el convenio no prevé expresamente los efectos de la reestructuración de las obligaciones adquiridas por el convenio, que entendemos debería encauzarse a través de lo previsto en la cláusula tercera; cláusula que, por otra parte, no es muy explícita en lo que respecta a la composición del órgano al que se asigna este encargo y que no parece residenciarse entre las funciones de la Comisión Central o Provincial.

La consignación de un crédito máximo, y la ausencia de implicaciones económicas para la CAPV derivadas de su cumplimiento, plantean un supuesto de solución incierta en el convenio (ya sugerido en anteriores informes de legalidad emitidos por esta Dirección de Desarrollo Legislativo y Control normativo), y probablemente meramente teórico, que se deriva de la aparente inexistencia de compromiso de ejecución de objetivos incluidos en el plan anual de actuaciones una vez consumido el crédito asignado por el Estado o si éste no llega a aprobarse en cualquiera de los ejercicios.

B.- Naturaleza: Convenio de colaboración interadministrativo.

Los términos en los que se concreta el contenido de las bases de colaboración entre las Administraciones Públicas firmantes se presenta bajo la denominación de convenio de colaboración.

La regulación general de los convenios se contiene ahora en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público (en adelante, LRJSP), concretamente en su Capítulo VI del Título Preliminar, artículos 47 a 53.

Las notas características de los convenios a resultas de lo previsto es esta nueva disposición legal encajan esencialmente con el contenido y la estructura del texto informado. En este sentido, constatamos que la materia objeto de acuerdo se ajusta a la definición prevista en el art 47.1, tanto en su vertiente positiva –acuerdo con efectos jurídicos adoptado por las administraciones públicas-, como en su vertiente negativa –no es un mero protocolo general de actuación, ni contiene una prestación propia de los contratos-.

Por lo demás, estaríamos en presencia de un convenio de los denominados por el 47.2 a) interadministrativos (Cláusula Novena), que encauza la aportación unilateral de financiación por parte de la Administración del Estado en la búsqueda de objetivos de mejora de la eficiencia de la gestión pública que ha de conseguir la administración autonómica.

En cualquier caso, el convenio que nos ocupa es fruto de una disposición específica contemplada en el art. 82.4 f) del RDL 8/2015, de 30 de octubre (TRLGSS) en relación con el art. 10 del RD 625/2014, de 18 de julio.

No obstante, examinando los convenios anteriores con la CAPV y los suscritos con otras comunidades autónomas, se aprecia la sujeción a un modelo preestablecido diseñado por el INSS, sometido a pequeñas variaciones en su clausulado y que deja un escaso margen de maniobra a la negociación propia de estos acuerdos en el que las partes actúan en igualdad de condiciones. Este diseño se justifica en el régimen de financiación unilateral que le da soporte y carece de consecuencias en el orden competencial establecido y en la naturaleza del convenio.

C.- Ámbito subjetivo.

Debe señalarse una advertencia respecto de los sujetos que suscriben el convenio y que inferimos de su configuración legal que exige que hayan de ser las Administraciones públicas las que participen y que hace incorrecto hablar de un convenio entre la Comunidad Autónoma y el Ministerio de Empleo y Seguridad Social. En nuestro caso, habrá de citarse como sujeto que suscribe el convenio a la Administración Pública de la Comunidad Autónoma del País Vasco. Término que integra a la Administración General –Departamento de Salud- y a la Administración Institucional – Osakidetza-Servicio Vasco de Salud, como ente público de derecho privado- (art. 7 del Decreto Legislativo 1/1997, de 11 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Principios Ordenadores de la Hacienda General del País Vasco).

En cambio, sí puede ser adecuado mencionar a lo largo del clausulado del convenio los concretos órganos o Departamentos que deberán realizar las actuaciones que dicho convenio prevé.

La intervención del Departamento de Salud se justifica a partir de la atribución en su seno, concretamente en la Dirección de Aseguramiento y Contratación Sanitaria, de la función de *“Dirigir, impulsar, coordinar y evaluar, en el ámbito competencial del Departamento de Salud, la función de gestión de la incapacidad temporal y ser referencia del sistema sanitario público vasco en coordinación con el resto de entidades y organismos también implicados en el control de esta prestación (Instituto Nacional de la Seguridad Social y Mutuas de Accidente de Trabajo y Enfermedad Profesional)”*, tal y como prescribe el art. 9 i) del Decreto 195/2013, de 9 de abril, por el que se establece la estructura orgánica y funcional del Departamento de Salud, aún vigente.

Como hemos dicho, el convenio genera obligaciones también para Osakidetza-Servicio Vasco de Salud, integrante de la Administración institucional. Por ello, resulta adecuado que la firma del Consejero de Salud se realice no sólo en representación del Departamento, sino también de Osakidetza-Servicio vasco de salud. Como vemos, ello también tiene consecuencias en la composición de las Comisiones de seguimiento y control en la que están llamados a intervenir sus representantes.

Teniendo en cuenta que el ámbito subjetivo del convenio comprende entidades previstas en la Norma 3ª de las Normas por las que se determinan los convenios que deben ser autorizados por el Consejo de Gobierno y se regula la negociación, tramitación, suscripción y seguimiento de los mismos (aprobadas por Consejo de Gobierno en Sesión de 9 de enero de 1996) como es la Administración del Estado, ha de concluirse que se reserva al Consejo de Gobierno la competencia para autorizar la suscripción, la prórroga no tácita y la denuncia de un convenio como el que nos ocupa.

En lo que se refiere a la Administración Pública de la CAE, la manifestación del consentimiento y suscripción de los convenios en nombre de la Comunidad Autónoma se realizará por el Lehendakari, salvo que el Consejo de Gobierno faculte a otra autoridad (Norma 9). Considerando que no se anexa el documento con la propuesta de acuerdo de Consejo de Gobierno, no podemos constatar que se autoriza al Consejero del Departamento de Salud para la suscripción del convenio, en su doble condición.

D.- Examen clausulado

Haciendo un repaso de los contenidos que debe albergar un convenio, con referencia al art. 49 LRJSP, se observa un cumplimiento general adecuado de los mismos,

Además de los aspectos ya analizados (objeto, competencia, financiación), el resto de cuestiones que se acuerdan integradas por los compromisos adquiridos por las partes, el intercambio de información, la creación de una Comisión Central y Comisiones Territoriales –coordinación, seguimiento, verificación y control-, el régimen de vigencia, denuncia y extinción del Convenio, son acordes con los preceptos de la Ley 40/2015, de 1 de octubre.

Por su parte, como Anexo del Convenio figura el Plan de actuaciones para el 2017, en el que se contemplan las actividades y estrategias a llevar a cabo para la consecución de los objetivos marcados, ponderándose el valor de cada una de ellas en orden a la financiación prevista en el Convenio.

Los planes de los años subsiguientes dentro del plazo de vigencia serán objeto de acuerdo posterior entre las partes y se regulan los supuestos de no avenencia total o parcial y las consecuencias anudadas a cada situación. Las modificaciones de los planes anuales aprobados también son posibles atendiendo a unas causas determinadas, con los mismos efectos que la falta de plan. Cabe observar que más allá de una alusión obvia a las partes como los interlocutores para conseguir estos acuerdos, no encontramos una referencia a la composición de tal equipo en la cláusula tercera, ni vemos reflejada esta función en las comisiones central y provincial en la cláusula sexta; en cualquier caso, tal previsión sería aconsejable completando cualquiera de las dos estipulaciones según la fórmula elegida.

El Convenio que nos ocupa contempla expresamente la transmisión de ficheros por vía telemática de los datos contenidos en los partes médicos de baja y alta por IT, así como el acceso telemático de los Inspectores Médicos del INSS a los historiales clínicos. Es decir, estamos hablando de transmisión telemática de ficheros de datos personales, que además constituyen unos datos especialmente sensibles y protegidos como son los datos médicos.

En este sentido, ya en el informe de esta Dirección correspondiente al convenio para el 2011, se hicieron unas observaciones extensas sobre las exigencias derivadas del tratamiento de estos datos, de acuerdo con las normas reguladoras específicas, a las que nos remitimos en la medida en que hablamos de objetivos comunes del plan de actuaciones.

Ahora bien, también hay que señalar que el convenio que nos ocupa ha destinado la cláusula séptima a realizar una más exhaustiva determinación de las condiciones de seguimiento y control de la transmisión de los datos personales en liza para la ejecución de este convenio, que encontramos adecuado y suficiente, no sólo desde el punto de vista de lo exigido por la Ley 15/1999, de 13 de diciembre, sino que incorpora también la aplicación explícita del Esquema Nacional de Seguridad en el ámbito de la Administración Electrónica (RD 3/2010, de 8 de enero).

Por último, reiterando indicaciones ya realizadas también en anteriores informes de esta Dirección, insistiremos en que al referirse al ámbito de los Territorios Históricos, debería sustituirse la referencia a "Provincia" o "Provincial" por las más adecuadas de "Territorio Histórico" o "Territorial", de conformidad con lo establecido en el art. 2.2 del Estatuto de Autonomía del País Vasco.

IV CONCLUSIÓN

En definitiva, se informa favorablemente el borrador del convenio de colaboración, sin perjuicio de que existan algunos extremos que habrían de ser mejorados y completados.

Este es el informe que emito que someto a cualquier otro mejor fundado en derecho.